



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO**

**ALBERTO DE MOURA MARQUES**

**PATERNIDADE E FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL:  
SUSTENTAÇÃO JURÍDICA**

**SOUSA - PB**

**2003**

**ALBERTO DE MOURA MARQUES**

**PATERNIDADE E FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL:  
SUSTENTAÇÃO JURÍDICA**

**Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.**

**Orientador: Professor Me. Manoel Pereira de Alencar.**

**SOUSA - PB**

**2003**



M357p Marques, Alberto de Moura.  
Paternidade e filiação extramatrimonial: sustentação jurídica. /  
Alberto de Moura Marques. - Sousa - PB: [s.n], 2003.

43 f.

Orientador: Professor Me. Manoel Pereira de Alencar.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro  
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências  
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Paternidade – aspecto jurídico. 2. Filiação extramatrimonial.  
3. Filhos bastardos. 3. Direito de família. 4. Exames de paternidade. 5.  
Filiação não matrimonial. I. Alencar, Manoel Pereira de. II Título.

CDU: 347.632(043.1)

**Elaboração da Ficha Catalográfica:**

Johnny Rodrigues Barbosa  
Bibliotecário-Documentalista  
CRB-15/626

**ALBERTO DE MOURA MARQUES**

**PATERNIDADE E FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL:  
SUSTENTAÇÃO JURÍDICA**

**BANCA EXAMINADORA**

*MANOEL PEREIRA DE ALENCAR*

---

**ORIENTADOR**

---

**MEMBRO**

---

**MEMBRO**

**SOUSA-PB**

**SETEMBRO / 2003**

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente sempre à Deus, pelo dom da vida, pela saúde para lutar e buscar o ápice dos meus objetivos.

À professora Maria da Luz, pela paciência e dedicação ao engrandecimento do Campus de Sousa.

Ao meu orientador, Ms. Manoel Pereira, pela boa vontade e disposição em ajudar, sem oposição de óbices.

“O Direito de Família começou no dia em que o feio forte tomou a mulher do bonito fraco.”

(Carlos Couto).

“Sonho com o dia em que a justiça correrá como a água e a retidão de um caudaloso rio”.

(Martin Luther King)

## SUMÁRIO

RESUMO	
INTRODUÇÃO .....	06
CAPÍTULO I BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DOS ASPECTOS HISTÓRICOS .....	09
CAPÍTULO II O ASPECTO JURÍDICO DA PATERNIDADE E DA FILIAÇÃO NO DIREITO COMPARADO .....	13
CAPÍTULO III O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO NÃO MATRIMONIAL NO BRASIL .....	19
3.1. Inovações Trazidas Pelo Código Civil de 2002 .....	23
3.2. Comentários dos Principais Dispositivos Legais da Lei n.º 8.560/92 .....	26
CAPÍTULO IV O PROCEDIMENTO JUDICIAL DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE .....	13
4.1. O Processo no Código de Processo Civil .....	30
4.1.1. Instauração.....	31
4.1.2. Reconhecimento voluntário .....	32
4.1.3. As provas.....	33
4.1.3.1. Os exames de paternidade (impressão digital do DNA) .....	34
4.1.4. Efeitos do estabelecimento da paternidade .....	37
CONCLUSÃO .....	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

## RESUMO

Paternidade e Filiação Extramatrimoniais: Sustentação Jurídica. Faz-se uma abordagem sobre as relações paterno-filiais fora do casamento, conjuntamente com o ordenamento jurídico pátrio vigente, especialmente à luz da Constituição Federal de 1988, da Lei n. 8.560/92 e do Código Civil de 2002. A família é uma entidade que sofreu mudanças estrutural e, conseqüentemente, de conceito, ao longo do século XX e já no recém-nascido século XXI. O Direito, como fruto da evolução social, deve acompanhar estas transformações e reformar ou adaptar o instituto jurídico "família", como ocorreu com a Carta Maior em 1988, ao reconhecer como entidade familiar não apenas o homem e a mulher casados civilmente, mas também a comunidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes e a união estável entre homem e a mulher. E a distinção entre filho legítimo e ilegítimo já não mais existe em nosso ordenamento jurídico desde a promulgação da Constituição Cidadã, exemplo para a América Latina, sendo proibido qualquer forma de indicação vexatória ou discriminatória. E as formas de reconhecimento de estado de filiação foram acrescidas por mais uma, após o advento da Lei n. 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, com a possibilidade de manifestação expressa perante o juiz, o que veio a ser ratificado pelo Código Civil de 2002. O instituto da investigação de paternidade surgiu da necessidade do filho, nascido fora do casamento, em conhecer seu pai biológico e ser reconhecido, utilizando-se do seu sobrenome e integrando-se na lista de herdeiros necessários. Para tanto, valerá o Estado-juiz de provas documentais, testemunhais e, principalmente, do exame de impressão digital do DNA, sendo necessária a criação de laboratórios jurídicos de biologia molecular, mantidos pelo Poder Judiciário, para melhor, mais fácil e rápido acesso a exames técnicos para declarar-se a verdadeira paternidade biológica de quem aflitamente pleiteia tal reconhecimento.

**Palavras-chave:** Relação paterno-filial extramatrimonial. Igualdade de reconhecimento de filiação. Fácil acesso aos meios que proporcionem certeza de estado de descendente.



## INTRODUÇÃO

Nesta obra, haveremos de enfocar o tema sem a veleidade de esgotar a matéria ou tratá-la exaustivamente, pois seu conteúdo é vastíssimo e cheio de nuances. Portanto, procuraremos fixar apenas seus aspectos mais relevantes, no campo da relação paterno-filial extramatrimonial, especificamente entre pai e filho, à luz da Constituição Federal de 1988, que trouxe repercussões importantes na matéria, e, virtuosamente, o Código Civil de 2002, assim como a teoria doutrinária e também os indicativos jurisprudenciais.

É certo, como bem ponderou Rodrigues:

[...] a dificuldade em estabelecer o parentesco com a mãe é menos séria, pois, a gravidez e o parto se revelam externamente de maneira veemente, *mater semper certa est*. Mas, no que diz respeito à paternidade, não é fácil estabelecer o parentesco entre pai e filho ilegítimo<sup>1</sup>.

Vale lembrar, que no Brasil tal relação é ainda vista sob o ponto de vista prático, como uma relação cercada de preconceitos, é por isso que tentaremos percorrer os difíceis caminhos que levou a tal relação a ser analisada para o ordenamento jurídico do ponto de vista estritamente legal.

Veremos que o Direito de família sofreu grandes transformações nos últimos tempos, mudando-se em tão pouco espaço temporal. Deveras, buscaremos fazer um sucinto estudo no que diz respeito à origem e a história desse tipo de relação em alguns países e no Brasil, destacando sua importância para o nosso ordenamento jurídico, e, sobretudo, ao interesse da família vista como um todo.

De plano, verifica-se bem aos nossos olhos que a estrutura patriarcal transformou-se, não mais existe a superioridade masculina, enquanto provedor e

---

<sup>1</sup> RODRIGUES, Silvío. *Direito civil*, vol. 6, 27 ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406/02) São Paulo: Saraiva, 2002, p. 163.

pai. É mister que nos libertemos de certos conceitos, como casamento, concubinato e outros que acabam por reduzir a compreensão da universalidade da família.

Destarte, aí vem o Direito com a função de acompanhar a evolução social e reformular concomitantemente tais conceitos, contudo dentro de um limite para que as normas e conceitos estabelecidos não interfiram na organização familiar, causando prejuízo à liberdade dos sujeitos envolvidos, porque a família é a célula básica de toda e qualquer sociedade. Revisitar e reformular alguns conceitos são pressupostos básicos para que possamos entender melhor a regulação jurídica e para onde ela aponta neste século.

É interessante observar que o estudo da família esteve sempre estritamente ligado ao instituto jurídico do casamento, quando a tornava legítima e ilegítima, segundo os vínculos da oficialidade dados pelo Estado, ou mesmo pela religião, e isso influencia fortemente no pensar de nossos aplicadores e estudiosos do Direito. Até hoje, grande parte dos nossos juristas confundem o conceito de família com o de casamento, por exemplo.

Uma das formas de presunção da filiação admitida para o Direito brasileiro está no art. 1.597, e seus incisos, do Código Civil, que se dá pelo aspecto da temporalidade, verificada entre a concepção e o efetivo nascimento do filho, sendo o casamento apenas um dado referencial.

Nota-se que com a Constituição Federal de 1988 o significado da palavra família ampliou-se, uma vez que o Estado passou a reconhecer como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como a união estável entre o homem e a mulher, e a distinção entre filho legítimo e ilegítimo perdeu a razão de ser, sendo que após a Constituição Coragem, assim identificada pelo saudoso doutor Ulysses Guimarães, os filhos são iguais

os filhos são iguais perante o Direito, não existindo mais supremacia de direitos entre filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção.

Dispõe o art. 227, § 6º da Constituição Federal:

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.

De modo mais abrangente, significa uma evolução tímida no conceito de família, abrindo-se a um conceito mais real, impulsionado pela própria realidade.

Todavia, os doutrinadores ainda se utilizam dessa expressão “ilegítimos” somente para fins didáticos e a nossa obra gira em torno desse tipo de filiação, em que várias vezes iremos nos utilizar também de tal expressão com o mesmo escopo.

Com acerto, leciona Pereira que:

[...] considera-se a família como um gênero que comporta várias espécies. É o reconhecimento de que a família não é mais singular. É plural. Tudo isso é fruto das imposições culturais, políticos (Igreja/Estado), econômicas etc<sup>2</sup>.

Por fim, cabe esclarecer que esta obra não tem a pretensão de dar solução definitiva ao tema, mas apenas analisar as relações paterno-filiais havidas fora do casamento, abordando o papel primordial que a nossa Constituição Federal de 1988 exerce, qual seja, assegurar garantias fundamentais como a igualdade de filiação, sem deixar de lado que tal igualdade seja baseada na verdade sócio-biológica, principalmente com o fácil acesso aos exames de impressão digital do DNA, para que tenhamos a descoberta da verdadeira paternidade.

---

<sup>2</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 35.

## CAPÍTULO I

### BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DOS ASPETOS HISTÓRICOS

Antes de adentrar especificamente no tema proposto, faz-se necessária a análise dos aspectos históricos sobre a origem da família.

Ao abordar tal aspecto histórico, Engels, afirma que "o estudo da família começou de fato em 1861, com o Direito Materno de Bachofen"<sup>3</sup>.

Também em sua obra, editada no século XIX, aduz que no estado primitivo das civilizações, o grupo familiar não se assentava em relações individuais. Os seres humanos viviam em promiscuidade. As relações sexuais que ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo eram denominadas de endogamia (relações sexuais de uma mulher com vários homens).

Nesse período homem e mulher viveram em pequenas tribos e desenvolveram a posição ereta, a linguagem e a cultura. Subsistiram pela coleta de frutas e pela caça e pequenos animais e casavam-se com membros de outras tribos para aumentarem o número de aliados, por temerem a natureza grandiosa e, por vezes, hostil. O comportamento desses grupos era regido pela Lei da Solidariedade e da Partilha e a posição da mulher era privilegiada, pois reproduzia a vida numa época em que o papel do homem era desconhecido na procriação. Por isso, muitas vezes as mulheres governavam os grupos através da persuasão e do consenso, pois o poder era um serviço. Pelo motivo do pai nunca ser conhecido, Engels afirma que "a família teve início um caráter matriarcal, pois a criança sempre ficava aos cuidados da mãe"<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997. p.7.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 31.

Com as sociedades de caça datadas de quatrocentos mil anos atrás, começa a mudar essa ordem. A natureza, menos exuberante, fazia com que fosse preciso correr atrás dos alimentos e caçar os grandes animais. Assim, a capacidade de procriação não era mais o atributo básico, mas sim a força física. Os homens adquirem primazia sobre as mulheres, torna-se necessário guerrear com outros grupos por território e alimento. Os mais fortes e mais aptos assumem as chefias do grupo.

O homem começa a sentir inveja da capacidade de parir da mulher e, embora ainda desconheça o seu papel na reprodução e não possa por isso controlar a sexualidade feminina, começa a dominar a mulher, sobrecarregando-a de trabalho. Está inaugurada assim a supremacia masculina.

Paralelamente surge o patriarcado, pois os homens, ao descobrirem o seu papel na reprodução, passam a controlar a sexualidade feminina, com o objetivo de garantir a transmissão da herança e a posse da terra aos filhos legítimos. Isso tornava imprescindível a virgindade da mulher ao se casar, e imperdoável o adultério, uma vez que colocava em risco as garantias da transmissão da propriedade.

A origem patriarcal da sociedade ocidental mostra sua tradição patrilinear e advém historicamente do sistema romano de parentesco civil (*agnatio*): o filho nascido dentro do casamento pertence à família do pai e o vínculo de parentesco maternal (*cognatio*), ainda que produza efeitos jurídicos (como os impedimentos matrimoniais), não o introduz na família da sua mãe.

O sistema patrilinear, herdado dos romanos, está centrado na linhagem pai-filho-neto. Assim, fazem parte da família, o pai, os seus filhos, os filhos dos filhos, os filhos dos filhos dos seus filhos etc., as filhas e netas também fazem parte

dela enquanto não são casadas, pelo seu casamento, elas deixam (geralmente) o grupo familiar dos seus pais para entrarem na família do seu marido.

No direito romano havia *proprio ivre*, que era a família patriarcal propriamente dita, constituída simplesmente do *pater familias* e dos descendentes submetidos ao seu poder, chamado simplesmente de *manus*. Acentua Alves que:

É ele o chefe militar da família, seu sacerdote e juiz, tem o poder de vida e de morte sobre todos os membros da família pode, até, expor os filhos ao nascerem; ou depois, vendê-los ao estrangeiro como escravos<sup>5</sup>.

A questão da propriedade, portanto, assume uma importância tal que influencia a estrutura orgânica da sociedade, como destaca Engels. Através da família monogâmica, o homem procriará filhos de paternidade incontestada, garantindo a transmissão da fortuna paterna aos seus herdeiros diretos, assim:

a monogamia não é fruto do amor sexual individual, mas sim a primeira forma familiar fundada não mais sobre condições naturais, mas sociais, particularmente sobre o triunfo da propriedade individual sobre o comunismo espontâneo primitivo. Preponderância do homem na família e procriação de filhos que tem de ser seus e que são destinados a se tornarem os herdeiros de suas fortunas, essas foram as únicas finalidades da monogamia<sup>6</sup>.

Posteriormente, a vida primitiva, as guerras, a carência de mulheres das tribos e talvez uma inclinação natural levaram os homens a procurarem relações com mulheres de outras tribos. Os historiadores denominaram esse fenômeno social de exogamia ou poligamia (relações sexuais de um homem com várias mulheres). Nesse período, todas as relações, excluía as possibilidades de se estabelecer, com certeza, a paternidade, já que não existia meios técnicos hábeis, pelo que a

---

<sup>5</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, Rio de Janeiro. Forense. 1999. v.2. p. 249.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 77.

filiação apenas podia ser contada pelo fato *mater semper certa est*, que quer dizer, a mãe de uma criança era sempre conhecida, mas não o pai.

Nesse entendimento, no decorrer da história, o homem marcha para as relações individuais, com caráter de exclusividade, embora ainda exista civilizações que mantêm concomitantemente situações de poligamia, e isso ocorre até o presente. Foi dessa forma que se atingiu a organização atual da família monogâmica.

Observa-se, atualmente, uma grande riqueza na variação dos padrões familiares e a família nuclear está deixando de se constituir no modelo predominante. A progressão, principalmente a partir da década de setenta, no número de divórcios, filhos criados pelo pai ou pela mãe, filhos criados em famílias reconstituídas, compõe os novos arranjos familiares, freqüentes hodiernamente. Como conseqüência, esses arranjos não comportam mais a simples reprodução dos antigos modelos para o exercício dos papéis de pai e de mãe.

Nas civilizações do passado, os sistemas de parentescos e formas de família eram muito amplos, pois cada filho tinha vários pais e mães. Hoje, com transcorrer destes muitos anos, esses conceitos alteraram-se. Com o avanço do desenvolvimento tecnológico, como os exames hematológicos, que excluem a paternidade, mas não provam, e, principalmente, após o advento do sistema HLA (*Human Leukocyte Antigen*) utilizado na identificação de indivíduos através da impressão digital do DNA, podemos eliminar a incerteza acerca do pai, em relação à filiação havida fora do casamento, como veremos no decorrer do nosso trabalho.

## CAPÍTULO II

### O ASPECTO JURÍDICO DA PATERNIDADE E DA FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAIS NO DIREITO COMPARADO

Em um primeiro momento, haveremos de buscar informações e experiências sobre as relações paterno-filiais extramatrimoniais vista sob o aspecto jurídico nos países ocidentais, o que não é prioridade do nosso trabalho, para que possamos entender como tal relação funciona no nosso país.

Excepcionalmente, o direito, desde os primórdios da humanidade, sempre manteve uma relação com a idéia de família, o que levou a organizar as relações internas de seus membros e da mesma com o mundo que lhe é exterior.

Tal ordenação se faz sob a disciplina jurídica do parentesco. Em torno das relações parentais arma-se uma complexa moldura jurídica. É o parentesco, por isso, a chave para entender a regulação dos papéis dentro da família.

Na França, objetivavam assegurar a paz das famílias, consagrando a diferença entre filiação legítima e filiação ilegítima e impede-se a investigação de paternidade. Recolheu as idéias romanistas tanto em relação ao casamento quanto à atribuição ao mando da autoridade do pai sobre sua esposa e filhos, conjugando um ideal patriarcal com o individual.

Também, fixou a indivisibilidade do período da concepção, significando, com isso, que todos os momentos do período legal eram equivalentes, vale dizer, a existência conjugal em qualquer deles bastará para se provar a concepção dentro do matrimônio e excluir a prova de que a data verdadeira se localizava em momento diferente. Essa inadmissibilidade de prova contra os limites temporais de concepção estabelecidos na lei veio por um lado, em detrimento da apuração da verdadeira filiação do ponto de vista biológico, dar uma nova noção de



legitimidade da filiação significando em última análise, uma proteção à família matrimonializada.

Nesse sentido, a única relação parental existente para o ordenamento jurídico da época é aquela baseada no vínculo do matrimônio, ou seja, os filhos ilegítimos estavam em total desvantagem e sem qualquer proteção jurídica.

Uma vez que esse conjunto de valores de base do sistema clássico, corporificados na legislação civil da França, foi sofrendo transformações, o legado desse sistema cedeu a mudança da própria idéia de família. Isso gerou um novo modo de aprender as relações familiares e repercutiu no estabelecimento da igualdade de filiação.

A França, principalmente a partir de 1972, procura responder as críticas dirigidas ao sistema então vigorante. A favor da legitimidade e a força da presunção (*pater is est*) cobriam-se filhos que não eram do marido e impediam em inúmeros casos, prevalecer a verdade da filiação.

A primeira diretriz fundamental do novo sistema foi à idéia de igualdade entre todos os tipos de filiação, quer natural, quer legítima. Os filhos naturais têm os mesmos direitos e deveres que os filhos legítimos.

Trata-se de um princípio essencial, considerando verdadeiramente como pedra angular da reforma, abolindo, assim toda discriminação fundada na origem do filho.

Essa igualdade compreende os diversos direitos e deveres, por exemplo, a obrigação alimentar, no campo das sucessões, a lei aboliu as desigualdades. Quanto ao ingresso do filho na família de seus ascendentes, filho natural possui os mesmos direitos e deveres que um filho legítimo, percebendo-se, aí, a extensão que se encontra com a aplicação daquele princípio, posto que ao

natural concerne o direito de ter não somente uma família, como também irmãos, avós, tios, enfim, toda a família.

Ao lado da igualdade, o segundo traço marcante na filiação francesa é a verdade da filiação, ou seja, a verdade biológica, juntamente com a verdade sociológica ou afetiva.

Trata-se de um princípio declarativo para que o vínculo jurídico da filiação coincida com a filiação real, vale dizer que a mãe segundo a natureza seja a mãe segundo a lei e que o pai de fato seja o pai de direito, transformando-se assim, num princípio da investigação, a procura da verdade, diferente do direito anterior que tinha como prevalente a presunção *pater is est* levando a soluções injustas e hipócritas.

Agora com a reforma o juiz poderá valer-se de todos os meios de prova para tanto, fazendo com isso desaparecer as filiações fictícias, na medida que limita o domínio da presunção *pater is est* e estabelece os meios para contestar tal presunção.

Na seara da filiação, a verdade é, num primeiro momento, a verdade biológica, que se refere, por isso, à maternidade ou paternidade física. Mas, na reforma há um espaço destacado a verdade sociológica, tomando-se em especial consideração o comportamento dos pais, o que aparece sob a noção de posse de estado, cujo papel realmente foi realçado pela lei e resolverá o conflito entre a paternidade legítima já estabelecida e a filiação natural.

Admitindo-se a prova livre da não paternidade, haverá conseqüentemente uma atenuação (e não supressão) da presunção *pater is est*, essa limitação ao domínio e à autoridade da presunção é para evitar que a regra *pater is est* conduza a filiações fictícias.

Evidente, é o fim do monopólio marital acerca da busca da verdadeira paternidade.

Estes são, em linhas gerais, os aspectos básicos da reforma francesa a respeito do estudo ora em análise.

Já em Portugal, primeiramente, defendia-se também a instituição matrimonial, vale dizer, a família calcada no casamento, embora já atribuísse valor à busca da verdade biológica da filiação.

Após a reforma, ao contrário do direito anterior, que se assentava na distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, organizou-se sobre a diferença entre o estabelecimento da maternidade e o estabelecimento da paternidade.

No que concerne aos filhos nascidos ou concebidos fora do casamento, a paternidade se estabelece por perfilhação, ato livre e pessoal pelo qual alguém reconhece outrem como filho; por averiguação oficiosa – sempre que do registro do nascimento não conste a paternidade, o tribunal averiguará officiosamente a identidade do pai, por reconhecimento judicial, que diz respeito a ação de investigação de paternidade, podendo ser movimentado pelo filho, ou pela mãe, ou pelas outras pessoas mencionadas na lei.

A averiguação oficiosa também existe hoje em nossa legislação, é uma pequena herança do direito português.

A repercussão de tais princípios se observa no abandono da distinção entre legitimidade e ilegitimidade, que decorre do princípio da unidade da filiação. Contudo resquícios da distinção entre os nascidos dentro e fora do casamento subsistem, como se vê na presunção de paternidade que toca ao marido da mãe.

O legislador mantém a diversidade de modos de estabelecimento da paternidade conforme a situação da mãe: se a mãe estiver casada, a paternidade do

marido é presumida, em caso contrário, a filiação paterna deve ser estabelecida por um reconhecimento ou por julgamento.

Neste último aspecto, observa-se que sob o direito anterior, se apresentavam duas espécies de investigação de paternidade: uma ordinária, com fins alimentares, outra qualificada, de efeitos civis completos, vedadas aos filhos adulterinos e incestuosos.

A mãe resta posta como sendo a pessoa chave para o estabelecimento da filiação paterna. Em primeiro lugar no âmbito da filiação havida dentro do casamento, porque a presunção de paternidade do marido se funda com o casamento com a mãe. Em segundo lugar no âmbito de filiação havida fora do casamento, porque o reconhecimento (voluntário ou judicial) sempre diz respeito a uma mãe determinada.

Ordinariamente a paternidade é estabelecida através da incidência da presunção legal de paternidade, extraordinariamente, a paternidade se estabelece pelo reconhecimento na via judicial.

Na Bélgica a reforma do direito de filiação é a que melhor atende as transformações de valores que vão acontecendo em nossa sociedade, por isso ocupa lugar especial na perspectiva aqui em desenvolvimento.

Primeiramente, rompe com a hierarquia e a discriminação da filiação, caracterizando-se por uma vontade de unificação e de simplificação, na mesma direção em que se colocaram recentes reformas em diversos países da Europa.

Conjugou, também, a verdade biológica com a verdade do coração, extraída da realidade psicológica e afetiva que deve cercar o estabelecimento da filiação e buscou alterar a concepção patriarcal marcada por um ideal individualista do ordenamento civil belga.

Três foram os principais motivos da reforma: a erosão do princípio da legitimidade, a descoberta de uma forma de igualdade diante da lei, aquela entre homem e mulher, e conseqüentemente, entre pai e mãe, e o aprimoramento técnico relativo à demonstração do liame psicológico entre o filho e cada um de seus ascendentes.

O plano da lei se assentou sobre o princípio da igualdade da filiação, e permitiu, em decorrência que todos os filhos tenham a maternidade e a paternidade estabelecidas. Ademais, os termos legítimos, naturais, adulterinos e incestuosos desaparecem da legislação civil belga.

De todas as reformas que analisamos, surge uma realidade insofismável: as reformas procuram superar as deficiências do sistema clássico de estabelecimento da filiação, e isso dá sentido a examinar a crise pelo qual esse sistema, no âmbito do direito comparado, passou.

E o mais interessante é que a regulação jurídica ao sistema clássico começa a se tornar incapaz de solver, por si só, o conflito sobre “a paternidade biológica”, então, tais reformas buscaram soluções razoáveis e congruentes com a verdadeira paternidade, donde se põe às claras a crise que sofre o sistema. Cabe agora aos modelos existentes captarem que estabelecimento da filiação possa a ser informado com base na verdade sócio-biológica.

### CAPÍTULO III

## O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO NÃO MATRIMONIAL NO BRASIL

O Brasil não foge ao que aconteceu na maioria dos países ocidentais, em que o núcleo central era a proteção da família fundada no casamento, uma idéia que só fechou os olhos para a realidade, na medida que sustentou uma falsa paz familiar.

Ainda no Século XIX, sob orientação de Antonio Conselheiro, estruturou-se no interior da Bahia uma sociedade, denominada e internacionalmente conhecida como Canudos, na qual, segundo Moniz

não havia separação entre a mãe solteira e a que vivia num lar legalizado pelo casamento. Os filhos naturais não se distinguiam dos filhos legítimos. Todos eram, sem discriminação, bem acolhidos e bem tratados. Não havia crianças bem nascidas e crianças nascidas do pecado. O Código Civil de 1916, ao associar ao casamento a noção de legitimidade da filiação, disciplinou restrições impostas aos filhos havidos de relações extramatrimoniais. A família do Código era a família matrimonializada. Ele foi elaborado num período de transição, com características acentuadamente monarquistas, escravagistas e paternalistas, nunca reproduziu as tendências de uma comunidade em intensa evolução e que caminha decisivamente em direção a um mundo moderno liberado das tradições legadas pelo passado<sup>7</sup>.

Mas o Código Civil, elaborado ainda no mesmo século de Canudos, não adotou essa proclamação humana e justa da não distinção entre crianças bem nascidas e as bastardas, reproduzindo antes as intenções de uma elite, minoritária e refratária, do que as aspirações do povo brasileiro.

Fachin acrescenta que:

a consequência de tudo isso foi a estruturação de um sistema de estabelecimento da filiação que atendesse a essa diferenciação. A luz do

---

<sup>7</sup> MONIZ, Edmundo. *A guerra social de canudos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978, p. 47 *apud* PEREIRA, Antonio Albergaria. *Dos filhos havidos fora do casamento – A filiação no direito civil vigente em face da Lei n. 8.560/92*. Bauru: Edipro, 1993, p.11.

privilégio a uns iluminava e a outros escondia; verdade e mentira, certeza e hipocrisia, os dois lados da mesma moeda<sup>8</sup>.

Acentua, ainda, que antes do Código Civil de 1916, a Constituição Brasileira de 1891 dedicou tão somente um parágrafo para reconhecer validade exclusivamente ao casamento civil (art. 72, § 4º).

A rigor, as Constituições anteriores ao Código Civil de 1916 passaram do silêncio à referência quase imperceptível, fiéis ao contexto vigorante do Estado Liberal. A Constituição Imperial de 1824 não cuidou da matéria; em verdade, aquela Constituição tratou apenas de uma família, a família imperial.

Encontra-se algum relevo à preocupação dirigida aos filhos naturais atribuído pela Constituição de 1934 (art. 147), ao prever que o reconhecimento dos filhos naturais seria isento de quaisquer selos ou emolumentos, e que a herança, que lhes cabia, ficaria sujeita a impostos iguais aos que recaíam sobre a dos filhos legítimos. Esse começo de preocupação, já condizente com o Estado social, revela outro norte de idéias.

A Constituição de 1937 (art. 126), no tocante aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, assegurou igualdade com legítimos, extensivos àqueles direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Em que pesem constatem normas acerca do casamento e ligeira referência à família, praticamente emudecem as Cartas Magnas após 1937 até 1988 acerca dos filhos naturais.

Dessa forma, o Código Civil Brasileiro de 1916 irá incorporar a idéia de que o filho só é legítimo se nascer dentro das justas núpcias; também prevê que o pai poderá reconhecer os filhos naturais, como vimos acima; quanto aos adúlteros

---

<sup>8</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 121

(quando o filho é oriundo de união de pessoas casadas com terceiros) e incestuosos (impedimento que diz respeito a parentesco natural, civil, ou afim) vedava esse diploma legal no art. 358 seu reconhecimento.

Em 1941, o Decreto-Lei n.º 3.200 sinaliza os primeiros passos de organização da família e determina que não se faça menção, nas certidões de registro civil, da filiação ilegítima, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de decisão judicial (art. 14).

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 4.737/42 mitigou o rigor do antigo art. 358 do Código Civil, ao autorizar o reconhecimento da prole oriunda de pessoas desquitadas, prescrevendo no seu art. 1.º que o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio podia após o desquite, ser reconhecido a demandar que se declarasse sua filiação. Como não se referia as outras causas de dissolução da sociedade conjugal, por exemplo, a morte de um dos consortes, veio a Lei n.º 883/49, que estendeu a possibilidade de reconhecimento voluntário ou judicial de filho adulterino ou de ação para que se declare a filiação, quando for dissolvida a sociedade conjugal, era possível o reconhecimento de tal filho.

Em 1973, o novo Código de Processo Civil imprime segredo de justiça aos processos que dizem respeito à filiação (art. 155, II).

Bastante expressiva, a respeito, foi a inovação introduzida pela Lei n.º 6.515/77 que, pelo art. 51, acrescentou um parágrafo único ao art. 1.º da Lei n.º 883/49 assim redigido:

Ainda que na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e nessa parte, irrevogável.



A Lei do Divórcio abriu-lhes a possibilidade de reconhecimento para todos os efeitos legais e não apenas para pleitear alimentos, uma vez que seu art. 51, modificou o art. 2.º da Lei n.º 883, ao estabelecer que “qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”.

Em 1984, a Lei n.º 7.250 ratificou o reconhecimento de filho adulterino, se o pai estivesse separado de fato de seu cônjuge por mais de cinco anos. Em 1989, a Lei n.º 7.841 revogou expressamente o art. 358 do Código Civil Brasileiro, embora ele já estivesse tacitamente revogado por força da Constituição de 1988.

Nesse transcurso de tempo, a partir da vigência do Código Civil Brasileiro de 1916, em diversos outros instrumentos legais a matéria é tratada quer direta, quer indiretamente. Princípios e regras não escapam ao tema, porque pouco pode fugir do tratamento daquilo que está na essência do núcleo do sistema jurídico.

Como se vê, o art. 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e a convivência familiar comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É um resultado de um processo de mudança na concepção da filiação e paternidade. Não se pode deixar de considerar, sob o ângulo do filho, a reivindicação da igualdade imposta pouco a pouco aos ordenamentos jurídicos como consequência geral e universal da igualdade de direitos e cidadania, declarada em 1948 pela Assembléia Geral da ONU.

Operando rompimento com o que estava ancorado no Código de 1916, o novo texto constitucional transformou alguns dos princípios sob os quais o Código

Civil de 1916 fincou o seu sistema. O legislador constitucional assim procedeu ao reconhecer a união estável não-matrimonializada, ao lado do casamento, e ao alargar a concepção de família. Recolheu ao direito o mundo dos fatos. Adotando o estatuto unitário da filiação, dissociou o casamento da legitimidade dos filhos. A família pode ter origem matrimonial ou não.

Rompe-se com o caráter patriarcal antes evidenciado pela chefia da sociedade conjugal atribuída ao marido e agora afastada pelo princípio da igualdade entre os cônjuges.

Então, após a Constituição Federal de outubro de 1988, o legislador brasileiro deu mais um passo na tentativa de facilitar o estabelecimento da paternidade porque poderá reconhecer, tanto o filho natural como o adúltero ou incestuoso, sem quaisquer restrições. “Tal reconhecimento poderá preceder o nascimento do filho ao suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”. (Lei n.º 8.069/90 art. 26, parágrafo único)”.

O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem quaisquer limitações, observado o segredo de justiça. (Lei n.º 8.069/90 art. 27 e Lei n.º 8.560/92).

### **3.1. Inovações Trazidas Pelo Código Civil de 2002**

A primeira importante mudança ocorrida foi na alteração estrutural do Código. A Filiação Legítima, como era tratada no Código de 1916, no capítulo II, foi substituída por um termo mais abrangente: Da Filiação. Essa alteração espelha-se na determinação do art. 227, §6º da Constituição Federal de 1988, visando afastar qualquer designação discriminatória relativa à filiação.

O art. 1.596, que é o primeiro dispositivo do Código de 2002, repete justamente a citação do artigo da Constituição citado acima.

Acresceu o atual Código mais hipóteses de presunção de concepção, definidas nos incisos III, IV e V. Diz o art. 1.597 que também se presumem concebidos na constância do casamento (presumindo-se, por interpretação, filhos do marido da mãe) os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, e os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O Código Civil de 2002 procura dar expresso tratamento ao problema sobre os conflitos de presunções, matéria omissa no Código de 1916. Ocorre conflito de presunções de paternidade quando um filho tem, presumidamente pela lei, mais de um pai. Isto se dá especialmente nos casos em que a mulher se casa novamente logo após enviuvar, em infração ao impedimento do art. 183, inc. XIV, do Código de 1916 (art. 1.523, inc. II, do novo Código). Diz o art. 1.598:

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

Note-se que a segunda parte do dispositivo é despicienda, pois aí não se terá mais conflito de presunções; neste caso o filho só pode realmente ter por presumido pai o segundo marido da mãe. A solução da lei em caso de conflito,

portanto, é presumir a paternidade do primeiro marido, sempre, com a ressalva da possibilidade de se provar em contrário.

Outra novidade está na nova lei em admitir a impotência *generandi* como causa para ilidir a presunção de paternidade. No Código de 1916, o art. 342 dava a entender que só a impotência *coeundi* era causa para a contestação de paternidade; agora o art. 1.599 é expresso em permitir a prova da impotência do cônjuge para gerar. A rigor, tal disposição é inútil, porque não repetiu o novo Código as restrições dos arts. 340 a 342 do Código anterior, pelo que não precisava ele se referir expressamente à impotência *generandi* como exceção.

Mas a mais importante e mais polêmica novidade está contida no art. 1.601: a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade. No Código Civil de 1916, o art. 178, §§ 2º e 3º, inc. I, previa o prazo decadencial de dois ou três meses, conforme se achasse presente ou não o marido da mãe. A alteração nos parece má, podendo gerar muita insegurança, pois é algo muito inconveniente e terrificante um filho poder ter sua paternidade contestada depois de muitos anos de convivência.

No mais, manteve o novo Código as linhas gerais de tratamento da matéria: a insuficiência do adultério (art. 1.600) e da confissão (art. 1.602) para a exclusão da paternidade; a determinação da prova da filiação pela certidão de nascimento (art. 1.603), que só pode ser excluída provando-se erro ou falsidade do registro (art. 1.604), suprindo-se a por qualquer meio em caso de falta ou defeito do assento de nascimento (art. 1.605); e a atribuição exclusiva ao filho para a ação de prova de filiação (art. 1.606). Somente não se reproduziram o art. 339, que imputava a paternidade ao marido da mãe em alguns casos, ainda que nascesse o filho antes

de 180 dias do casamento, e os arts. 340 a 342, que limitavam os casos de contestação da paternidade.

Conclui-se de toda essa análise, como foi importante à compreensão desse desenvolvimento legislativo, e como o nosso ordenamento jurídico vem acompanhando paulatinamente toda essa evolução em que o mesmo vai se esvaindo à medida que se fragmenta na legislação esparsa e conseqüentemente àquele sistema fechado e monolítico abre-se e se reparte para mudanças de valores de base. Mas, já foi um grande avanço para chegar a tão esperada igualdade de filiações, apesar das dificuldades que ainda precisam ser superadas para se estabelecer uma verdadeira igualdade de filiação.

### **3.2. Comentários dos Principais Dispositivos Legais da Lei n.º 8.560/92.**

A presente Lei regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. O ilustre Caio Mário leciona que "as leis que definem o estado da pessoa aplicam-se imediatamente a todos que se achem nas condições previstas"<sup>9</sup>.

Destarte, as disposições da Lei n.º 8.560/92, de 29 de dezembro de 1992, são, indubitavelmente, aplicáveis no dia de hoje, quanto em situações anteriores ao seu advento. Assim como o princípio igualitário, preconizado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que tem eficácia retrooperante, suprimindo os estigmas que então caracterizava a filiação espúria. A Lei n.º 8.560/92, sendo referente ao estado da pessoa alcança os vínculos de parentescos pretéritos, e registra como primeiro preceito uma realidade biológica: os filhos são gerados e nascem, independentemente de casamento dos pais. O legislador procurou

---

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*, 5 ed., 1978. v.1, p.153

adequar, com esta Lei, a realidade jurídica da filiação à realidade biológica. Quando se estabelece essa realidade, torna-se irrevogável (art. 1º).

A supracitada Lei acrescentou às formas tradicionais de reconhecimento previstas no art. 357 do Código Civil de 1916 (Assento de Nascimento, escritura pública e testamento), uma quarta: "manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que contém (art. 1º, IV)". Hoje, esse artigo foi ratificado pelo art. 1.609 do Código Civil de 2002.

Caio Mário afirma que:

desta maneira, a lei facilita a concessão do *status* ao filho, sem a necessidade da efetivação de ato formal. Basta ao pai, em documento de outra espécie e com a finalidade diversa, enunciar a manifestação volitiva de perfilhação<sup>10</sup>.

Tendo a disposição finalidade social e humana relevante, a declaração do pai, em manifestação dirigida diretamente ao juiz, cabe a este determinar a averbação da paternidade, desde que não haja oposição da mãe, ou do filho, se este tiver mais que dezoito anos. Isto não obstante, o art. 3º diz que: "É vedado reconhecer ou legitimar filho na ata do casamento".

Então, logo que o filho é reconhecido por qualquer das formas supracitadas, far-se-á constar do Registro de Nascimento, os nomes do pai e da mãe, bem como dos avós. Formalmente, o filho reconhecido entra na família dos genitores, apesar de alguns países vedarem essa possibilidade.

A nossa Constituição atual proíbe qualquer designação vexatória, em consectário lógico da equiparação de todos os filhos, abolidas assim, todas as designações discriminatórias, no registro de nascimento, não se fazendo qualquer

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 156.

referência à natureza da filiação e à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome (exceto gêmeos). Não se mencionará, também, no assento de nascimento, o lugar e cartório do casamento dos pais, ao estado civil destes. Das certidões de nascimentos não constarão indícios e haver sido a concepção decorrente de relação extraconjugal. (Lei n.º 8.560, arts. 5º, 6º e 7º).

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

O juiz sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste. (art. 2º, §1º).

O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça. (art. 2º, § 2º).

Notificado o pai, e confirmado a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação. (art. 2º, §3º).

Se o suposto pai não atender à notificação judicial no prazo de trinta dias, ou se negar à paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, ação de investigação de paternidade.

## CAPÍTULO IV

### O PROCEDIMENTO JUDICIAL DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Conforme já assinalado, o instituto de investigação da paternidade surgiu da necessidade do filho, nascido fora do casamento, em conhecer seu pai biológico e, conseqüentemente, poder utilizar-se de seu nome, bem como, estar na relação de herdeiro do mesmo.

No entanto, para os filhos nascidos durante a constância do casamento, torna-se fácil provar sua paternidade, basta para tanto, que exiba-se a certidão de casamento, que haverá uma presunção *juris et de juris*, que o pai seja o marido da genitora. Todavia, para filhos nascidos das relações extramatrimoniais, a tarefa é mais difícil.

Para estes casos, se não houver o reconhecimento voluntário pelo genitor, o filho terá que comprovar a paternidade através da Ação de Investigação de Paternidade, já no reconhecimento judicial. Tal ação é atípica, pois, irá, se for o caso, declarar uma situação jurídica já existente e terá efeitos *ex tunc*.

Conforme ensinamentos de Caio Mário:

Para que se estabeleça o vínculo jurídico, entre pai e filho biológico e seus autores, torna-se mister intercorra outro fato, revelando ou declarando a paternidade: o reconhecimento. Pode vir de manifestação voluntária ou judicial, o ato de reconhecimento é declaratório. Não cria a paternidade, apenas declara uma situação fática, de que o direito tira conseqüências<sup>11</sup>.

Assim sendo, iremos tratar nesse capítulo, de como será provada e determinada a paternidade, com a possibilidade de reconhecimento voluntário, bem como, de que provas serão necessárias, os critérios que o juiz poderá usar para

---

<sup>11</sup> *Idem*, 1999, p. 188.



declarar a paternidade, os exames de paternidade e os efeitos da declaração da paternidade.

#### 4.1. O Processo no Código de Processo Civil

Para que haja o reconhecimento judicial da paternidade ilegítima, é necessário que o filho ingresse com a Ação de Investigação de Paternidade.

Com efeito, a investigação de paternidade sofreu profunda alteração com a vigência da Lei 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.

Primeiramente, iremos tratar do Procedimento de Averiguação Oficiosa, norma inovadora instituída no art. 2º da Lei 8.560/92. 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 aonde constarem apenas a maternidade o Oficial deverá remeter, imediatamente, ao juiz competente para presidir o procedimento.

Destarte, a discussão em que juízo será competente, o procedimento deverá ser instaurado independente da vontade da mãe, pois a norma é imperativa, o artigo 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 que é o pai da criança, o procedimento deve ser instaurado. (grifo nosso).

A averiguação oficiosa trata-se de mero procedimento administrativo, presidido pelo juiz. O juiz deve, sempre que for possível, ouvir 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 oitivas de testemunhas não servirão 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.

#### **4.1.1. Instauração**

A regra geral é o foro do domicílio do réu, todavia, se a ação de investigação de paternidade for proposta cumulada com ação de alimentos, poderá ser demandada no foro do domicílio do autor.

Pode ser ativa ou passiva. São legítimos ativos, o investigante e o Ministério Público. O investigante é o legitimado ordinário, visto ser o titular do bem jurídico. É direito personalíssimo e indisponível.

O Ministério Público possui legitimidade extraordinária. No caso do suposto pai não responder á 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.

A mãe do investigante será apenas, se o investigante for menor, representante legal do mesmo. O autor da ação será o próprio menor, representado por sua genitora.

#### **4.1.2. Reconhecimento voluntário**

De forma voluntária, os filhos havidos fora do matrimônio podem ser reconhecidos:

a) No próprio termo de nascimento ou por escritura pública, em caso de seus pais não possuírem compromisso matrimonial;

b) Por testamento cerrado, em caso de um deles ser casado, e na constância do casamento;

c) Mediante sentença com trânsito em julgado, nos termos do art. 1º, § 2º da Lei 883/49.

O reconhecimento é perpétuo e irrevogável, somente poderá ser anulado em caso de conter erro de forma, ou seja, não terem sido observadas as

formalidades legais ou se contiver na sua forma, qualquer um dos defeitos dos atos jurídicos.

O reconhecimento, não obstante ser ato expresso e formal, é ato simples, que dispensará qualquer outra prova de filiação.

Com efeito, o filho reconhecido como tal, não poderá, de forma alguma, renunciar ao seu estado.

Deve-se, ainda, mencionar que o reconhecimento voluntário é, na realidade, uma confissão voluntária, da mãe ou do pai, na qual declara ser seu filho, determinada pessoa.

#### **4.1.3. As provas**

Na ação de investigação de paternidade, poderão ser utilizadas todas as provas em direito admitidas, especialmente as provas científicas. Tais como:

a) Exame prosopográfico: consiste na ampliação de fotografias do investigante e investigado e justaposição de uma à outra, por cortes longitudinais e transversais e a inserção de partes e uma na outra.

b) Exame Comparativo das Papilas digitais: compara as impressões digitais de investigando e investigado.

c) Exame determinativo da cor dos olhos: baseia-se no fato de que os caracteres que determinam a cor dos olhos de uma pessoa transmitem-se hereditariamente.

d) Exame das Proporções Físicas: pretende a existência de uma relativa proporção entre pais e filhos, em uma série de pontos e traços da figura humana e suas proporções, de que se ocupa a Biometria.

e) Exame de Pavilhão Auricular: demonstra que certas pessoas têm o lóbulo da orelha, livre ou preso. Esse caráter é hereditário e seu mecanismo é semelhante aquele da cor dos olhos.

Todavia, 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.

#### **4.1.3.1. Os exames de paternidade (impressão digital do DNA)**

O exame de DNA (ácido desoxirribonuclêico) se baseia nos postulados da genética básica, nos quais um indivíduo tem sempre a metade do seu material genético (genoma) de origem materna e a outra de origem paterna, ou seja, quando do processo de fecundação, o espermatozóide do pai carregando seu material genético é unido ao óvulo da mãe, também com seu material genético, e o feto resultante apresenta a combinação dos materiais genéticos de ambos.

No exame de DNA total (genômico) está empacotado em pedaços menores, o cromossomo, que contém os genes responsáveis pela determinação das características individuais de cada pessoa. Todo indivíduo possui

um (1) par de cada cromossomo e, portanto, um par de genes específicos para determinada característica, havendo ainda genes que não codificam característica alguma, é o caso, por exemplo, dos genes comumente usados em análise de DNA para fins de identificação de paternidade. Grande parte destes são iguais entre os indivíduos, no entanto, existem alguns que apresentam uma grande variabilidade na população – são os genes polimórficos que por esse motivo são usados para a identificação e teste de paternidade. Esse gene polimórfico consiste de blocos de seqüências repetidas no DNA (minissatélites) e a hipervariabilidade entre os indivíduos é justamente devido ao número de blocos de repetições nos cromossomos de cada um.

Os genes polimórficos analisados são representados por bandas, sendo o padrão destas bandas único para cada indivíduo, excluindo-se os gêmeos univitelinos. Dessa forma, o teste de paternidade consiste em observar e comparar as bandas hipervariáveis, devendo a criança analisada apresentar sempre duas bandas, uma herdada da mãe e outra obrigatoriamente herdada do pai.

As bandas analisadas representam os loci: D17S79, D10S28, D7S467, D6S132, D2S44, LH1 e MS1, que se localizam, respectivamente, nos cromossomos: 17, 10, 7, 6, 2, 5 e 1.

O DNA é extraído das células (utilizando, por exemplo, o sangue, ou a mucosa interna da bochecha), e fragmentado em várias partes, por enzimas de restrição – Hae III, separadas de acordo com as suas cargas elétricas por eletroforese em gel de agarose. O material obtido é transferido para uma membrana de nylon, através da técnica de "Southern Blotting". O passo seguinte e decisivo é a colocação das sondas radioativas do DNA que se liga às regiões preferenciais, posteriormente reveladas através de filmes de Raio-X. O aspecto final

é uma seqüência de faixas (bandas), que compõem para cada pessoa. Com o método, pode-se selecionar regiões preferenciais da molécula de DNA e verificar qual é a origem dos seus componentes – (tração) se materna ou paterna. Para a verificação de paternidade são analisados os materiais da mãe, do filho e do suposto pai. O resultado é inquestionável. É possível a identificação da impressão digital do DNA de natimortos, de abortos e gestações interrompidas. O método é utilizado também na identificação de crianças trocadas ou seqüestradas.

Os periciandos intimados pelos juizes responsáveis, são entrevistados e assinam uma declaração autorizando o presente laboratório, a coletar sangue ou células bucais e fazer estudo do seu vínculo genético através da análise dos seus DNAs.

As partes ainda trazem uma fotografia 3x4, têm sua impressão dactiloscópica colhida e rubricam os tubos de coleta de sangue.

A coleta do sangue periférico dos periciandos e células da bochecha interna são testemunhadas pelos mesmos e pelos peritos responsáveis pelo laudo.

Coleta-se dois tubos por indivíduo, um utilizado neste e outro mantido refrigerado por medidas de segurança. As amostras usadas neste laudo são processadas em local de acesso restrito.

As cópias dos resultados são confidenciais e somente entregues ao juiz responsável, num período de 90 (noventa) dias.

Para maior confiabilidade, em caso de exclusão de paternidade, o exame é repetido.

#### **4.1.4. Efeitos do estabelecimento da paternidade**

A Lei estabeleceu que os filhos "havidos ou não da redação 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 listar: estado de filho; direito ao nome; direito aos alimentos e direitos sucessórios.

Ressalta-se, ainda, que o reconhecimento produz também direitos em relação àquele que reconhece, decorrente do parentesco estabelecido.

O principal deles é o direito-dever do poder familiar, devendo o filho obediência ao pai.



## CONCLUSÃO

Grande foi o progresso em nosso ordenamento jurídico sobre a paternidade e filiação fora do casamento. A Constituição Federal de 1988 progrediu significativamente ao estabelecer a igualdade de filiações, acabando com a distinção entre filhos naturais, adulterinos, incestuosos e espúrios, posto que os benefícios de sua aplicação trouxe um novo tratamento para as famílias brasileiras.

Importante ressaltar também, que com a Lei n.º 8.560/92 extrapola-se os limites traçados pela Constituição, a fim de alcançar a própria garantia e efetividade de Estado democrático de direito, na medida que sua finalidade precípua é assegurar o princípio constitucional de igualdade perante os filhos, sendo um grande instrumento nesse processo de igualização.

O momento atual pelo qual passa a perquirição do ato procriador, tem em seu contexto o revolucionário exame pericial do DNA. Com ele, a complexidade da elaboração dos meios de prova na pesquisa da filiação ficou bastante abrandada diante da sua precisão quanto ao resultado científico da paternidade.

Dessa forma, a criação de laboratórios jurídicos de biologia molecular, mantidos pelo Poder Judiciário, é de fundamental importância para a busca da verdadeira paternidade biológica, na medida não basta à Constituição descrever direitos e garantias ao cidadão, senão muni-los de instrumentos capazes de tornar efetivos tais direitos e garantias. Portanto, o laboratório mantido pelo Poder Público é um instrumento para o cidadão hipossuficiente econômico ter o "direito aos direitos", visando atender as famílias carentes que litigam judicialmente, fornecendo-lhes a prova definitiva da paternidade biológica de seus filhos.

A meta é ainda maior: esgotar todas as ações judiciais de investigação de paternidade de famílias de baixa renda pendentes por falta do exame e instalar um aparelho de metodologia mais avançada, não só para os processos das Varas de Família, como os das Varas Criminais, e também, superar as dificuldades, pois a maioria do material empregado é importado e muito caro.

Hoje, o DNA converteu-se no principal método de identificação humana, tornando os demais sistemas empregados, em um único lance, obsoletos e ultrapassados. Assumiu, também, um valor diferenciado em relação às provas periciais dantes utilizadas e, até mesmo em relação às provas processuais cabíveis nas ações de determinação da filiação.

Transportando tal constatação científica para a questão da paternidade em casos de identidade incerta de um suposto pai, as evidências conferidas pelo teste de DNA podem servir para excluir (100%) um homem de ser o pai biológico de determinado indivíduo ou, se este homem não for excluído, servir como base para calcular a probabilidade (99,9999%) de que ele realmente seja o pai biológico.

A descoberta sobre o padrão único de seqüências do DNA representou uma verdadeira revolução na esfera da ciência biomédica.

Ambos os avanços – científico e jurídico - integram o momento de reflexão do qual este trabalho faz parte. Para finalizar esta parte do escrito, buscamos os ensinamentos do Professor Fachin que diz:

Curioso é o nosso tempo: quando a declaração da paternidade era cercada de cuidados e obstáculos (às vezes intransponíveis, no plano jurídico), princípios e regras foram edificando o direito à paternidade praticamente sem limites. Ter pai é, hoje, um direito inquestionável<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 165.

As barreiras ao acesso a esse tipo de laboratório são fatos inegáveis e por isso precisam ser pelo menos, minimizadas. Tornar efetiva a prestação de serviços públicos de realização de exames de DNA com a instalação de laboratórios que garantam suprimir a demanda é uma necessidade urgente do Estado, pois se não se tornar efetivos e disponíveis à comunidade, os direitos e garantias constitucionais, a própria Lei nº. 8.560/92, tanto a Constituição Cidadã, como a lei, não passarão de letra morta, com muito pouco significado para o povo.

A instalação desses laboratórios deverá ser prestada pelo Poder Judiciário, órgão estatal responsável pela prestação desses serviços. Mesmo assim não prescinde, muito menos é vedada a participação de outros órgãos não estatais, como é o caso de médicos, bioquímicos e enfermeiras, contratados ou não pelo Estado.

Em conseqüência, inevitável o encontro das conquistas nos campos biomédico e jurídico, posto que caminham lado a lado na tentativa de construção de um novo caminho, renovado pelas reflexões e descobertas que lapidam, a cada dia, o liame das relações jurídicas na sociedade, máxime na seara das relações paterno-filiais. Não é demais lembrar, por fim, que a formação do Direito Objetivo deriva, necessariamente, da evolução natural da sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Código Civil (Novo). Lei n. 10.406, de 23 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos. 22 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família.

BRASIL. Lei do Divórcio. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre reconhecimento dos filhos ilegítimos.

BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

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

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

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. vol. 5 São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Antonio Albergaria. *Dos filhos havidos fora do casamento – a filiação no direito civil vigente em face da Lei n. 8.560/92*. Bauru: Edipro, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*, 5 ed., vol.1, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 6, 27 ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406/02) São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. vol. 6. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.