

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAI PRESUMIDO SOB O PRISMA CIVIL - CONSTITUCIONAL

Rose Melo Vencelau

Advogada, Professora de Direito Civil nos cursos de graduação da Universidade Veiga de Almeida (UVA) e Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Mestranda em Direito Civil pela UERJ.

Sumário

1. Introdução.
2. A nova filiação.
3. Entre a verdade jurídica, afetiva e biológica.
 - 3.1. Da filiação presumida.
 - 3.2. Reconhecimento voluntário e judicial.
 - 3.3. Princípio jurídico da afetividade na filiação.
 - 3.4. Sacralização do DNA
4. Funcionalização da paternidade.
5. A negatória de paternidade.
6. Conclusões.
7. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Maria e José, depois de se conhecerem no último verão, não pensam em nada mais senão no futuro casamento. Será daqui a duas semanas e já está tudo preparado: a decoração da igreja, o vestido da noiva, as damas de honra, o bolo, e os presentes já começaram a chegar. Depois do grande dia, será vida nova, José e Maria constituirão família, terão muitos filhos.

O casamento civil e religioso pode não ter o significado de outrora para a sociedade. O reconhecimento constitucional da união estável e da família monoparental como entidades familiares merecedoras de proteção estatal demonstra que o direito começou a enxergar fatos sociais comuns no cotidiano. Ainda assim, o § 3º do art. 226 da Carta Magna prescreve que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, muito embora a constituição da família não se dê apenas com este. De fato, especialmente no estabelecimento da filiação, o casamento assume um grande peso.

Todos os dias, homem e mulher, movidos pelos mais variados motivos, casam-se nos moldes do Código Civil. Na maioria das vezes, também firmam compromisso diante de Deus por meio do sacramento do matrimônio. A fidelidade é um dos deveres conjugais civis, assim como o é para a Igreja. Mais do que um dever imposto, quer seja pela lei dos homens, quer seja pela lei divina, a fidelidade faz parte de um pacto íntimo para a maioria dos casais.

Como consequência da fidelidade mútua, o filho nascido durante a relação matrimonial só pode ser do casal. De fato, é geralmente isso que acontece. Assim, consagraram-se as máximas *mater semper certa est* e *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Porém, observe-se a mudança de paradigma, pois não se trata mais de presunção de legitimidade, o marido é presumidamente o pai, simplesmente, do filho da sua esposa.

A princípio, essa presunção se aplica apenas às uniões matrimoniais, primeiro porque a preocupação do Código Civil se concentrava no casamento codificado e, finalmente, porque a demonstração do laço matrimonial carrega a segurança necessária para gerar presunções.

Mas existem uniões à margem do casamento codificado que também geram paternidade e maternidade responsável. Os filhos nascidos dentro de uma união estável, de uma relação extraconjugal ou mesmo de pais apenas enamorados vêm sua filiação estabelecida por meio do reconhecimento voluntário ou judicial. A presunção *pater is est* decorre do casamento civil.

Aquele casal, Maria e José, que acreditou na família pautada no casamento, depois de dez anos de união e três filhos, vive um drama familiar. A filha do meio, sete anos de idade, não é filha biológica do pai presumido. Maria tivera uma aventura no passado e agora, superados os conflitos gerados por tal descoberta e recomposta a serenidade familiar, o pai biológico ameaça provar por meio do exame de DNA que aquela garotinha é filha dele. Que vilão é esse o DNA que a pretexto da verdade genética pode desestruturar uma família que, geneticamente unida ou não, é instrumento de realização da dignidade humana dos seus membros?

2 A NOVA FILIAÇÃO

O instituto da filiação talvez seja o mais antigo da civilização. É a filiação um dos símbolos da perpetuação da humanidade. É a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco. Mas, nem sempre a filiação teve para o homem o mesmo significado. No direito romano, os filhos extramatrimoniais não tinham direito algum e os filhos matrimoniais tinham com o pai uma relação de posse. Ainda no século XVIII, no direito inglês a criança era considerada coisa pertencente ao seu pai (thing to be owned), cuja guarda era dada preferencialmente ao pai, posteriormente passada à mãe.

No direito brasileiro anterior, as Ordenações Filipinas distinguem os filhos em legítimos (nascidos em uma relação de matrimônio) e ilegítimos (extramatrimoniais, divididos em naturais e espúrios). Essa classificação dos filhos continuou presente no ordenamento brasileiro com a Codificação de 1916.

Desse modo, no Código Civil brasileiro vigorou por muito tempo a desigualdade entre os filhos. Não havia interesse na origem biológica do filho extramatrimonial. Isto porque o Código Civil é centrado numa família patriarcal e matrimonializada, na qual a esposa e os filhos tinham para com a figura paterna uma relação de subserviência, em prol da conservação da paz familiar, capaz de justificar a indissolubilidade do casamento e a não proteção dos filhos havidos fora do matrimônio. Com efeito, é família codificada instrumento de perpetuação do patrimônio.

Filho, para a letra do Código Civil, era aquele legítimo, havido no casamento. Em passos lentos, essa concepção de filiação foi ampliada para conceder o direito ao reconhecimento dos filhos extramatrimoniais.

O Código Civil de 1916, a exemplo das codificações de sua época, almejava a completude, isto é, pretendia regular todos os possíveis centros de interesses que o sujeito pudesse vir a ser titular. No entanto, não foi exatamente assim que aconteceu. Com base neste percurso interpretativo do Código, Gustavo Tepedino vislumbra a existência de três fases: a fase da legislação excepcional, onde se preservava a integridade do sistema em torno do Código; a fase da legislação especial, na qual o Código perde o seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas; e a fase conhecida como "era dos estatutos", em que leis extravagantes disciplinam inteiramente matérias extraídas da incidência do Código Civil.

Assim, a filiação também passou a ser regulada por leis extravagantes, as quais foram objeto de tímida ampliação dos direitos dos filhos ilegítimos. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a introdução de nova tábua valorativa informadora do sistema, com uma inovadora concepção de família e equiparação dos filhos, outras leis surgiram para disciplinar a matéria conforme a ordem constitucional, como a Lei nº 8.069/90 e a Lei nº 8.560/92. O que não foi objeto de regulação pelo legislador ordinário se requer uma releitura de acordo com a norma constitucional.

O Decreto-lei nº 4.737/42, embora disponha sobre o reconhecimento de filhos naturais, na verdade é dirigido aos filhos adulterinos, uma vez que dispõe o art. 1º que "O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare a sua filiação". grifo nosso.

Como o Código Civil permitia o reconhecimento dos filhos ilegítimos que não fossem adulterinos ou incestuosos, ou seja, dos filhos naturais, este decreto-lei não poderia ser a eles destinados, mas aos adulterinos, havidos pelo cônjuge fora do matrimônio, que passaram a ter alguma proteção.

Este instrumento legislativo se valeu da mesma nomenclatura utilizada pelo art. 126 da Constituição de 1937, em vigor na época, segundo o qual a lei assegurará a igualdade dos filhos naturais com os legítimos, facilitando-lhes o reconhecimento. E este decreto-lei vem justamente com a epígrafe: "Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais". Embora a doutrina não tenha visualizado esta possibilidade interpretativa, este decreto-lei parece ser a concretização da norma constitucional. Entendendo deste modo, não haveria como escapar à interpretação do art. 126 que promove a equiparação dos filhos legítimos e ilegítimos.

No entanto, antes de se adentrar numa conclusão precipitada é mister observar que o Decreto-lei nº 4.737/42 causou ainda confusão quanto à possibilidade do reconhecimento após o desquite referir-se ao filho concebido na vigência do casamento ou depois da sua dissolução pelo desquite, consoante se reporta Caio Mário da Silva Pereira, para quem "A cláusula circunstancial - 'depois do desquite' - é modificativa de reconhecimento e não da concepção, enquanto que a expressão 'fora do casamento' é que se prende diretamente à geração".

Portanto, os filhos de desquitados, concebidos após o desquite, ficavam numa situação impar: por um lado, não eram naturais porque o desquite não destruía o impedimento para novo casamento; por outro, não eram adulterinos porque o desquite extinguiu os deveres recíprocos de coabitação e fidelidade. Certo é que, naturais ou adulterinos, com este decreto-lei, após o desquite, poderiam ser reconhecidos.

Assim, o Decreto-lei nº 4.737/42, ao tentar legalizar a situação dos filhos de desquitados, por ele taxados de naturais, acabou por ter um extensão muito maior, protegendo também filhos concebidos fora do casamento e ainda na sua vigência, que passaram a poder ser reconhecidos depois do desquite.

É bem verdade que no caso do filho adúltero, apenas o adultério a patre verdadeiramente possibilitava o reconhecimento após o desquite nos termos deste decreto-lei. Isto porque a situação do filho adúltero a matre era a de filho legítimo do marido, legitimidade protegida pela quase absoluta presunção *pater is est*. Desse modo, somente na hipótese do filho adúltero a matre ter ficado desde o nascimento na companhia do pai biológico, poderia a mãe vir a reconhecê-lo após o desquite.

Porém o que causou o furor da doutrina foi a referência ao desquite, como única circunstância autorizativa do reconhecimento. Outras causas de extinção da sociedade conjugal, ainda mais profundas, existem, como a morte e a anulação do casamento, as quais não foram cogitadas. A doutrina reagiu através de uma interpretação extensiva do dispositivo legal, para possibilitar também o reconhecimento após a dissolução do casamento com a morte ou anulação.

A Lei nº 883/49, na esteira da mais acertada doutrina e jurisprudência, veio dispor sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos, com a seguinte redação no seu art. 1º: "Dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare filiação".

Ainda aqui, os filhos incestuosos eram destituídos de qualquer proteção, mais uma vez a lei socorreu apenas os adúlteros, ou mesmo, os filhos de desquitados que não eram nem adúlteros, nem naturais, no rigor técnico de cada definição.

Em primeiro lugar, a lei adotou a interpretação majoritária que doutrina e jurisprudência haviam dado ao Decreto-lei nº 4.737/42, com a ampliação da circunstância autorizativa do reconhecimento que passou a ser a dissolução da sociedade conjugal, quer seja por meio do desquite, da morte ou anulação.

Em segundo lugar, a lei deixou expresso que o reconhecimento será permitido a qualquer dos cônjuges. Contudo, volta-se ao tormentoso caso do filho adúltero a matre, o qual, inobstante a previsão legal, continuava preso à presunção *pater is est*, cujo adultério por si só não justificava o afastamento. Assim, leciona Caio Mário da Silva Pereira:

"O obstáculo, entretanto, perdurava, em relação ao adúltero a matre, visto como, vigorando a presunção *pater is est* quem *nuptiae demonstrant*, ele é filho legítimo, salvo contestação de legitimidade oportuna e frutuosa, em ação privativa do marido. Ocorre, em verdade, um 'conflito de paternidades', se se presume do marido o filho, e se se postula o reconhecimento de uma paternidade atribuível a terceiro".

Da parte do direito do filho também este obstáculo se colocava, com o entendimento majoritário da jurisprudência em negar-lhe o direito de buscar o reconhecimento judicial do seu pai biológico.

O direito a alimentos não era negado ao adúltero, que podia acionar o pai, desde que em segredo de justiça, consoante o art. 4º deste mesmo diploma. O Código Civil de 1916, no art. 405 já previa o direito a alimentos aos filhos espúrios, uma vez que excepcionalmente provada a paternidade. Contudo, a norma codificada impedia a ação direta do filho, o que só foi permitido com a Lei nº 883/49 que se refere também ao filho ilegítimo e não exclusivamente ao adúltero.

Cabe ressaltar o disposto no art. 7º, segundo o qual no registro civil era proibida qualquer referência à filiação ilegítima de pessoa a quem interessa, o que já era objeto de regulação por parte do art. 14 do Decreto-lei nº 3.200/41, regra que já dava um passo para pôr fim à discriminação entre os filhos, ao se vedar a menção à origem legítima ou ilegítima do seu nascimento nas respectivas certidões.

Embora a Lei nº 883/49 tenha ido mais fundo na vedação a qualquer referência sobre a ilegitimidade, independentemente do requerimento do próprio interessado ou mesmo de determinação extrajudicial, pecou por determinar a remissão à lei, o que, de qualquer modo, já torna discriminatório o registro.

A Lei nº 6.015/77 regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Dentre essas providências outras, está a alteração da Lei nº 883/49.

A primeira inovação se trata do parágrafo incorporado ao art. 1º da lei 883/49 que permitia o reconhecimento, ainda na vigência da vida conjugal, do filho adúltero por testamento cerrado. O segundo ponto inédito se encontra no parágrafo único introduzido no art. 4º da Lei 883/49. Este artigo, *caput*, pronuncia-se a respeito do direito do filho ilegítimo de acionar o pai ainda casado em segredo de justiça, apenas para efeito de prestação de alimentos. Com a disposição do parágrafo único, uma vez dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os

obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido.

A lei nº 7.250/84 foi responsável por relevante alteração na Lei nº 883/49. Trata-se do § 2º do art. 1º deste diploma legal, segundo o qual "Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos

O ano de 1988 marca profundas transformações no instituto da filiação.

No âmbito jurídico, é o ano de uma nova Constituição Federal. Finalmente, uma Constituição que assevera a dignidade da pessoa humana como pilar do ordenamento jurídico; assegura a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção; introduz o princípio da paternidade responsável; amplia o conceito de família para abarcar a união estável e a família monoparental; institui a responsabilidade conjunta da família, da sociedade e do Estado na proteção dos direitos fundamentais da criança.

Com tantos conceitos novos, embora o Código Civil ainda permaneça em vigor, não é o mesmo Código Civil de 1916. Com efeito, a norma jurídica válida é a interpretada à luz da Constituição, portanto, mister é o seu afastamento quando não recepcionada pelo arcabouço valorativo constitucional. Não é, portanto, surpresa, que o novo Código Civil, com todos os seus defeitos, pelo menos reconheça a igualdade dos filhos já consagrada constitucionalmente.

No âmbito científico, o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico) trouxe a possibilidade de saber com 99,99% de certeza quem é o pai ou mãe biológicos. Com essa possibilidade de conhecer a verdade biológica o Código Civil não contava.

Assim, a filiação jurídica pode não ser a biológica. A paternidade analisada sob o prisma civil-constitucional também não pode se desprender da filiação afetiva. Mas a paternidade afetiva pode não ser a jurídica, a jurídica pode não ser a biológica e a biológica pode não ser a afetiva.

A filiação, tal como é reconhecida no Código Civil de 1916(art. 330) e no novo Código Civil (art. 1.591), vínculo de parentesco em linha reta, onde as pessoas são descendentes e ascendentes umas das outras, privilegia os laços de sangue; enquanto que a adoção atribui ao adotado o status de filho idêntico ao do filho biológico, privilegiando os laços afetivos. A filiação, considerada nos seus aspectos jurídico, afetivo e biológico, somente se completa nos seus três elementos.

Diante desse quadro, a presunção pater is est, antes tida como quase absoluta, praticamente alheia às peculiaridades dos laços afetivos e diante da impossibilidade do conhecimento da verdade genética, merece reformulação.

3 ENTRE A VERDADE JURÍDICA, AFETIVA E BIOLÓGICA

3.1 Da filiação presumida.

No Código Civil de 1916 ainda consta um capítulo destinado à filiação legítima que é fruto de uma presunção legal; legítimos são os havidos no casamento. Para os ilegítimos resta o reconhecimento voluntário ou a ação de investigação de paternidade. Garantida a igualdade entre os filhos pelo § 6º do art. 227 da Constituição Federal, não há mais diferenciação entre filhos legítimos ou ilegítimos, filhos são somente filhos.

Ainda que distante da possibilidade de conhecimento da verdade biológica, o Código Civil brasileiro, muito embora atrasado em questões relativas à desigualdade entre os filhos, entre os cônjuges, exacerbada proteção à família como instituição, apresentou uma louvável sensibilidade. Trata-se da presunção pater is est. Essa mesma, considerada fora de moda, ultrapassada pelo extraordinário exame do DNA.

Na verdade, a presunção pater is est nunca se fundou no vínculo biológico. Queria-se proteger a paz familiar, valor fundamental na proteção da família fundada no casamento, a unidade do patrimônio e, de certo modo, a honra da mulher (ou do marido). Cabe lembrar a opinião de João Baptista Villela: "A regra pater is est quem nuptiae demonstrant nunca esteve, no Código Civil, primariamente comprometida com a verdade biológica. Tanto isto é verdade, que os arts. 343 e 346, em pleno vigor, não afastam a presunção de paternidade do marido, nem mesmo diante do adultério da mulher ou da confissão materna".

No entanto, diante da atual possibilidade de conhecer a verdadeira identidade biológica e do status da família como entidade funcionalizada para a consecução da dignidade humana de seus membros, inadmissível é a permanência da presunção pater is est, nos termos do Código Civil de 1916.

A existência da presunção pater is est se justificava essencialmente pela preservação da paz familiar. Não porque esta importava para a realização da felicidade e dignidade dos membros da família, mas porque a família como instituição matrimonializada e hierarquizada deveria ser

preservada acima de tudo. Essa também era a explicação para a discriminação dos filhos concebidos fora de um relacionamento matrimonial.

De acordo com a *praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*, é mesmo o marido ou companheiro o pai do filho havido durante tal relação. Se a presunção *pater is est* outrora se justificava pela proteção da instituição família, hoje essa presunção se fundamenta no respeito à dignidade dos membros familiares, em prol da feliz convivência familiar, a qual se reporta como elemento de indubitável importância no desenvolvimento sócio-afetivo da criança e da pessoa. No entanto, o que não se pode aceitar é que somente aquelas hipóteses do art. 340 do Código Civil sirvam de prova para a contestação da paternidade.

A maior problematização na esfera do elo biológico como fator decisivo da filiação ocorre nas situações onde o laço afetivo constituído está além do determinismo biológico. É a família constituída (formada pelo casamento, união estável ou mesmo monoparental), aquele pai que já amou e cuidou do filho como se seu biológico fosse e vê a paternidade biológica questionada: um "estranho" que se diz pai biológico, a mãe que revela ser o "verdadeiro" pai outrem, o filho que desconfiado da diferença física com o pai jurídico quer a certeza da sua origem biológica. É também a família que impossibilitada do dom da procriação, utiliza-se da reprodução humana assistida ou mesmo da adoção.

Nesses casos, a *prima facie*, não há justificativa para a quebra familiar, inclusive, na família monoparental formada por pai e filho. A verdade biológica só se sobrepõe à afetiva quando necessária para a realização da dignidade humana, abalada pela dúvida quanto à origem biológica. Isto porque os demais direitos fundamentais constitucionais, de educação, alimentação, convivência familiar, etc, já estão perfeitamente realizados. Uma vez que a justificativa da regra *pater is est* não se funda no laço de sangue, apenas o advento do exame de DNA não serve para afastar a presunção, senão para ampliar as hipóteses de contestação da mesma. "Não há nenhum exagero ou desvio em se atribuir legalmente a paternidade ao marido. O pai jurídico, em regra, é o pai biológico. Com base no que geralmente acontece, nos dados da experiência, nas realidades práticas da vida, a mulher casada, que coabita com o esposo, é fecundada por este". Assim, se por um lado, a presunção *pater is est* não deve ser banida do sistema jurídico, por outro, deve ser reformulada. Os fundamentos que a justificam já não são os mesmos. Não serve mais para a proteção dos filhos legítimos em detrimento dos ilegítimos, desigualdade existente, sobretudo, para garantir a continuidade do patrimônio, nem mesmo para a garantia da paz familiar e manutenção do matrimônio superiormente às pessoas componentes da entidade familiar.

A regra *pater is est* foi mantida no novo Código com um conteúdo mais flexível.

As hipóteses dessa presunção foram mantidas, acrescidas de outras relativas à reprodução humana assistida. Tratando-se de fecundação artificial homóloga, ou seja, promovida com gametas dos usuários dessa técnica, ainda que falecido o marido, ou mesmo após divórcio (o texto legal se refere a filhos havidos a qualquer tempo), quando se tratar de embriões excedentários, o filho será beneficiado com a presunção de paternidade. No caso de inseminação artificial heteróloga, isto é, patrocinada por gametas de terceiros, opera a presunção de paternidade apenas com prévia autorização do marido.

Essas novas hipóteses apresentam coerência, tanto com o crescente uso da reprodução humana assistida, quanto com o princípio da paternidade responsável quando coloca a presunção de paternidade em face dos embriões excedentários, aqueles que não foram utilizados num primeiro processo de inseminação artificial e permanecem num procedimento de conservação, a princípio, por tempo indeterminado.

A presunção *pater is est* existe porque baseada no que geralmente acontece e tem seus fundamentos na tão criticada paz familiar, não aquela que protegia a instituição família em prejuízo dos seus membros, mas aquela que existe para melhor cumprimento da função da entidade familiar, ou seja, a família unida e feliz que assim melhor desenvolve a dignidade humana de seus membros, mas que não pode servir de óbice para a busca do status de filho de outrem.

3.2 Reconhecimento voluntário e judicial

Acontece que nem sempre os filhos nascem dentro de uma relação de matrimônio. Aqui há espaço para o reconhecimento voluntário ou forçado da paternidade.

Quando há o reconhecimento voluntário, de início, há uma coincidência entre a verdade jurídica e afetiva. Mas se, por exemplo, dez anos após o reconhecimento a mãe revela ser outro o pai, o que é provado por exame de DNA, a verdade jurídica deve seguir o determinismo biológico ou os laços afetivos? E se o pai jurídico faz a chamada "adoção à brasileira", reconhece filho que sabe não ser biologicamente seu, terá ele direito de arrepender-se e desconstituir a paternidade?

Há na doutrina o pensamento de que a lei deve prestigiar a paternidade biológica, independentemente dos motivos que levaram os pais registrais a fazer declarações falsas, motivo pelo qual devem ser revistos os conceitos sobre a irrevogabilidade do ato de reconhecimento, a partir da vigência das Leis nº 8.069/90 e 8.560/92. Não obstante essa posição, é preciso analisar que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no art. 27 o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do filho, não do pai. Já a Lei 8.560/90 reza a irrevogabilidade do reconhecimento dos filhos. Considerar que a revogabilidade do reconhecimento da paternidade fica ao livre alvedrio do pai registral com base apenas no exame de DNA é uma afronta à estabilidade das relações de filiação e ao princípio constitucional da paternidade responsável.

Com efeito, são feixes iluminadores desta matéria: a) proteção do direito personalíssimo do filho à paternidade; b) vedação do venire contra factum proprium; c) prestígio da afetividade estabelecida pelo reconhecimento da filiação.

No reconhecimento forçado da filiação, o DNA assume seu ápice de importância. Em primeiro lugar, o exame de DNA é somente uma das provas e deve ser requerido quando houver um conjunto de circunstâncias que apontem para a possível paternidade. Adverte Zeno Veloso que "as outras provas parecem débeis, frágeis, desnecessárias, diante da prova absoluta, plena, vigorosa do DNA. O que estamos assistindo, nas questões de paternidade, é a sacralização, quando não a divinização da prova do DNA". De fato, a investigação de paternidade não se resume ao exame de DNA, mas havendo uma atmosfera fática favorável à paternidade, o único meio de excluí-la ou garantir a verdade biológica é a sua realização.

O vínculo biológico, em princípio, é sempre importante ao direito da personalidade de conhecimento da origem biológica, mas nem sempre o é em face do direito de paternidade. É o caso da criança adotada que tem perfeitamente cumprido o seu direito ao pai, contudo pode haver algum motivo que justifique uma investigação de paternidade fundada no direito de conhecimento da origem biológica, sem efeitos quanto à determinação da paternidade. No entanto, a pessoa que não tem cumprido o seu direito ao pai encontra no exame de DNA a certeza da sua filiação e assumindo a paternidade responsável, esse é o primeiro passo para se avocar uma paternidade de início jurídica e biológica, mas que deve caminhar para a construção da afetividade.

Diante de tantas inovações científicas que ocorreram no fim do século XX, outro desafio para o direito está na inseminação artificial. A possibilidade de uma "produção independente", "barriga de aluguel" ou de um casal recorrer a essa técnica para procriação, demonstra que o sentimento de ser pai ou mãe independe da existência de laços de sangue.

3.3 Princípio jurídico da afetividade na filiação

Embora possa existir um consenso geral de que o pai ame naturalmente o próprio filho, há também um consenso da comunidade psiquiátrica de que o genitor não é necessariamente o pai.

Basta transcrever a lição de Bernard This sobre a função do genitor: "Depois da fecundação, o indivíduo portador de genes pode desaparecer; transmitiu o 'germe' que seu corpo veiculava. Enquanto 'genitor', não é mais necessário, sua tarefa está cumprida". Mais adiante sobre a função do pai: "A paternidade está ligada ao problema da adoção já que, genitor ou não, adotamos nossos filhos. Eles também nos adotam: 'É o meu papai, é a minha mamãe. O pronome possessivo exerce, nesta frase declarativa, uma função bem precisa, já que aquele que fala não é apenas um mamífero vertebrado, mas se revela submetido aos efeitos da palavra".

Se a procriação é um ato biológico, a paternidade é um ato cultural.

No âmbito jurídico, até o Código Civil de 1916 não identifica necessariamente a origem biológica com o vínculo de parentesco. Não obstante o art. 330 do Código Civil disponha que são parentes, em linha reta, as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes, a estabilidade do casamento era mais importante que o reconhecimento de filhos extramatrimoniais. A busca pela unidade do patrimônio e a impossibilidade científica de conhecer a verdadeira origem biológica propiciavam essa visão.

Atualmente, a Constituição de 1988 favorece o encontro de outros fundamentos para a distinção entre o ato de gerar e o ato de ser pai. Ao igualar os filhos havidos ou não da relação de casamento, a Carta Magna privilegia o critério sanguíneo, mas também os laços afetivos, na medida em que não permite discriminações.

A afetividade é princípio jurídico presente no direito de família constitucional, uma vez que iguala os filhos biológicos aos adotivos, com respeito à escolha afetiva e protege como entidades familiares outras, como a união estável e a família monoparental, cujo vínculo fundante é o da afetividade.

Pai, ou pais, para a Constituição Federal é aquele que assume a paternidade responsável, que,

juntamente com a sociedade e o Estado, tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com a 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 à convivência familiar e comunitária.

A família hoje, não se rege, no âmbito civil-constitucional, pela autoridade patriarcal e pela unidade patrimonial. Pais e filhos encontram nos laços da família instrumento para a realização da sua dignidade como pessoas humanas.

3.4 A sacralização do DNA

Depois do surgimento do exame de DNA, introduzido no Brasil em 1988 pelo Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais, com a certeza da verdade biológica de 99,99% que proporciona, observa-se um fluxo crescente pela busca do "pai de DNA". O DNA tem resumido a paternidade num determinismo biológico.

Durante muito tempo, a filiação girou em torno de presunções: 1. a presunção *pater is est*, a qual impedia a discussão da origem da filiação se o marido da mãe não a negasse; 2. a presunção *mater semper certa est*, segundo a qual era impedida a investigação de maternidade contra a mulher casada; 3. a presunção de *exceptio plurium concumbentium*, usada como defesa para exclusão de paternidade.

A existência de tais presunções se justificava pela impossibilidade de conhecimento da verdade real sobre a origem da filiação. O exame de DNA propicia essa certeza, o que trouxe como consequência uma espécie de deslumbramento, com a redução das questões de filiação na apuração dos laços de sangue.

De presunções que se justificavam pela impossibilidade da certeza biológica, passa-se à presunção *pater is est* quem *sanguis demonstrant*, afastando os laços afetivos em detrimento dos laços de sangue. Note-se bem, presunção sujeita a questionamentos.

A presunção *mater semper certa est* não encontra mais guarida no ordenamento jurídico, uma vez que o status de casado, tanto para o homem, quanto para a mulher, não constitui empecilho para a contestação de paternidade ou maternidade. Do mesmo modo, a presunção de *exceptio plurium concumbentium* é discriminatória e cede lugar à certeza biológica propiciada pelo avanço científico.

Já a presunção *pater is est* enquanto óbice para contestação da paternidade em função do estado de casado do homem não mais persiste. Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os filhos não permitem que o vínculo matrimonial seja obstáculo para o estabelecimento da filiação de filhos extramatrimoniais, nem mesmo para contestação da paternidade por filho presumido.

Contudo, isto não significa que a presunção *pater is est* tenha sido abolida. Enquanto representante da afetividade no contexto de integração familiar, deve ser mantida. O estabelecimento da filiação com base em DNA serve quando da busca de um pai ou da origem biológica. Todavia, quando já existente um pai, quer seja presumido, que seja adotivo, os laços afetivos, a posse de estado de filho devem ser priorizados em face da verdade biológica, salvo o direito do pai e filho exercer a escolha pelo vínculo genético.

4 FUNCIONALIZAÇÃO DA PATERNIDADE

A situação dos filhos, outrora definida pela situação dos pais que dividia os filhos em legítimos e ilegítimos não mais vigora. A determinação constitucional de igualdade dos filhos permite uma livre investigação da paternidade, assim como a prevalência da dignidade dos membros da família sobre a antes intocável paz familiar. Os filhos são apenas filhos, não importa a sua origem. Essa visão oriunda do direito civil-constitucional coloca os filhos na condição de sujeitos de direitos, da mesma forma que os pais, ambos membros de uma entidade familiar que só se justifica mediante a realização de uma função, a de garantir o desenvolvimento da dignidade humana de seus membros. Gustavo Tepedino aponta três laços característicos em matéria de filiação: "1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores".

Seguindo esse raciocínio, a paternidade é também voltada a essa função. Do mesmo modo, em psicanálise a figura do pai tem uma função que não se liga necessariamente ao pai biológico. Nesse sentido, o psicanalista Joel Dor ensina que "até o momento, se não foi feito qualquer conluio entre o pai e o genitor, isso significa o quanto a entidade paterna que estamos abordando parece depender de uma pura representação simbólica". O cumprimento da função de ser pai não depende de uma

verdade jurídica ou biológica, o que deve ser considerado nas ações de estado. O direito de paternidade é inerente ao cumprimento da sua função que uma vez executada não enseja motivos para desconstituição da paternidade.

Cabe ressaltar a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem "impõem-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade".

5 A NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

A presunção pater is est aparece no Código Civil brasileiro como status quase absoluto. O reflexo desse rigor está nos limites pessoais, objetivos e temporais da ação negatória de paternidade.

Nesta matéria, são quatro os sistemas existentes: o sistema negativo, o sistema aberto, o sistema cerrado e o sistema cerradíssimo. No negativo, há ausência de regras sobre a impugnação da paternidade, de modo que se rege pelas normas gerais de prova. No aberto, há predomínio da verdade biológica, sem qualquer restrição sobre meios de prova. No sistema cerrado, a impugnação da paternidade só pode ocorrer nos casos legalmente previstos. Por fim, no sistema cerradíssimo, existe apenas uma hipótese restrita de impugnação.

A presunção era de legitimidade, legítimos eram os filhos matrimoniais. Os filhos havidos fora do casamento eram ilegítimos. A legitimação era um dos efeitos jurídicos do casamento. Essa terminologia ainda corrente na letra do Código Civil de 1916 não está em consonância com a interpretação civil-constitucional, a qual veda a desigualdade e discriminação entre filhos havidos ou não no casamento. A presunção é, portanto, de paternidade, como bem se orientou o novo Código Civil.

O art. 344 do Código Civil dispõe a legitimidade privativa do marido para contestar a legitimidade (leia-se: paternidade) dos filhos nascidos de sua mulher. Cabe indagar se pela nova ordem constitucional e pela certeza biológica vislumbrada pelo DNA se justifica essa exclusividade.

Tal exclusividade está relacionada à impossibilidade de um terceiro questionar a fidelidade da mulher casada e acabar por ferir a honra da mulher, de modo que só este teria esse direito. A inabalável paz familiar não podia ser perturbada, senão pelo próprio marido ofendido. No sistema codificado, o filho ainda em situação de subserviência também não tinha o direito a questionar a paternidade presumida.

Sob o prisma civil-constitucional o pai continua sendo legitimado ativo para a propositura da ação negatória de paternidade, mas não privativamente. Isto porque a legislação infraconstitucional, acompanhando o arcabouço valorativo constitucional que, impulsionado pela dignidade da pessoa humana, coloca o direito ao pai como corolário desse princípio constitucional, prevê no art. 27 da Lei n. 8.069/90 o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, exercitável sem qualquer restrição, nem mesmo a presunção pater is est.

A grande polêmica gira em torno da possibilidade do pai biológico negar a paternidade do pai presumido. Pode ser que o pai biológico tenha mais posses, pode ser que o pai presumido maltrate o filho, pode ser que o pai presumido não ame o filho tanto quanto o biológico, situações das mais variadas podem ocorrer. O direito não é capaz de prever todos os casos concretos possíveis, menos ainda no campo do direito de família. Mesmo assim, por meio dos princípios e cláusulas gerais pode-se encontrar as soluções desejadas.

O pai biológico, a mãe ou um terceiro não têm legitimidade ativa para a propositura de negatória de paternidade. O vínculo biológico inexistente entre filho e pai presumido é insuficiente para a desconstituição da paternidade presumida. Isto porque se entre filho e pai presumido há laços profundos de afeto que secundarizam o ato gerador da paternidade, nenhuma outra pessoa tem o direito de negar esta paternidade jurídica e sócio-afetiva.

O art. 340 do Código Civil limita a matéria de prova cabível na negatória de paternidade. Segundo os incisos deste artigo, a paternidade do filho havido no casamento ou presumido como tal (art. 338) só se pode contestar provado-se que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias, ou mais, dos 300 que houverem precedido ao nascimento do filho ou que a esse tempo estava os cônjuges legalmente separados. O direito não pode fechar os olhos para os avanços científicos, de modo que o exame de DNA é a prova mais segura para a determinação da verdade biológica.

Implica diretamente no estabelecimento da paternidade a norma constante do art. 1.601, caput, do novo Código Civil:

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

A regra acima demonstra o convencimento de que a verdadeira filiação é aquela ligada ao vínculo biológico. Isto porque confere à ação negatória de paternidade um caráter totalmente livre, sem limitação material ou temporal. Apenas a legitimidade ativa da ação ficou restrita ao marido, muito embora se saiba que isto é superado em razão da ampla liberdade de investigação de paternidade, ação que poderá ser proposta também por aqueles considerados filhos nascidos durante o casamento.

Assim, a norma do art. 339 do Código Civil foi suprimida, bem como não existem mais hipóteses de cabimento da ação como prevê o art. 340 do Código Civil e, ainda, foi-lhe dado caráter imprescritível. Em suma, dos obstáculos temporais, objetivos e de legitimidade, somente restou este último, menos rígido.

Essa alteração muito se deve à interpretação jurisprudencial que vem sendo dada ao art. 27 do Estatuto da Criança e Adolescente, segundo o qual a ação de investigação de paternidade não admite restrições, sendo a busca pela paternidade um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Diante da possibilidade de conhecimento da verdade biológica sobre a filiação com a descoberta do DNA, tribunais e, parece, legisladores reconheceram nele a fonte da verdade real sobre a filiação. O novo Código Civil acompanha este entendimento, pois permite a contestação de paternidade pelo marido sem quaisquer limitações, a qualquer tempo, independentemente do direito à convivência familiar e do afeto. Em suma, o novo Código, no art. 1.601, resume o problema da filiação no estabelecimento do vínculo biológico. Essa falta de limites chega mesmo a criar contradições, na medida em que no art. 1.610 veda a revogação do reconhecimento e torna no art. 1.601 imprescritível o direito do marido de contestar o filho nascido de sua esposa. Poder-se-ia dizer que são regimes diversos, o do filho havido no casamento e o do filho havido fora do casamento, mas por que distinguir o que não há mais distinção, a condição de filho?

Veja agora a ironia! Dantes, no regime do Código Civil de 1916, os filhos matrimoniais eram protegidos de toda forma para não permitir incursões indevidas no seio das famílias, tanto que pouco importava ser considerado legítimo o adúlterino, este é que não alcançava a situação de filho. Agora, o novo Código cria uma sistemática na qual o filho havido na constância do casamento vive a insegurança de ver sua paternidade contestada a qualquer dia, por um motivo qualquer. A construção de uma relação de paternidade durante anos não importa, a qualquer tempo o pai-marido pode impugna-la e de nada valerá anos de afeto confrontados com o exame de DNA. Já se o filho é havido fora do casamento _ não que o casamento civil seja superior a outra forma de constituição de família, mas é uma forma de relação conjugal revestida de maior segurança jurídica por seu aspecto formal _, uma vez reconhecida a paternidade, este ato será irrevogável.

Em suma, o novo Código Civil diminuiu a importância da presunção de paternidade a ponto tal de se poder vislumbrar que mais seguro seria tornar obrigatório o ato de reconhecimento da filiação.

6 CONCLUSÕES

A origem da vida ainda é biológica, mas nem sempre a origem da filiação. Os vínculos de sangue são profundos, mas os vínculos do afeto podem ser ainda mais, uma vez que são frutos de uma escolha. Ninguém escolhe este ou aquele filho biológico, mas o dar afeto é um ato de consciência. Para quem não tem um pai, a verdade biológica basta, mas para quem alcança a verdade jurídica, a busca cotidiana é pela verdade afetiva. A isso tem de atentar o direito.

Conseqüentemente, a presunção pater is est obtém guarida no ordenamento jurídico brasileiro a partir do momento em que para a proteção dos membros da família que nela encontram o alicerce para o alcance da dignidade humana de cada um, independentemente do vínculo biológico. Impede que outrem, além de pai e filho, tenha o direito de contestar a paternidade jurídica resultante do casamento.

Desse modo, o vínculo jurídico e a proteção do direito não devem recair sempre em torno do vínculo biológico. A paternidade, mais do que ato de procriação é fato cultural. Por conseguinte, os laços de afetividade que ligam pai presumido e filho não devem ser desprezados em função simplesmente de um exame de DNA.

Essa desconstituição da paternidade presumida é direito do pai e do filho, uma vez que não existam vínculos sócio-afetivos suficientes para superar o dado genético em razão do amor.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÈS, Philippe. História social da criança e da família (trad. Dora Flaksman). 2ª ed. Rio de Janeiro: RTC, 1981.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX, in A nova família: problemas e perspectivas (org. Vicente BARRETTO). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARROS, Fernanda Otoni de. Interdisciplinaridade: uma visita ao tribunal de família - pelo olhar da psicanálise. In Direito de família contemporâneo (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- _____. Um pai digno de ser amado. In Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família : A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BEBER, Jorge Luís Costa. Ação negatória de paternidade aforada por pai registral ou reconhecido judicialmente. *Ajuris*, n. 73, julho de 1998.
- BISCONTINI, Guido. Prove ematologiche e filiazione Prova ematológica e filiação. *Bassegna di diritto civile* (diretta da Pietro Perlingieri. Edizione Scientifiche Italiane, n. 3, 1993.
- BOEIRA, Alfredo Gilberto. Perfil de DNA como prova judicial - uma revisão crítica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 714, abril de 1995.
- BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil.
- BRASIL, Projeto de Código Civil on line, disponível em www.camara.gov.br/intranet/comissão (30.07.2001).
- DOR, Joel. O pai e sua função em psicanálise. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.
- ESPÍNOLA, Eduardo. A família no direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.
- FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Tutela da filiação. In: O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar (coord. Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. Direito de Paternidade. São Paulo: LTr, 1997.
- FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala. 40ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A presunção pater is est e a Constituição brasileira de 1988. In O direito na década de 1990:novos aspectos. *Direito de Família*.
- GOMES, Orlando Gomes. Direito de Família. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que era meu pai... In Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família : A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família : A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista de Processo*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 24, out./dez. 1981.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In A nova família: problemas e perspectivas (org. Vicente Barreto). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste? In O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar (coord. Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PEREIRA, Tânia da Silva. _____. O "melhor interesse da criança". In O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil (trad. Maria Cristina de Cicco). 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- RASKIN, Salmo. A evolução das perícias médicas na investigação de paternidade: dos redemoinhos do cabelo ao DNA. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família : A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Reflexões sobre o reconhecimento da filiação extrapatrimonial. *Revista de Direito Privado* (coord. Nelson Nery Júnior), São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 1, jan./mar. 2000.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. HLA e DNA: novas técnicas de determinação do vínculo genético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 655, maio de 1990.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Reconhecimento da paternidade e seus efeitos. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- RODRIGUES, Silvio. Direito de Família. Direito Civil, v. 6. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

THIS, Bernard. O pai: ato de nascimento (trad. Mário Fleig e Luiz Carlos Petry). Porto Alegre: Artes Médicas, 1987.

TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade. Ajuris, n. 63, março de 1995.

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

_____. A dessacralização do DNA. In Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família : A Família na Travessia do Milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VILLELA, Joao Baptista. Família hoje. In A nova família: problemas e perspectivas (org. Vicente Barreto). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.