



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC**

**FACULDADE DE DIREITO**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**PALOMA ESCOFFEIR PINHEIRO SANTOS**

**A INVESTIGAÇÃO E O RECONHECIMENTO DE  
PATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

**JUIZ DE FORA  
2009**



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC**

**FACULDADE DE DIREITO**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**PALOMA ESCOFFEIR PINHEIRO SANTOS**

**A INVESTIGAÇÃO E O RECONHECIMENTO DE  
PATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos/Juiz de Fora, como exigência para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

**JUIZ DE FORA  
2009**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Paloma Escoffier Pinheiro Santos

**Aluno**

A Investigação e o Reconhecimento de Paternidade  
no Ordenamento Jurídico Brasileiro

**Tema**

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade  
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

### BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Fábio de Oliveira Vargas

Prof. Carmem Lúcia Afonso

Carlos Galvão Neto

Aprovada em 03/12/2009.

Dedico este trabalho a todos aqueles que compartilharam as vitórias e adversidades desta trajetória, especialmente à minha mãe, pois se enxerguei mais longe foi porque me apoiei no ombro de uma gigante.

## AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus eterno, que sara minha dor, que enxuga minhas lágrimas, que perdoa meus pecados, que apaga minhas iniquidades e que me dá a paz.

Ao meu orientador e professor Fábio Vargas pelo zelo e atenção dispensados.

Ao Dr. Eônio Monteiro Vieira pela paciência, apoio, compreensão e ensinamentos, que têm sido essenciais em minha vida.

Não há crianças ilegítimas - só pais ilegítimos.  
(Léon R. Yankwich)

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo um estudo das relações de parentesco oriundas da investigação e do reconhecimento de paternidade, analisando ainda os reflexos de uma ação judicial para o estabelecimento da paternidade. De fundamental importância é o estudo das relações de parentesco, mais especificamente a paternidade, aliada a questão constitucional. É importante ressaltar que constitui direito fundamental da pessoa ver estabelecido o vínculo parental. Para alcançar os objetivos traçados, seguiremos o seguinte plano de estudo: estudaremos sobre os princípios constitucionais, conceitos relação de parentesco e paternidade bem como as consequências do estabelecimento desta. Conclui-se deste estudo que o instituto da investigação de paternidade veio, principalmente, beneficiar os filhos havidos fora da sociedade conjugal, dando-lhes os mesmos direitos dos filhos havidos desta sociedade, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, regulando seus direitos e suas obrigações.

**Palavras-chave:** Paternidade. Direito fundamental. Reconhecimento. Investigação.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>11</b>
2.1 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988 .....	14
2.2 O Estatuto Constitucional da Filiação .....	15
<b>3 A REPRESENTAÇÃO FAMILIAR NA SOCIEDADE BRASILEIRA</b> .....	<b>18</b>
3.1 Evolução Histórica da Relação de Parentesco .....	20
3.1.1 Relações de parentes e filiação através do tempo .....	22
3.2 Filiação .....	23
3.2.1 Critério biológico.....	26
3.2.2 Critério afetivo.....	28
<b>4 O INSTITUTO DA PATERNIDADE</b> .....	<b>31</b>
4.1 Aspectos Gerais.....	31
4.2 Posse de Estado de Filho.....	33
<b>5 DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E SEUS FUNDAMENTOS</b> .	<b>36</b>
5.1 O procedimento da averiguação oficiosa. ....	36
5.2 O reconhecimento de paternidade. ....	37
5.3 Legitimidade.....	38
5.4 Foro competente para a propositura da ação .....	39
<b>6 PROVAS E OPORTUNIDADE PARA O REQUERIMENTO DA PERÍCIA</b> .....	<b>40</b>
<b>7 EFEITOS DO ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE E DA SENTENÇA</b> .....	<b>41</b>
<b>8 CONCLUSÃO</b> .....	<b>42</b>
<b>9 BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>43</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo tratar do instituto da Investigação de Paternidade, abordando quais as provas necessárias e os critérios que o juiz poderá utilizar para declarar a paternidade.

É importante ressaltar, já no início, que a presente monografia não tem por objetivo esgotar o assunto nela tratado.

Diante da evolução havida nas relações sociais, o presente estudo justifica-se pela sua absoluta relevância em verificar a possibilidade de realizar o sonho de ver reconhecida a relação de parentesco.

Este instituto surgiu da necessidade do filho havido fora da união conjugal, conhecer o seu genitor, poder utilizar seu patrimônio e, ainda, estar na relação de herdeiro mesmo, demonstrando que a ação de Investigação de Paternidade é agora exercida sem restrições, sem a necessidade da prova de existência dos pressupostos objetivos ou condições de admissibilidade anteriores, que o Código Civil de 1916 consagrava no artigo 363.

É cediço que entre os diversos fatores que expõem a fragilidade da nossa estrutura jurídica está a formação das relações parentais e, portanto, os operadores do Direito não podem mais permanecer alheios aos acontecimentos que inundam o campo, não somente jurídico, mas, ético, biológico, moral e social.

Desta maneira, é de importância indubitável ver as propostas existentes que ajudam a refletir, a analisar e a julgar as diversas situações existentes com relação ao parentesco e a própria investigação de paternidade.

Se o casamento figurou como fator preponderante para a formação e legitimidade familiar, hoje, contemplamos o reconhecimento da paternidade, fato extremamente relevante para o indivíduo.

Desta forma, a presente monografia aborda a questão sob o foco das legislações vigentes principalmente no que concerne ao Direito Civil e Constitucional.

O primeiro capítulo diz respeito aos direitos fundamentais, reconhecidos e garantidos pela Constituição Federal.

Já o segundo capítulo, dedica-se à análise da representação familiar na sociedade brasileira, bem como do conceito de filiação.

O terceiro capítulo traz a definição e os tipos de paternidade.

O quarto capítulo aborda a questão da ação da investigação de paternidade, o procedimento de averiguação oficiosa, o reconhecimento da paternidade, a legitimidade e o

foro competente para a propositura da ação.

O quinto capítulo trata dos métodos probatórios da investigação de paternidade.

E, por fim, o sexto capítulo aborda os efeitos do estabelecimento da paternidade e da sentença, objeto deste estudo, propriamente dito.

Desta forma, o intuito desta monografia é fazer uma abordagem teórica, a partir da análise da legislação, doutrina e jurisprudência mostrando, através da evolução social e, conseqüentemente jurídica, do surgimento da investigação de paternidade como forma de garantia e reconhecimento do estado de filiação.

## 2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não nos parece possível analisar a questão da paternidade sem antes analisar o que sejam os direitos fundamentais estatuídos pela Constituição Federal, posto que a paternidade, mesmo que implicitamente, insere-se dentro do rol do art. 5º da CF/88.

As terminologias adotadas nos últimos tempos como sinônimas, "direitos fundamentais", "direitos do Homem", "direitos humanos", "direitos subjetivos públicos", "direitos individuais", "liberdades públicas", apenas expondo algumas delas, são na realidade heterogêneas. Para este trabalho, faz-se necessário diferenciar dois desses conceitos: "direitos fundamentais" e "direitos humanos".

Cumprir destacar que existe um conceito de "Direitos Humanos" que se relaciona com a idéia de um direito natural vindo do Jusnaturalismo. Outra concepção de "Direitos Humanos", que vai ser a adotada por este trabalho, guarda relação com os documentos de direito internacional e já a expressão "Direitos Fundamentais" aplica-se para aqueles direitos reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de cada Estado<sup>1</sup>.

O primeiro conceito, Direitos Humanos como direitos naturais, será considerado como a pré-história dos direitos fundamentais. Estes direitos ainda não são positivados e exerceram grande influência na positivação dos direitos humanos, no seu segundo entendimento e dos direitos fundamentais.

Nos termos de Salet: "Os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal".<sup>2</sup>

O mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou algumas idéias que, posteriormente, influenciaram o pensamento jusnaturalista. O Jusnaturalismo é uma doutrina antitética do positivismo Jurídico, porque neste prevalece somente um direito que vem do Estado.

Já o Jusnaturalismo é nas palavras de Fassó:

Uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um 'direito natural' (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Este direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao

<sup>1</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 32.

direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer.<sup>3</sup>

A doutrina jusnaturalista, de modo especial a partir do século XVI, teve grande importância para o reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII.

O pensamento de Santo Tomás de Aquino referente à igualdade dos homens diante de um direito natural e o valor fundamental da dignidade humana assumiram particular relevo no pensamento jusnaturalista. A partir do século XVII e início do XVIII, a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no Iluminismo de inspiração jusracionalista.

O entendimento dos direitos humanos como direitos naturais, eternos e imutáveis, contradiz a lição de Norberto Bobbio no que se refere à dimensão histórica, defendida por ele, ao estabelecer a positivação em normas de direito internacional. Para Norberto Bobbio, os direitos humanos comportam uma classe variável, pois se eles modificam de acordo com as condições históricas.

Como diz o próprio autor: "O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas".<sup>4</sup> Ele faz a divisão dos direitos fundamentais de acordo com o historicismo axiológico.

Giovanni Berlingüer também afirma que: "uma necessidade pode transformar-se num direito somente quando existem condições históricas para dar-lhe resposta dentro de uma escala ampla ou universal".<sup>5</sup>

Logo, esta pré-história dos direitos fundamentais refere-se aos direitos naturais conquistados pelas idéias reivindicatórias, principalmente dos séculos XVI e XVII, anteriores ao processo de positivação dos direitos humanos. Neste sentido, a positivação dos direitos humanos, através das declarações e das constituições, reconheceu aqueles direitos naturais da pré-história.

O historicismo dos direitos humanos defendido por Norberto Bobbio não dá a importância devida a esses direitos, pois os direitos humanos são imutáveis, mesmo que sejam revitalizados com o tempo. Muitos desses direitos, estipulados desde o século XVIII, ainda são consagrados e garantidos pelas declarações e constituições. Referir-se aos direitos

<sup>3</sup> FASSÓ, Guido. In: Dicionário de Política de N. Bobbio, N. Mateucci e G. Pasquino. Brasília: Ed. Unb, 1986, p. 655-656.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 89.

humanos como àqueles alteráveis de acordo com as condições históricas é não lhes dar o devido valor de direitos eternos e inerentes a todos os homens.

No seu segundo entendimento, o termo direitos humanos relaciona-se com a sua positivação nas declarações internacionais. A distinção com os direitos fundamentais se dá principalmente no que se refere à eficácia. Os direitos humanos, estabelecidos nas declarações internacionais, só têm eficácia nos ordenamentos internos se ratificados por estes, enquanto os direitos fundamentais têm um maior grau de eficácia, por fazerem parte de um ordenamento jurídico estatal o qual detém meios de coerção jurídica.

Ainda no contexto histórico, após o Iluminismo surgiu a época do constitucionalismo, com o advento do Estado Liberal. Com as primeiras constituições inicia-se a era dos direitos fundamentais. Existe um dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, que é disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789. A primeira tem grande influência das declarações inglesas do século XVII, enquanto a segunda tem incontestável influência da doutrina iluminista. As duas juntas, cada uma com suas inovações, deram sua contribuição para a formação dos Direitos Fundamentais.

Como ensina Maria Helena Diniz, os Direitos Fundamentais, ao serem limitadores dos poderes do Estado, conformarão o que se conhece hoje como Estado de Direito.<sup>6</sup> Esses Direitos são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. E a sua validade está no consenso geral dos homens, como preleciona Sérgio Cademartori.<sup>7</sup>

A proteção aos direitos fundamentais do homem se integra ao conteúdo essencial do Estado Democrático, e a preservação da paz assume fundamental relevância na efetivação desses direitos. Sabe-se que é na guerra e em períodos de exceção que normalmente ocorrem as maiores violações desses direitos fundamentais.

Assim, nota-se a importância da Democracia, pois:

...direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

As lutas de conquista de alguns grupos sociais, os quais sempre tiveram seus direitos

<sup>5</sup> BERLINGUER, Giovanni. *Bioética da Prevenção*. ANAIS, XVI Conferência Nacional dos Advogados, Fortaleza, 1990, p. 243.

<sup>6</sup> Apud: CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 33.

violados, alicerçaram a base dos Direitos Humanos. As Declarações, na maior parte das vezes, surgiram destas lutas sociais. Esse processo de evolução das conquistas pelos direitos humanos, observado através das declarações, e das constituições, positivados em seus direitos fundamentais, é analisado a partir da divisão dos acontecimentos históricos em dimensões de direitos.

## 2.1 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

No Estado Moderno Brasileiro a temática dos direitos humanos foi absorvida pelos Direitos Fundamentais que estão expressos na Constituição Federal de 1988, como, *verbi gratia*, em seus artigos 5º (direitos individuais e coletivos), 6º a 11 (direitos sociais) e 225 (direitos difusos).

De acordo com Paulo Bonavides há dois critérios formais e um material para a caracterização dos direitos fundamentais:

... podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

... os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis* ou pelo menos de mudança *dificultada*, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante a lei de emenda à Constituição.

Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.<sup>8</sup>

Os direitos humanos, num regime democrático, são garantidos através dos direitos fundamentais estipulados na Constituição Federal.

Segundo Milton Ângelo, "das várias Constituições brasileiras, a primeira a albergar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado brasileiro nas relações internacionais, foi a de 1988".<sup>9</sup>

Na atual Constituição Federal têm-se garantidos os direitos individuais, sociais e difusos. As características destes direitos, segundo este autor, são: a inviolabilidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a universalidade, a efetividade, a interdependência e a

<sup>7</sup> CADEMARTORI, Sérgio. Op. cit., p.34.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 515.

<sup>9</sup> ANGELO, Milton. *Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. De Direito, 1998, p. 19.

complementaridade.

É importante notar que os direitos e garantias elencados na Constituição Federal não representam um rol taxativo, de acordo com o parágrafo 2º do art. 5º que expressa:

“§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Deve-se observar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito (art. 1º CF/88)<sup>10</sup>, em que constitucionalmente tem-se um Estado e um Direito qualificado pela Democracia. Este Estado compromete-se com o bem-estar e a igualdade (art. 3º, IV; e art. 193)<sup>11</sup>, assim como com a construção da igualdade material (art. 1º, II e III; art. 3º, III e IV)<sup>12</sup>. Tem-se como pressuposto a igualdade formal (art. 5º)<sup>13</sup> e os direitos humanos de fases diversas (art. 5º, XXII, XXIII e XXXII)<sup>14</sup>.

A Constituição Federal de 1988 trouxe como novidade uma proteção suprema aos direitos e garantias individuais, pois o poder constituinte derivado está vedado a introduzir emenda para suprimi-los.

A mesma garantia se dá ao dispositivo relativo à separação dos poderes, porque sem esta não há liberdade nem direitos humanos. Este passo significativo de proteção aos direitos individuais também é observado em relação aos direitos sociais, pois estes direitos constam de um Capítulo pertencente ao Título: Dos Direitos e garantias fundamentais, da Carta Magna e devem ser garantidos por um regime constitucional.

## 2.2 O Estatuto Constitucional da Filiação

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil prevê a instituição

<sup>10</sup> CF/1988: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos..."

<sup>11</sup> "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

<sup>12</sup> "Art. 1º ... II - a soberania; III - a dignidade da pessoa humana. Art. 3º ... III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção;"

<sup>13</sup> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:..."

<sup>14</sup> "Art. 5º... XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Promulgada em momento de transição entre um regime autoritário militar e a inauguração de uma nova fase denominada democrática, a Carta Constitucional vigente engloba grande parte da Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada em 10.1.1948, na cidade de Paris, durante a 3ª sessão ordinária da Assembléia Geral da ONU.

Esta Declaração, que completará duas décadas, contém 30 artigos, sendo que do 1º ao 21 vemos os direitos e garantias individuais (há uma forte inclinação da Declaração no sentido de proteger o individual em detrimento ao social); do art. 22 ao 28 contemplam-se os direitos sociais do homem, enquanto no artigo seguinte encontramos os deveres da pessoa para com a comunidade.

No art. 30, e derradeiro, encontramos o princípio que norteia a interpretação da Declaração:

Art. 30. Nada da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos aqui estabelecidos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem possui relevância ao tema, ora estudado no momento em que enfatiza a dignidade da pessoa humana, e, como foi visto, trouxe reflexos à nossa Constituição Federal.

Nesta, em seu art. 1º, III, observamos como fundamentos do país a dignidade da pessoa humana.

No art. 3º temos que constituem objetivos fundamentais do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (incisos I e IV).

O advento de uma Constituição posterior e mais de acordo com o espírito democrático formal, não pôde, contudo, conter as discrepâncias relativas ao defasado Código Civil de 1916, no que concerne à família, de modo especial.

Conforme a Carta Magna, a constituição da entidade familiar não depende somente

do casamento, uma vez que a instituição monoparental (instituição formada por qualquer dos pais e seus descendentes) ao lado da união estável entre homem e mulher (sendo facilitada a conversão desta união em casamento, prevista pela Lei 9.278 de 10.05.1996) também estão sob a proteção estatal.

Ainda, neste contexto, vemos que o art. 226, § 5º estabelece direitos e deveres iguais referentes à sociedade conjugal, enfatizando o art. 5º, I, da própria Constituição Federal.

Desta maneira, o marido não possui qualquer privilégio com relação às decisões que interessarem à família e as mesmas caberão a ambos os cônjuges, restando prejudicados todos os dispositivos do Código Civil que concediam prerrogativas ao marido.

Entre as inúmeras inovações da Constituição Federal, merece destaque o art. 227, VII, § 6º que trouxe a equiparação entre os filhos havidos ou não do casamento, adotivos e incestuosos.

Face à Constituição vigente e à revogação do art. 358 do Código Civil (que impedia o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos) e em respeito à Lei 7.841, de 17.10.1989, a jurisprudência tem admitido que o reconhecimento de todos os filhos ilegítimos pode ocorrer, inclusive, na vigência da sociedade conjugal do pai ou da mãe e que também pode ser intentada a ação de investigação de paternidade ou maternidade, em virtude de terem desaparecido todas as restrições existentes no direito anterior.<sup>15</sup>

Importante ressaltar ainda, que o art. 227, VII, § 6º tenha representado um passo imprescindível à eliminação das formas discriminatórias referentes à filiação oferecidas pelo Código Civil de 1916, há de se notar a não inclusão dos filhos havidos por técnicas de reprodução humana assistida.

---

<sup>15</sup> WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. Vol. 04, 11º ed., rev., ampl. e a atual. com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 160.

### 3 A REPRESENTAÇÃO FAMILIAR NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Para entender-se a questão do estado de filiação mister primeiramente analisar a conceituação de o sentido da expressão família para a sociedade e para o sistema legislativo brasileiro.

Podemos afirmar que em sentido lato família é o conjunto de pessoas que descendem de um mesmo tronco genealógico, são membros unidos por laços sanguíneos, abrangendo desta forma os parentes em linha reta ou colateral, bem como os parentes por afinidade conforme declara o Código Civil Brasileiro em seus dispositivos referentes as relações de parentesco.

Em sentido restrito, o termo família, representa o conjunto de pais e filhos, ou seja, o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio.

Para o eminente jurista Pontes de Miranda, em sentido especial compreende o pai, a mãe e os filhos. Vejamos:

(...) As vezes exprimia a reunião das pessoas colocadas sob o poder pátrio ou *manus* de um chefe único. A família compreendia, portanto, o *pater familias*, que era o chefe, os descendentes ou não, submetidos ao pátrio poder, e a mulher *in manu*, que se considerava em condição análoga à de filha: loco *filiae*. O *pater familias* e as pessoas sob seu poder eram unidos entre si pelo parentesco civil (*agnatio*).<sup>16</sup>

Em 1916 com a promulgação do Código Civil a família passou a ser codificada e representar importante papel na estrutura econômica brasileira eis que o modelo então tinha como base a figura do pai que detinha a autoridade para tomada de todas e quaisquer decisões referentes a família inclusive no tocante a questões patrimoniais.

O Código Civil não fornecia o significado da expressão família muito embora a reconhecesse e a resguardasse, porém, as Constituições brasileiras a partir de 1934 traziam em seu texto a noção de família a qual era condicionada a idéia de casamento, de modo que se tinha como família o grupo social de sangue com origem no matrimônio válido, portanto, a família legítima; as Constituições de 1824 e 1891 não traziam qualquer menção com relação a formação do instituto *familiae*.

Conforme declara Villela:

---

<sup>16</sup> MIRANDA, Ponte de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1999, p. 101.

(...) em face de uma sociedade basicamente rural, revelava uma família que funcionava como uma unidade de produção, importando para tanto ser numerosa, representando uma maior força de trabalho e maiores condições de sobrevivência de todo o grupo. Este modelo de família era chefiado por um homem, que além de exercer o papel de pai e marido, detinha toda a autoridade e poder sustentados numa estrutural patrimonial. Daí, as características patriarcais e hierarquizadas do modelo centrado na chefia do marido, ocupando a mulher e os filhos uma posição de inferioridade no grupo familiar.<sup>17</sup>

Note-se que em tempos de outrora a família, cujo vínculo matrimonial, então, era indissolúvel era percebida não apenas pelos laços de sangue, mas também pelo patrimônio constituído pela união dos genitores, como bem salienta Michelle Perrot: “A família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é fluxo de propriedade que depende primeiramente da lei”.<sup>18</sup>

Na família assentam-se não apenas as bases morais da sociedade como a própria base econômica, de modo que a influência direta sobre a própria manutenção do Estado obrigou-o a protegê-la.

Corrobora tal idéia Silvio Rodrigues ao afirmar que: “O estado na preservação de sua própria sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais”.<sup>19</sup>

A família constitui sem dúvida alguma a estrutura da sociedade.

Porém, passadas décadas a relação conjugal, que então dava à família sua existência, sofreu modificações e novos padrões sociais surgiram decorrentes da evolução do próprio homem e do conceito de liberdade individual.

Novos conceitos fizeram eclodir conseqüências inafastáveis como, por exemplo, a família decorrente do divórcio, da adoção, da investigação de paternidade, da reprodução artificial, do afeto, da união estável. Ou seja, a família não é mais concebida apenas pela união, através do casamento, de um homem com uma mulher.

Conforme Benthon, “o processo de modernização da família busca novos caminhos e soluções”<sup>20</sup> que no tocante a filiação passa não apenas pelos laços matrimoniais ou genéticos, mas também pelo afeto.

<sup>17</sup> VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*. Revista Forense, vol. 271, p. 45-51.

<sup>18</sup> PERROT, Michelle. *Funções da Família*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 73.

<sup>19</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

<sup>20</sup> BENTHAM, Jeremy. *Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução de João Marcos Coelho. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 50.

### 3.1 Evolução Histórica da Relação de Parentesco

Dentro do sistema da família consangüínea, aqueles que se enquadram no mesmo grau de parentesco são entre si marido e mulher, ou seja, era possível o relacionamento sexual entre todos os avôs e avós, pais e mães, irmãos e irmãs e assim por diante.

Para Caio Mário: "tal condição é incompatível com a idéia exclusivista do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, e contraditória com o desenvolvimento da espécie".<sup>21</sup>

Atualmente, nem mesmo os povos mais atrasados organizam-se de acordo com tal modelo.

Especificamente quanto ao sistema familiar desenvolvido no chamado Velho Mundo, a domesticação de animais e criação de gado acarretou o surgimento de novas relações sociais.

É que a partir de então, com a conversão das riquezas em propriedade particular da família em decorrência de atividades próprias do homem, o matriarcado sofreu grande abalo.

Isso porque as riquezas davam, por um lado, ao homem uma posição mais importante que a da mulher na família e, por outro lado, faziam com que nascesse dele a idéia de valer-se desta vantagem para modificar, em proveito de seus filhos, a ordem de herança estabelecida.

Com isso, passou a mulher a ser vista apenas como servidora, imagem esta que até os tempos atuais não foi suprimida por completo.

Em face de tais mudanças, transmudou-se a família de sindiásmica para monogâmica, que como bem descreve Engels: "é um dos sintomas da civilização nascente".<sup>22</sup>

Os laços familiares tornam-se mais sólidos, tendo os filhos paternidade indiscutível, ao menos em tese, vez que à mulher não era permitida a infidelidade conjugal, ao contrário do que ocorria com os homens.

Cumprе ressaltar que, em conjunto com as relações monogâmicas, surge o amor sexual individual.

Isso porque, antes da Idade Média, os matrimônios eram estabelecidos por convenção entre as famílias, com o que os interessados se conformavam.

Com o decorrer do tempo, muito embora os casamentos se dessem com observância dos níveis sociais, era permitida certa liberdade de escolha.

<sup>21</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 102.

<sup>22</sup> ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Trad. por Leandro Konder. Rio de Janeiro: SED, 1981, p. 47.

O próximo passo na evolução da estrutura familiar era a reivindicação pelo casamento por amor.

E quando o afeto desaparece ou é substituído por um novo amor apaixonado, o divórcio será um benefício, tanto para ambas as partes como para a sociedade.

Estamos atualmente construindo uma nova concepção de família. A entrada da mulher no mercado de trabalho, as facilidades para a obtenção do divórcio e a independência maior da juventude são alguns dos fatores que contribuem para uma menor estabilidade da família.

Porém, isso não significa que a família esteja em crise. O que ocorre é uma transformação decorrente das mudanças sociais.

Todas as transformações noticiadas na família acabam por criar a necessidade de uma proteção maior pelo Estado, merecendo também a atenção da doutrina.

Eis os conceitos sobre o que é família estabelecidos por alguns dos autores mais conhecidos no âmbito do Direito Civil.

Conforme ensina Sílvio Venosa:

Grupo de pessoas composto de pais e filhos, apresentando uma certa unidade de relações jurídicas, tendo uma comunidade de nome, domicílio e nacionalidade fortemente unido pela identidade de interesses e fins morais e materiais, monarquicamente organizado sob a autoridade dum chefe.<sup>23</sup>

Conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, ao lado dos quais também se encontram o cônjuge e seus filhos, os cônjuges dos filhos e irmãos, bem como os irmãos dos cônjuges.

Família, em sentido técnico, é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia, e sob a mesma direção.

Instituição que surge e se desenvolve do conúbio entre o homem e a mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado que nela vê a célula básica de sua organização social.

Para uma efetiva proteção da família, é primordial que a legislação acompanhe as mudanças sociais.

O reconhecimento da união estável pelo ordenamento jurídico brasileiro foi um grande passo nesse sentido, afinal, não se pode negar à família assim constituída os direitos

<sup>23</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 119.

fundamentais concedidos àquela oriunda do casamento apenas porque não houve registro formal da união do casal.

E para que a defesa dos interesses das famílias informalmente organizadas seja efetuada de forma mais ampla, é necessário considerar a possibilidade de estabelecimento da paternidade através da investigação da mesma.

### 3.1.1 Relações de parentesco e filiação através do tempo

De vital importância é a definição das relações de parentesco e filiação para uma melhor compreensão do nosso tema.

Para os romanos, o parentesco se dava não simplesmente pelos laços de sangue, mas pelo culto a antepassados comuns, ou, o princípio do parentesco não era o ato material do nascimento, porém o culto.

De conformidade com isto compreende-se a razão por que, aos olhos da lei romana, dois irmãos consangüíneos eram agnados e dois irmãos uterinos já não o eram. Não se diga mesmo ser a descendência por varões princípio imutável sobre o qual se baseia o parentesco. Não era pelo nascimento, mas pelo culto, que verdadeiramente se reconheciam os agnados.

Com efeito, o filho que a emancipação desligava do culto deixava de ser agnado de seu pai, o estranho adotado, isto é, admitido ao culto, tornava-se agnado do adotante e mesmo de toda a família. Assim se prova como só verdadeiramente a religião determinava o parentesco.

Ressalte-se que o emancipado perdia o vínculo da agnação, assim como o adotado o adquiria.

Registre-se que, inicialmente, mesmo o filho sendo casado e tendo seus próprios descendentes, permanecia sob tutela, mas que o filho gerado do concubinato não se achava sob a autoridade do pai. Vê-se, pois, que a paternidade, por si só, não conferia ao pai direito algum.

Assim, em razão do culto religioso, dentro do qual o pai era o sacerdote, tornou-se a família um pequeno corpo organizado, desempenhando o genitor o papel de protetor e a autoridade à qual a família deveria se submeter.

As relações clássicas de parentesco estavam armadas em cima de uma dada concepção de família, matrimonializada, hierarquizada e patriarcal. Essa idéia de família matrimonializada vem mostrar a associação que se fazia entre casamento e legitimidade dos

filhos. Uma noção em torno da qual orbitam as relações de parentesco.

As concepções abaixo transcritas, em sua maioria, espelham apenas o que é o parentesco consangüíneo, sendo os conceitos de parentesco, entre os doutrinadores brasileiros semelhantes, como se pode verificar em seguida.

Venosa descreve:

Parentesco é a relação que vincula entre si pessoas que descendem uma das outras, ou de um autor comum (consangüinidade), que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (afinidade), ou que se estabelece, por *fictio iuris*, entre o adotado e o adotante.<sup>24</sup>

Portanto, e conforme o ensinamento de Venosa, parentesco pode ser concebido como o vínculo existente entre pessoas que descendem de um mesmo tronco comum, sendo que, neste caso, aplica-se aos indivíduos ligados por consangüinidade, podendo ser definida a paternidade.

De outra banda, parentesco também pode ser entendido como o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum. Trata-se do parentesco por afinidade.

Sendo assim, parentesco é a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem uma das outras ou de um mesmo tronco comum (consanguinidade), mas também entre o cônjuge e os parentes do outro e entre adotante e adotado (afinidade).

Ressalte-se, ainda, que marido e mulher não são parentes e que cada um dos cônjuges é unido aos parentes do outro por afinidade, como dispõe o art. 1.595: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”.

### 3.2 Filiação

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

O vocábulo filiação exprime a relação que existe entre o filho e as pessoas que o geraram. Encarada em sentido inverso, isto é, do lado dos genitores referentemente ao filho,

<sup>24</sup> Idem, p. 121.

essa relação chama-se paternidade ou maternidade.

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida.

É a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que o geraram. Essa relação de parentesco, dada a proximidade de grau, cria um sem-número de efeitos no campo do direito, daí derivando a importância de sua verificação. Ademais, dada a variedade de conseqüências, conforme a filiação seja legítima ou ilegítima, torna-se altamente relevante provar e estabelecer a legitimidade.

No início do século passado, predominava a sociedade patriarcal, sendo o casamento a base da organização familiar, de tal sorte que apenas os filhos havidos durante a constância do matrimônio foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico de cunho civil criado em 1916.

Entretanto, as alterações feitas na legislação brasileira, por meio do parágrafo sexto do artigo 227 da Constituição Federal, no sentido de eliminar qualquer distinção existente entre filhos, independentemente da situação jurídica em que se encontrassem seus genitores, mais do que igualar direitos patrimoniais e sucessórios alterou toda a estrutura familiar no tocante à filiação.

Muito embora ainda possa existir entre algumas pessoas um espírito conservador por manter a distinção entre filiação legítima e ilegítima, o artigo 1597 do Novo Código Civil adequou a questão da filiação às disposições constitucionais ao estabelecer:

- Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
- I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
  - II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
  - III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
  - IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
  - V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Porém, para que se possa vislumbrar a forma pela qual a filiação era vista na legislação anterior à Carta Magna de 1988, expõe-se a seguir como era feita a classificação entre os filhos.

Beviláqua conceitua a filiação como legítima:

(...)1º, se, no momento da concepção, o pai e a mãe se acham vinculados por

casamento válido; 2º, ou putativo; 3º, ou anulável, embora não putativo, isto é, nos casos em que subsistiria, se o vício determinante da anulação não tivesse sido utilizado para esse efeito, no prazo e segundo os preceitos da lei, sendo a única geradora de direitos e responsabilidades.<sup>25</sup>

Maria Helena Diniz apresenta uma classificação mais completa, não se limitando a apenas mostrar o que é filiação legítima:

Filiação legítima é a oriunda de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção ou se resultante de união matrimonial, que veio a ser anulada, posteriormente, estando ou não de boa-fé os cônjuges (CC, art. 221 e parágrafo único, alterado pela lei n.º 6.515/77, art. 14, parágrafo único). Filiação legitimada decorre de uma união de pessoas que, após o nascimento do filho, vieram a convolar núpcias. Filiação ilegítima é a provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou que não querem contrair casamento, podendo ser espúria (adulterina ou incestuosa) ou natural.<sup>26</sup>

O jurista Sílvio Rodrigues tece uma argumentação diferente da empregada pela doutrinadora acima mencionada no que diz respeito à boa-fé dos cônjuges para classificar a filiação como legítima, bem como especifica melhor o que seja a filiação ilegítima, senão vejamos: "a lei define como legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se contraiu de boa-fé".<sup>27</sup>

Prossegue o autor dizendo que:

Os filhos ilegítimos classificam-se em naturais e espúrios; naturais são os nascidos de progenitores entre os quais não milita, à época da concepção, impedimento matrimonial decorrente de parentesco (Cód. Civ., art. 183, ns. I a V), ou de casamento anterior (Cód. Civ., art. 183, n.º VI); espúrios são os nascidos de coito danado, ou seja, da união de homem e mulher entre os quais havia, ao tempo da concepção, um daqueles citados impedimentos, que são absolutamente dirimentes.<sup>28</sup>

Acrescenta o doutrinador Venosa aos conceitos anteriormente registrados o detalhamento quanto às distinções havidas entre filiação incestuosa e adulterina:

Na filiação ilegítima, distinguem-se os filhos naturais e os filhos espúrios. Filiação natural é a proveniente de pessoas não casadas que não tinham qualquer impedimento para contrair matrimônio. Filiação espúria é a proveniente de união entre pessoas que estavam absolutamente impedidas de casar, por força de impedimento absolutamente dirimente. A filiação espúria

<sup>25</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 101.

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 98.

<sup>27</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 134.

<sup>28</sup> Idem, p. 137.

pode ser incestuosa ou adúltera. A filiação incestuosa é aquela cujo impedimento para o casamento dos pais decorre do parentesco. Filiação adúltera é a que deriva de genitores impedidos de casar por já estarem casados.<sup>29</sup>

Dispõe o § 6º do artigo 227 da Carta Magna que: "os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

O enunciado do dispositivo autoriza concluir que todas as classificações expostas no tópico anterior não têm outro valor a não ser o histórico, já que felizmente nossa Constituição varreu do ordenamento jurídico a postura preconceituosa daqueles que vislumbram apenas o casamento, devidamente formalizado, como base familiar, além da visão de que deve haver diferenciação entre os filhos naturais e adotivos.

### 3.2.1 Critério biológico

O desenvolvimento das biotecnologias possui como objetivo à proteção do homem enquanto indivíduo e, de igual maneira, enquanto espécie. Por isto dizer que referido desenvolvimento tende, também, resguardar a liberdade do indivíduo respeitando-se, para tanto, as questões éticas.

Entre estas questões éticas podemos citar o conhecimento das origens de cada indivíduo. A este respeito, Maria Cláudia Crespo Brauner assevera:

Quase dois séculos depois, o mundo mudou profundamente, a forma de viver em família foi redimensionada, a ciência desvendou os segredos da genética e da hereditariedade, possibilitando desse modo, determinar-se os vínculos de sob o aspecto biológico.<sup>30</sup>

A fim de instituir laços de filiação que, por muito tempo foi tarefa difícil para o operador do direito, surge a investigação de paternidade.

Pelo critério biológico, é considerado filho o indivíduo que possui os genes dos pais e, por conseguinte, reconhecida a identidade biológica (ou sanguínea) entre pai e filho surgem para a criança novos direitos como, por exemplo, o de usar o nome do pai, alimentos e

<sup>29</sup> VENOSA, Op. cit., p. 123.

<sup>30</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Novos Contornos do Direito da Filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

herança.

Em virtude destas circunstâncias, hei que surge a Lei 8.560/92 que veio com o objetivo de facilitar o reconhecimento dos filhos e, daí, impor obrigações aos pais biológicos.

Referida lei trouxe, ainda, como inovação, o reconhecimento voluntário da paternidade e o procedimento oficioso.

Brauner explica, a este respeito:

O reconhecimento voluntário realizado pelo pai da criança deixa de ser possível somente após a ruptura do impedimento do reconhecimento, trata-se de um ato de vontade ao qual não se impõe prazo, condição ou qualquer outro ato que venha a restringir o reconhecimento da filiação. Trata-se de ato personalíssimo e unilateral com exceção da hipótese em que o reconhecido seja maior de idade em que prevalecerá o interesse deste no reconhecimento.<sup>31</sup>

Quanto ao procedimento da averiguação oficiosa, como mero procedimento administrativo a autora ainda explica:

(...) parte do pressuposto do direito de origem do indivíduo de modo que havendo assento de registro de nascimento unicamente constando a origem materna caberá ao oficial remeter a certidão contendo os dados do suposto pai ao Juiz de Direito afim de que seja o mesmo identificado. Uma vez notificado o suposto pai e não havendo resposta do mesmo ou em caso de manifestação este conteste a paternidade os autos devem ser encaminhados ao Ministério Público para que então se inicie a ação de investigação de paternidade.<sup>32</sup>

Posto isto, mesmo que haja facilitação no reconhecimento da paternidade por laços de filiação ou meios avançados de biotecnologia com o exame de DNA não se pode olvidar que a simples identificação biológica não estabelece os laços de filiação esperados, uma vez que os direitos são concedidos, contudo, não se pode dizer que o afeto também o é.

Se por um lado o exame de DNA facilitou a descoberta do pai obrigando-o a reconhecer a paternidade, por outro, o mesmo exame torna a filiação mero laço biológico desprovido de afetos.

Brauner em seus estudo refere-se a negação do filho decorrente da filiação forçada nos seguintes termos:

(...) nem sempre aquele que gera se interessa por sua descendência e, há de

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> Idem.

aceitar-se que muitos pais e mães genéticos, prefeririam que seu filho não tivesse sido gerado, e podem passar de uma atitude de negação da existência do filho, ao completo desprezo pelo seu destino, principalmente, quando o vínculo formal de filiação foi estabelecido de forma forçada, através de uma ação de investigação de paternidade.<sup>33</sup>

Infelizmente, os operadores jurídicos da atualidade guiam-se em mão única, pautando as condições paternas de forma muito simples: ou reconhecimento voluntário ou exames de DNA e não na interdisciplinaridade que afetam as relações humanas.

Veja, mais uma vez, o ensinamento de Brauner:

(...) indo além da simples declaração de filiação biológica determinada através de exames científicos, sejam estes de menor ou maior complexidade, como no caso do exame de DNA, percebe-se que a autêntica relação de pai e filho requer mais que a mera determinação da descendência genética, atribuindo-se finalmente, relevância a noção subjetiva dos laços afetivos.<sup>34</sup>

### 3.2.2 Critério afetivo

Não se pode negar que estamos inseridos num mundo em que as biotecnologias exteriorizam-se de forma cada vez mais acelerada para o ser humano.

Neste contexto, a própria noção de família ganha contornos diferentes, pois, as famílias relacionam-se não mais apenas aos vínculos jurídicos, ao matrimônio legal, porém assumem, cada vez mais, relações afetivas que, segundo Brauner, passa a denominar-se família sociológica:

A filiação passa a ser percebida não apenas pelo vínculo jurídico estabelecido, pelo reconhecimento voluntário, pela adoção ou pela investigação de paternidade passa a ser percebida como um conjunto de atos de afeição e solidariedade que demonstram claramente a existência de um vínculo de filiação entre filho-pai-mãe. A posse do estado de filho (...) é aquela que se exterioriza pelos fatos, quando existem pais que assumem suas funções de educação e de proteção dos filhos, sem que a revelação do fator biológico da filiação seja primordial para que as pessoas aceitem e desempenhem a função de pai ou mãe. Estado de uma pessoa são determinadas qualidades que a lei toma em consideração para atribuir-lhes certos efeitos jurídicos. Designar o estado de uma pessoa é qualificá-la e rigorosamente a toda qualidade que produza efeitos de direito pode dar-se o nome de estado.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> Idem.

Por isto dizer que o direito reserva este nome às qualidades inerentes a pessoa, excluindo-se os qualificativos que correspondam às suas ocupações.

Com muita propriedade, Maria Cláudia Brauner ensina:

O estado de filho é irrenunciável e imprescritível de modo que a qualquer momento de sua vida poderá o indivíduo pleitear sua filiação, não apenas contra seu próprio pai mas também contra aos herdeiros deste. Sua manifestação poderá dar-se judicialmente como extrajudicialmente através de atos capazes de exteriorizar a condição de filho daqueles que criam e educam a criança.<sup>36</sup>

No caso do ordenamento jurídico pátrio, o estado de posse não recebeu a atenção legislativa necessária, haja vista que não é previsto pelo Código Civil juntamente com os demais casos em que a declaração de paternidade é admitida.

José Bernardo Ramos Boeira, a este respeito, explica:

(...) embora não tenha recebido o devido respaldo legal não houve negação do estado de posse (...) pois os fatos que a caracterizam têm tanta significação que, aliados, por exemplo, à prova de relações sexuais, quando a ação tiver tal fundamento, ou a outros fatos nos quais pode o pleito basear-se, criarão, em favor do investigante, uma situação jurídica de irrecusável importância, de vez que pela sua conduta, foi o suposto pai o primeiro a considerá-lo, implicitamente, a fidelidade da mulher na época da concepção. Ainda que por longo período considerassem os operadores a posse de estado de filho como simples meio probatório que, por si só, não bastava para comprovar a filiação, mas possibilitava a sua investigação, tem-se a sua existência real e viável sendo o começo do desvelamento da paternidade afetiva na atualidade; que em muitas vezes se torna mais eficaz para o desenvolvimento de uma criança do que a paternidade biológica.<sup>37</sup>

A fim de tornar mais clara e objetiva as relações sócio-afetivas frente à sociedade, foram estabelecidos alguns elementos caracterizadores da posse de estado de filho tais como o nome, o trato e a fama. Desta forma, o indivíduo deverá usar o nome do pai (*nomen*), ser tratado como filho com todos os cuidados merecidos numa relação pai-filho (*tractus*) e ser conhecido pela sociedade como filho de determinada pessoa (fama).

Neste mesmo sentido refere-se Maria Cláudia C. Brauner:

O nome: é a utilização pela pessoa do nome daquele que considera seu pai, o

<sup>36</sup> Idem.

<sup>37</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho: Paternidade sócioafetiva*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 87.

que faz supor a existência do laço de filiação. O tratamento: corresponde ao comportamento, são atos que expressam a vontade de tratar a criança como a trataria um pai; é o tratamento como filho. A fama: constitui a imagem social, são fatos exteriores que revelam uma relação de paternidade e expressam uma certa notoriedade da relação, a pessoa aparenta à sociedade, gozar do conceito de filho do pretendido pai. São elementos típicos e comuns às relações de filiação embasadas no amor e no afeto. Relações em que há a preocupação com o desenvolvimento emocional, social, cultural dos indivíduos sob a responsabilidade de um pai.<sup>38</sup>

No que se refere ao critério afetivo, é de vital importância aduzir a impossibilidade do pai-afetivo contestar a paternidade, uma vez que a proteção é dada ao filho e, desta forma, o interesse na descoberta do pai biológico cabe exclusivamente ao filho.

Conforme salienta Maria Cláudia C. Brauner:

Numa sociedade onde tantas crianças são privadas de pai, não se pode correr o risco de contribuir-se para aumentar estes índices de rejeição por questões egoístas e de cunho individualista, que podem dar origem a uma situação de insegurança jurídica para as pessoas que beneficiavam de uma posse de estado de filho, corroborada pela existência de um título, conforme esse estado.<sup>39</sup>

O certo é que a criança deve ser protegida e resguardada de males decorrentes das relações inseguras de seus pais e, por isto, frente aos avanços biológicos cada vez mais acelerados, é imperioso ter-se sempre uma conduta ética concernente às tomadas de decisões, a fim de que as relações de filiação não sejam prejudicadas e nem mesmo o desenvolvimento sadio de uma criança.

---

<sup>38</sup> BRAUNER, Op. cit.

<sup>39</sup> Idem.

## 4 O INSTITUTO DA PATERNIDADE

### 4.1 Aspectos Gerais

Existem três tipos de paternidade: a biológica, a sócio-afetiva e a registral.

Referidas paternidades podem ocorrer de forma separada, combinadas duas a duas ou até mesmo coexistirem. É o caso da paternidade sócio-afetiva, quando o genitor registra a criança e ainda mantém com ela um laço afetivo.

Para que a paternidade afetiva se caracterize, faz-se necessário a existência de uma relação de afeto com o filho de criação que se comprove pela posse de estado de filho ou, estado de filho afetivo. Tal estado leva em consideração três elementos: o uso do nome do pai, o tratamento como se filho fosse e o reconhecimento de filho perante toda a sociedade.

Em outras palavras, se o 'filho' foi registrado com o sobrenome do pai "de criação", se este o levava para a escola e se o tratava com amor de pai, a paternidade sócio-afetiva está configurada.

Sendo assim, a essência da relação sócio-afetiva é tão existente e forte quanto à biológica ou, sanguínea e, conseqüentemente, os seus efeitos são tão concretos quanto àqueles advindos dos laços sangüíneos e, em muitos casos, até mesmo os mais verdadeiros.

Posto isto, questiona-se: como classificar como pai quem nunca teve contato com a criança e ao mesmo tempo dizer que um homem, que durante muito tempo, educou e deu amor não seja o pai?

Contudo, embora a paternidade afetiva seja uma realidade cada vez mais instituída na sociedade, existe ainda bastante resistência em igualar as filiações. Todavia, levando-se em conta que as mudanças sociais exigem dos operadores do direito reposicionamento e redefinição de conceitos, posto ser o Direito dinâmico, existe um movimento para que haja uma substituição do predomínio material para o afetivo.

No Brasil, tal movimento é encontrado no artigo 1609 do Código Civil, que diz que o reconhecimento voluntário de filiação é irrevogável, haja vista que a livre manifestação da vontade que tende ao reconhecimento, uma vez aperfeiçoado se torna irretroatável.

O exame de DNA e sua facilidade de acesso possibilitaram o crescimento do número de ações a respeito da paternidade e, por outro lado, estabeleceu-se um embate entre as duas verdades. O resultado do exame diz respeito à presença ou ausência da paternidade biológica e, por conseguinte, não anula a paternidade sócio-afetiva, comprovada pela presença dos elementos citados anteriormente.

Tendo em vista o número o crescimento do número de divórcios e, ainda, podendo-se considerar, para o caso da paternidade afetiva, até mesmo as mulheres viúvas com filhos pequenos e, também, as mães 'solteiras', não é incomum que um homem, ao estabelecer uma relação amorosa com uma destas mulheres registrarem, como seu, filho de outro homem, criando-o e educando-o como se fosse seu.

Todavia, no caso deste homem vir a separar-se da mulher com quem se casou, mas que registrou o filho dela como seu, poderá, também, se desfazer da paternidade? Tem esse homem o direito de negar a paternidade e anular o registro civil?

Se fosse no passado, a resposta seria sim, indiscutivelmente. Já, nos dias atuais, a resposta pode ser: não. Analisemos, portanto, a presente questão.

A paternidade afetiva é chamada de "adoção à brasileira", pois se tratar de reconhecimento voluntário da paternidade, quando inexistente vínculo biológico, que se aproxima da paternidade adotiva, embora não se submeta ao devido processo legal. A expressão "adoção à brasileira nasceu em época na qual este tipo de paternidade era considerada como irremediavelmente irregular".

Sendo assim, a expressão adoção é mais usual somente nos casos em que existe o processo judicial regulado em lei, quando o filho é adotado por meio da sentença judicial respectiva. Segundo o Código Civil no artigo 1.593: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem".

Portanto, parentesco natural é o parentesco biológico, existente por laços de sangue e, parentesco civil, pela regra do atual Código Civil, ao referir-se, de maneira aberta, ao parentesco civil como aquele que resulta de outra origem que não seja a consangüinidade, possibilita outras interpretações.

Dentre estas interpretações pode-se dizer que o parentesco civil é aquele que se origina de relação sócio-afetiva, que não se restringe à adoção e, dentre estas está a paternidade afetiva.

A paternidade sócio-afetiva, portanto, passou a ter apoio legal e, por isto, para a existência da mesma é necessário o preenchimento de alguns requisitos.

Villela explica estes requisitos:

Um dos requisitos dessa paternidade sócio-afetiva é a inexistência de vício de consentimento. Isto é, o homem que registra o filho como seu deve ter consciência de que se trata de filho alheio. Esse homem não pode ter sido enganado pela mulher. Não pode ter feito o registro por erro ou por dolo da mulher. Outro requisito da paternidade sócio-afetiva é que o pai trate o filho

como seu, de modo a assim ser havido em sociedade.<sup>40</sup>

Entretanto, a pergunta feita antes continua sem resposta e, o argumento de que esta é negativa deve-se ao fato de que um filho não pode ser havido como algo descartável. Da mesma forma, o argumento para uma resposta positiva é de que a paternidade sócio-afetiva somente pode existir se não houver insurgência. Em outras palavras, o homem que não quer mais ser pai está negando o sentimento de afeto, não podendo mais prevalecer a paternidade que se baseava especificamente no afeto.

Conforme se verá mais à frente, existem argumentos favoráveis e desfavoráveis, tanto na doutrina e na jurisprudência vindo confirmar que o assunto é bastante polêmico e, por tratar-se de um instituto jurídico relativamente novo, a discussão sobre o mesmo está longe de ser pacificada.

#### 4.2 Posse de Estado de Filho

Pôde-se notar que a estrutura de parentesco no Ocidente está fundamentada na presunção de paternidade (*pater is est quem justae nuptiae demonstrat*), seguindo as orientações oferecidas pelo Código Napoleônico de 1804 – do qual provém a inspiração do nosso -, que legitimou a paternidade proveniente do matrimônio, ou seja, os filhos nascidos no casamento seriam, presumidamente, do marido.

Os laços tradicionais que uniam o casal à criança foram rompidos com o advento das práticas de fecundação e da inseminação heterólogas. Tais técnicas expressam a problemática de uma criança possuir três pais (o doador do sêmen, o pai adotivo, o marido da mãe) e três mães (a mãe genética, a mãe de substituição e a mãe de recepção).

Esta quebra do liame biológico que perdurou por décadas como definitivo, desmorona-se perante a necessidade de inclusão de cunho mais social e afetivo aos conceitos de paternidade e maternidade.

Desta maneira, afirma-se que os juristas preocupados com a questão exposta estão retornando àquilo que se denomina “posse de estado de filho”. Embora a expressão não seja usual, tornou-se de crucial importância dentro do panorama tangente aos problemas gerados pela reprodução assistida.

Para Orlando Gomes:

---

<sup>40</sup> VILLELA, Op. cit., p. 136.

Possuir um estado é ter de fato o título correspondente, desfrutar as vantagens a ele ligadas e suportar seus encargos. É passar a ser tratado como filho. 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. Configura-se nas seguintes circunstâncias: a - sempre ter levado o nome dos presumidos genitores; b - ter recebido continuamente o tratamento de filho legítimo; c - ter sido constantemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho legítimo. Caracteriza-se, em síntese, pelo concurso de três elementos: *nomen, tractus*, fama. Necessário seja constante e simultânea, devendo o interessado provar que sempre foi tratado como filho legítimo, não tendo esse tratamento sido contraditado por fato algum. [...] A posse de estado é uma presunção *juris tantum*.<sup>41</sup>

Sérgio S. da Cunha, completa dizendo que esse estado aludido trata de uma filiação sociológica, afetiva, aceita e de fácil de visualização como quando falamos de adoção, por exemplo:

Forma eloqüente de reconhecimento da paternidade, a posse de estado é prevista nos Códigos Cíveis, francês e italiano, e do Código Civil francês foi transplantada para o Código Civil brasileiro. 'Como é indubitável que o Código de Napoleão é fonte e inspiração do nosso', diz Aguiar Moura, 'parece que ao legislador brasileiro se afigurou a posse de estado, quando fala de 'veementes presunções resultantes de fatos'.<sup>42</sup>

Já para no entendimento de Paulo Dourado de Gusmão, tem-se que a posse do estado de filho seria a:

Aparência de filho, por ser tratado como tal no seio de uma família, criado e educado como tal, da qual não decorrem efeitos jurídicos, mas que representa indício forte de que pode se servir o 'filho' em investigação de paternidade, provando-se por testemunhas ou documentos.<sup>43</sup>

De acordo com o art. 50 e seguintes da Lei 6.015/73 e art. 10 da Lei 8.560/92, a certidão do termo do nascimento, inscrito no Registro Civil constitui prova específica do nascimento, da idade, da identidade e da filiação, tanto na ação de vindicação de estado como em qualquer caso em que haja contestação da filiação.

Quando da falta de registro e frente à necessidade de prova da filiação, há a possibilidade de aplicação do art. 349 do Código Civil, referente à posse de estado. Este artigo trata das provas supletivas da filiação.

<sup>41</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 304-305.

<sup>42</sup> CUNHA, Sérgio S. da. *Direito de Família*. São Paulo: RT, 2005, p. 206.

<sup>43</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, P. 825.

Posiciona-se Maria Helena Diniz a respeito:

Se o registro de nascimento faltar, porque os pais não o fizeram ou porque se perdeu o livro, ou se o termo de nascimento apresentar defeito, como dar ao filho nome diverso ou atribuir-se-lhe paternidade incôgnita, qualquer meio admissível juridicamente poderá ser utilizado para provar a filiação, desde que: a) haja começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente, como cartas, diários, onde haja indicação de nascimento do filho; b) exista presunção *juris tantum* resultante de fato já conhecido e certo de que permitia admitir outro como verídico, p. ex.; se em companhia do casal há muito vive uma pessoa tida como filha, sabendo-se que os pais são casados e tiveram um filho, ter-se-á, então, a posse do estado de filho, e, nela baseada, a pessoa criada pelo casal poderá, apoiada em prova testemunhal, indicar em juízo o reconhecimento de sua filiação.<sup>44</sup>

Silvio Rodrigues acredita que sua existência dá-se ao fato de a prova da filiação estar sujeita à existência de um registro, sendo a hipótese pouco condizente com a realidade social brasileira, uma vez que se depara com a falta de registro e defeitos nos termos de nascimento.

O fato é que, diante do fato de se utilizar uma presunção tão antiga quanto àquelas utilizadas pelo próprio Código Civil é certo que se privilegie uma que permita à criança uma acomodação aparentemente mais segura, viabilizando uma vida em família, ainda que não biológica, porém, afetiva.

---

<sup>44</sup> DINIZ, Op. cit., p. 322.

## 5 DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E SEUS FUNDAMENTOS

Trata-se de uma ação de estado, e sendo assim tem como características a inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

Esta ação cabe aos filhos contra os pais ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação, nos casos previstos em lei.

Para se ingressar com a ação de investigação de paternidade, conhecendo seus pressupostos, sua legitimação ativa e passiva e foro competente, é necessário, ainda, que se determine os requisitos fundamentais, sendo que o primeiro desses requisitos é a prova da maternidade, prova esta que se faz pelo termo de nascimento do investigante e o segundo requisito é a inexistência de outra paternidade legalmente estabelecida.

Para que o filho possa ingressar com a investigação é mister que não exista outra declaração de paternidade ou reconhecimento voluntário anteriormente estabelecido.

### 5.1 O procedimento da averiguação oficiosa

Norma inovadora instituída no art. 2º da Lei 5.560/92. Prevê a norma em questão que, em registro de nascimento, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro, bem como nome e prenome do suposto pai, a fim de ser averiguada officiosamente a procedência da alegação.

Assim, nas certidões de nascimentos onde constarem apenas a maternidade, o Oficial deverá remeter, imediatamente, ao juiz competente para presidir o procedimento.

Ressaltamos que existe uma discussão doutrinária sobre qual seria o juízo competente para presidir o procedimento, destarte, a discussão em que juízo será competente, o procedimento será instaurado independente da vontade da mãe, pois a norma é imperativa, o artigo em discussão, dispõe claramente que “o oficial deverá remeter”, ou seja, mesmo que a mãe não preste todas as informações necessárias, tais como: o endereço completo do suposto pai; o nome completo ou mesmo não tenha a certeza de quem é o pai da criança, o procedimento deve ser instaurado.

A averiguação oficiosa trata-se de mero procedimento administrativo, presidido pelo juiz, que deve, sempre que for possível, ou vir a mãe e o suposto pai da criança. O suposto pai deverá ser obrigatoriamente notificado. Decorrido o prazo de trinta dias sem a manifestação do possível pai, os autos serão remetidos ao Ministério Público, a fim de que, havendo

elementos, intente ação de Investigação de Paternidade.

Na averiguação oficiosa, ainda caberá a oitiva de testemunhas, quer do pai, quer da mãe. Todavia, a oitiva de testemunhas não servirá ao juiz, pois em caso de negativa do suposto pai, o juiz estará limitado a remessa dos autos de averiguação ao Ministério público, entretanto, os testemunhos servirão de elemento, juntamente com outras provas, para que o agente do Ministério Público intente a competente ação de investigação de paternidade.

Entretanto, o representante do Ministério Público poderá pedir o arquivamento do procedimento de averiguação oficiosa. Todavia, tal fato não influenciará na possibilidade do "filho sem pai", propor, contra o suposto pai, ação de investigação de paternidade.

## 5.2 O reconhecimento de paternidade

De acordo com o Código Civil, em seu artigo 1.607, o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente e este reconhecimento, que é irrevogável, pode ser feito no registro de nascimento; por escritura pública ou particular; por testamento ou, ainda, por manifestação expressa perante o juiz, conforme preceitua o artigo 1.609 do Código Civil.

O reconhecimento é ato pessoal. Não cabe, e é inválido, o reconhecimento realizado por outra pessoa, mesmo parente. Não prospera, por exemplo, um ato de reconhecimento feito pelo avô, proclamando a situação jurídica de um natural de filho seu.

A paternidade de um filho havido fora do casamento somente será lançada no registro quando o pai comparecer, declarar e assinar.

De acordo com o Código Civil, em seu artigo 1.610, no caso de testamento público, sua revogação não atinge o reconhecimento, valendo como escritura pública de reconhecimento.

Mesmo casado, o pai pode proceder ao reconhecimento voluntário, porque caíram as discriminações antes existentes, já não havendo mais obstáculo a que isso seja feito.

Por ação pode declarar-se tanto a paternidade quanto a maternidade. Trata-se sempre do reconhecimento do estado de filiação, direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, nos termos do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os filhos havidos fora da sociedade conjugal poderão se reconhecidos de duas maneiras;

1. Reconhecimento voluntário: no próprio termo de nascimento ou por escritura

pública, em caso de seus pais não possuírem compromisso matrimonial; por testamento cerrado, em caso de um deles ser casado, e na constância do casamento; mediante sentença com trânsito em julgado.

O reconhecimento é perpétuo e irrevogável, somente podendo ser anulado caso contenha erro de forma, ou seja, não tenham sido observadas as formalidades legais ou, ainda, se contiver na sua forma, qualquer um dos defeitos dos atos jurídicos e embora seja to expresse e formal, é ato simples, dispensando qualquer outra prova de filiação.

Mencionamos, ainda, que o reconhecimento voluntário é, na verdade, uma confissão, onde o pai declara ser seu filho determinada pessoa.

2. Reconhecimento Judicial: para que haja este tipo de reconhecimento necessário se faz que o filho ingresse com a Ação de Investigação de Paternidade. Esta alteração sofreu grande alteração com a vigência da Lei nº 8.560/92 que, além de atribuir legitimidade ao Ministério Público para propor ação de investigação de paternidade nas hipóteses que prevê, regulamenta, ainda, o procedimento de averiguação oficiosa para efeito de reconhecimento de paternidade.

### 5.3 Legitimidade

A legitimidade pode ser ativa ou passiva.

São legítimos ativo, o investigador e o Ministério Público.

O investigador é o legítimo ordinário, visto ser o titular do bem jurídico. É direito personalíssimo e indisponível.

Mesmo quando menor, o autor da ação será o próprio investigador, representado por sua genitora, que será denominada representante legal.

O Ministério Público possui legitimidade extraordinária. No caso do suposto pai não responder à notificação no procedimento de averiguação oficiosa, em trinta dias, ou negar a paternidade alegada, deve o Ministério Público, se possuir elementos, propor ação de investigação de paternidade. Neste caso será denominado substituto processual.

As disposições procedimentais contidas na Lei 8.560/1992, relativas à investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento, permanecem vigentes, inclusive no que diz respeito à legitimação do Ministério Público.

Alguns autores criticam essa legitimação, atribuída ao Ministério Público, para promover, como substituto processual, ação de investigação de paternidade (Lei 8.560/92,

artigo 2º, §4º), afirmando que por existirem valores que a lei desconheceu, entre eles o direito da mãe a respeito de sua vida íntima, ou o direito da mãe estabelecer se é conveniente ao filho conhecer sua paternidade biológica.

Por tratar-se de direito personalíssimo este deve ser exercido pelo próprio interessado ou por seu representante legal, por isso alguns autores sustentam a inconstitucionalidade dessa atribuição, uma vez que incompatível com as finalidades institucionais do Ministério Público cabe a defesa de interesses indisponíveis, não de direitos subjetivos.

Desta forma, devemos ponderar que, admitida a substituição processual, a sentença de improcedência fará coisa julgada em prejuízo do menor, sendo preferível que assuma esse risco o próprio interessado ou sua mãe, e não o órgão público por definição desinteressado.

“A celeuma quanto à adequação da Lei 8.560/92 ao texto constitucional encerrou-se em Minas Gerais por força do acórdão proferido na uniformização da jurisprudência 56.318/7, comarca de juiz de Fora, onde, por ampla maioria, foi reconhecida a legitimidade ativa do Ministério Público para buscar a declaração do laço de parentesco, através da ação de investigação de paternidade” (Bertoldo Oliveira, 1999)

A ação pode ser proposta pelo nascituro.

Cumulada a investigação de paternidade com petição de herança, impõe-se a citação do cônjuge do herdeiro, dada a natureza real desta.

#### **5.4 Foro competente para propositura da ação**

O foro competente para a ação de investigação de paternidade é o do réu, incidindo a regra geral do artigo 94 do Código de Processo Civil, mas se houver cumulação de pedidos, envolvendo alimentos, prevalece o foro do autor da ação, matéria objeto de Súmula nº 1 do STJ.

Se a cumulação envolver petição de herança, o foro é do juízo do inventário, pelo caráter universal da sucessão, sendo que a ação de petição de herança é ação real, o que determina a citação do cônjuge do herdeiro casado.

## 6 PROVAS E OPORTUNIDADE PARA O REQUERIMENTO DA PERÍCIA

Na investigação de paternidade, poderão ser utilizadas todas as provas em direito admitidas, especialmente as provas científicas. Tais como: exame prosopográfico; comparativo das papilas digitais; determinativo da cor dos olhos; das proporções físicas; de pavilhão Auricular. Mas, de todos os exames científicos o que goza de maior credibilidade, em suas diversas espécies, por apresentarem resultados exatos, são os exames feitos no sangue. Entre eles, o mais preciso e que consegue determinar a paternidade, sem margem alguma de erro, é o exame de determinação de seqüências de aminoácidos codificados no DNA. A partir da descoberta dos ácidos nucléicos a perquirição probatória da paternidade tomou novos e mais seguros rumos. Antes, a prova se limitava aos cotejos permitidos pelo sistema hemoclassificatório ABO e com tão estrita prova não se podia afirmar a paternidade, poderia no máximo excluir a paternidade do investigado.

O exame pode ser efetuado determinando-se as seqüência de aminoácidos, em par de alelos, ou em diversos pontos e regiões dos cromossomos. Em qualquer dos casos, o resultado é de exclusão ou afirmação. A única diferença é que no primeiro caso, o resultado é fornecido em "probabilidade de paternidade", com freqüência acima de 99%; no segundo caso, o resultado afirma ou nega a paternidade.

Desta forma, a freqüência acima de 90%, em se tratando de exame feito no DNA, é considerada, como "certeza científica".

Existem controvérsias a respeito da imposição ao réu á realização do exame de DNA, podemos observar tal fato com as citações abaixo:

O acórdão do TJMG diz o seguinte: "Não pode o Poder Judiciário impor o exame, sob pena de desgaste ou, quando menos, de pura perda de tempo se o paciente não o permitir. Inspeção no corpo humano que só é moralmente legítima, assim só podendo fazer-se com o consentimento do interessado".

E, ainda, "a Lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrificio imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim como a certeza que a prova pericial pode proporcionar".

Já existe entendimento de que a perícia, constituída na realização do exame de DNA e de HLA, poderá ser realizada a qualquer tempo, mesmo em segundo grau, importando no processo apenas a busca da verdade real, pois estas permitem ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza.

## 7 EFEITOS DO ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE E DA SENTENÇA

A Lei estabeleceu que os filhos, “havidos da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificação, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Desta forma, os filhos reconhecidos, voluntariamente ou através de sentença judicial, têm os mesmos direitos que os filhos legítimos.

Entre esses direitos, podemos citar: estado de filho; direito ao nome; direito aos alimentos; direitos sucessórios.

Ressalta-se, ainda, que o reconhecimento produz também direitos em relação àquele que reconhece, decorrente do parentesco estabelecido sendo o principal deles o direito-dever do poder familiar e como decorrência dele deve o filho obediência ao pai.

Da procedência da ação resulta o direito do investigante ao nome paterno. Contudo, o filho só retifica o nome, no registro de nascimento, querendo.

Vencedor o Ministério Público, suporta o réu o ônus da sucumbência, recolhendo-se aos cofres públicos a verba honorária. Vencido, suporta-os o substituído, se tiver recurso econômico.

## 8 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o instituto da investigação de paternidade veio, principalmente, beneficiar os filhos havidos fora da sociedade conjugal, dando-lhes os mesmos direitos dos filhos havidos desta sociedade, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, regulando seus direitos e suas obrigações. Entre esses direitos, podemos citar: estado de filho; direito ao nome; direito aos alimentos; direitos sucessórios. Ressalte-se, ainda, que o reconhecimento produz também direitos em relação àquele que reconhece, decorrente do parentesco estabelecido sendo o principal deles o direito-dever do poder familiar e como decorrência dele deve o filho obediência e respeito.

Conclui-se, ainda, que o reconhecimento pode ser voluntário ou judicial e que desta forma, os filhos reconhecidos, voluntariamente ou através de sentença judicial, têm os mesmo direitos que os filhos legítimos, sendo este reconhecimento perpétuo e irrevogável e, ainda, que o procedimento da averiguação oficiosa se tornou obrigatório e o Ministério Público tem legitimidade para ingressar com a ação.

E, ainda, com relação às provas verificamos grandes avanços, tal como a realização do exame de DNA e que a oportunidade para o requerimento pode ser feita, agora, até mesmo em segundo grau, conforme alguns entendimentos, sendo o método científico mais seguro para afirmação ou não da paternidade.

## 9 BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Maria Christina. A Paternidade Sócioafetiva e a Formação da Personalidade. O Estado e os Estados de Filiação. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, 2002, n. 8, p. 24, maio 2002. (Número especial).
- ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.
- ÂNGELO, Milton. *Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. de Direito, 1998, p. 19.
- BARROS, Fernanda Otoni de. Paternidade. Do Direito do Pai: sobre a Paternidade no Ordenamento Jurídico. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre : Síntese/IBDFAM, v. 6, p. 21, jul./ago./set. 2000.
- BENTHAM, Jeremy. *Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução de João Marcos Coelho. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 50.
- BERLINGÜER, Giovanni. *Bioética da Prevenção*. ANAIS, XVI Conferência Nacional dos Advogados, Fortaleza, 1990, p. 243.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 101.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho: Paternidade sócioafetiva*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.
- BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial*. Brasília: Letraviva, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 515.

- BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de Filiação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Novos Contornos do Direito da Filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.
- BRUNO, Denise Duarte. Família sócioafetiva. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, n. 8, p. 27, maio 2002. (Número especial).
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade - uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.
- CAMBI, Eduardo. O Paradoxo da Verdade Biológica e Sócio-Afetiva na Ação Negatória de Paternidade, Surgido com o Exame do DNA, na Hipótese de "Adoção à Brasileira". *Jornal Síntese*, Porto Alegre, v. 59, jan. 2002. p. 19.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *O Estatuto Jurídico do Nascituro*. Publicação oficial dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. Editora Degrau Cultural em convênio com a Editora Espaço Jurídico. Vol. 27, 1997. p. 31-36.
- CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira. 2.ed. rev. e acrescida de um suplemento. 10ª impressão: fev. 1998.
- CUNHA, Sérgio S. da. *Direito de Família*. São Paulo: RT, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Trad. por Leandro Konder. Rio de Janeiro: SED, 1981, p. 47.

FACHIN, Luiz Edson. (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FASSÓ, Guido. In: *Dicionário de Política* de N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino. Brasília: Ed. Unb, 1986, p. 655-656. X

FELIPE, J. Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. *O Novo Código Civil Anotado*. Colaborador João Bosco Cascardo de Gouvêa. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

FELIPE, J. Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. O direito de visitação do pai não-biológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, ano 1, p. 95-102, abr./jun. 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 1987.

KANT, Emmanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Lourival Queiroz. Rio de Janeiro: Edioro, s/d.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo : RT, 1994.

LOSEKANN, Luciano André. Paternidade: Elo Biológico ou Afetivo? *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 27, n. 83, p. 243-259, set. 2001.

MADALENO, Rolf Hanssen. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 41.

MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia (col.) VITÓRIA, Ana Paula da Silva (col.). Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro Atual - Direito Pós-Moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 764, p. 11-32, 1999.

- MIRANDA, Ponte de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1999.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MOUNIER, Emmanuel. *O Personalismo*. Tradução de João Bérnard da Costa. Santos: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1964.
- OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. Relacionamento Interfamiliar. Interfaces e Conexões do Direito de Família. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte : IBDFAM, n. 8, p. 32, maio 2002.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas Questões de Direito de Família na Nova Constituição. A Igualdade na Filiação, Inclusive para Adotados. *Revista AJURIS*, n. 45, v. 16, p. 145-154, março 1989.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma Proposta Interdisciplinar*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.
- PERROT, Michelle. *Funções da Família*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

- SILVA, Luana Babuska Chrapak da. A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar .Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321>>. Acesso em: 23.01.008.
- SILVA, Plácido de. *Vocabulário Jurídico*. V.I-II. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 38.
- SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. São Paulo: LTr, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. rev. e atual. Renovar. Rio de Janeiro/São Paulo : Renovar, 2001.
- VELOSO, Zeno. Negatória de Paternidade: Vício de Consentimento. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 3, Porto Alegre : Síntese, p. 73,out./dez. 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2006.
- VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*. Revista Forense, vol. 271, p. 45-51.
- WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 13.ed. rev. atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a Jurisprudência e com Referências ao Projeto de Código Civil, com a Colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas e da Prof<sup>a</sup> Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2000.
- WELTER, Belmiro Pedro. Investigação de paternidade sócio-afetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, Síntese/ IBDFAM, v. 6, p. 50-52, jul/ago/set. 2000.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Ed. Alfa - Omega, 1994.