

A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGAL DA FILIAÇÃO NO BRASIL

Bruna Schlindwein Zeni

Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a evolução histórico-legal da filiação, até o atual entendimento dos tribunais de que o afeto está acima da consanguinidade. Para tanto, tece comentários doutrinários e jurisprudenciais ao Código Civil de 1916; ao Decreto-Lei nº 4.737/42; à Lei nº 883/49; à Lei nº 6.515/77; ao Estatuto da Criança e do Adolescente; à Lei nº 8.560/92; ao Código Civil de 2002 e à Constituição Federal de 1988 (CF/88). Comentários essenciais para demonstrar que a legislação e a jurisprudência evoluíram de tal forma que hoje é inconcebível negar a alguém o direito de conhecer a identidade de seus pais biológicos, assim como não se pode negar a escolha afetiva realizada.

A valorização do afeto é uma inovação no universo jurídico, merecedora de especial atenção, sobretudo porque busca proteger o melhor interesse dos envolvidos, diante do princípio da dignidade humana, disposto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave:

Filiação. Paternidade. Maternidade. Consanguinidade. Afetividade

Abstract:

This paper has as objective show the historic-legal evolution of the filiations, until the most current understanding of the court that the affection is above consanguinity. For its understanding, it waves doctrinal and jurisprudential comments to the 1916's Civil Code; to law-decree nº 4.737/42; to law nº 883/49; to law nº 6.515/77; the Statute of the child and teenagers; the law nº 8.860/92; to the 2002's Civil Code and the 1988's Federal Constitution (CF/88). Essential comments to demonstrate that both legislation and jurisprudence evolved in such a way that today is inconceivable to deny to someone the right to know the identity of his biological parents, so is undeniable the affective choice.

The affection's valorization is an innovation in the juridical universe, worthy of special attention, overall because searches to protect the best interest of the involved, considering the principle humans dignity, established in the article 1º. III, of the 1988's Federal Constitution.

Keywords:

Filiations. Paternity. Maternity. Consanguinity. Affectivity

Sumário:

Introdução. 1. A filiação no Código Civil Brasileiro de 1916. 1.1 A Classificação da filiação de acordo com o CCB/16. 1.2 Presunção de paternidade e maternidade. 1.3 Impugnação de paternidade. 1.4 O reconhecimento da filiação. 1.5 Investigação de maternidade. 1.6 Investigação de paternidade. 1.7 Efeitos do reconhecimento dos filhos ilegítimos. 2 A filiação no Decreto– Lei nº 4.737/42 e nas Leis nº 883/49 e 6.515/77. 3 A filiação na Constituição Federal de 1988. 4 A filiação no Estatuto da Criança e do Adolescente. 5 A filiação na Lei nº 8.560/92. 6 A filiação no Código Civil de 2002. 6.1 Presunção de maternidade e de paternidade no CCB/02. 6.2 O reconhecimento dos filhos de acordo com o CCB/02. 6.3 Efeitos do reconhecimento da paternidade e da maternidade, segundo o CCB/02. 6.4 Ação de impugnação de paternidade ou de maternidade. 6.5 Investigação ou averiguação oficiosa de paternidade e de maternidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Para melhor compreensão do atual entendimento dos doutrinadores do Direito e dos tribunais, de que o afeto está sendo igualado à consanguinidade e, se coexistentes, necessário o sopesar de um sobre a outra, situação em que o afeto prevalecerá, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, é essencial demonstrar, por meio de apontamentos ao Código Civil Brasileiro de 1916; ao Decreto-Lei nº 4.737/42; às Leis nº 883/49 e 6.515/77; à CF/88; ao Estatuto da Criança e do Adolescente e ao atual Código Civil (CCB/02), a evolução histórico-legal da filiação.

1. A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916

O Código Civil Brasileiro de 1916, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que vigorou em nosso país por mais de 80 anos, fazia severas distinções quanto aos filhos ao estabelecer suas classificações.

1.1 A Classificação da filiação de acordo com o CCB/16

O Código Civil de 1916 classificava a filiação de acordo com a origem, ou seja, se era ou não advinda do matrimônio, considerando como filho legítimo aquele havido na constância do casamento, e ilegítimo o advindo de relações extramatrimoniais. Os ilegítimos dividiam-se em naturais e espúrios, e estes, por sua vez, classificavam-se em adúlteros e incestuosos.

Legítimos eram os que nasciam da relação de casamento civil; ilegítimos eram os nascidos de relação extramatrimonial. Os ilegítimos dividiam-se em naturais ou espúrios. Filhos ilegítimos naturais eram nascidos de pais que não estavam impedidos de se casar. Os ilegítimos espúrios eram nascidos de pais que não podiam se casar, em virtude de impedimento. Os espúrios classificavam-se em adúlteros e incestuosos. Dava-se o

primeiro caso, quando o impedimento decorria de casamento dos pais. (...) Se o impedimento para o matrimônio procedia de parentesco entre os pais, o filho nascido dessa relação era chamado incestuoso (Queiroga, 2004, p. 212).

A adoção, que era criticada por muitos doutrinadores, entre eles Washington de Barros Monteiro (1986, p. 261-262), diante da possibilidade desse instituto de introduzir na família filhos incestuosos e adúlteros, era reconhecida como uma forma de filiação.

Trata-se de instituto olhado com reserva e prevenção, constituindo-se em objeto das mais contraditórias apreciações.

Realmente, de um lado, ele é encarado como simples meio de transmitir nome e patrimônio nas famílias aristocráticas. Além disso, através da adoção, podem ser introduzidos, na comunidade familiar, filhos incestuosos e adúlteros, burlando-se a proibição legal de seu reconhecimento e implantando-se assim situação incompatível com a existência da família legítima. É ela ainda causa de muitas ingratidões e arrependimentos. Por fim, remata-se, cuida-se de instituto supérfluo, porque dele não carece o adotante, em absoluto, para acolher e amparar filhos de outrem, ou para proteger criaturas desvalidas e abandonadas.

Para adotar era necessário o preenchimento de alguns requisitos: a idade mínima do adotante, que deveria, inicialmente, ter pelo menos 50 anos de idade, o que foi reduzido para 31 anos, pelo artigo 1º da Lei 3.133, de 8 de maio de 1957 e, posteriormente, para 21, pela Lei 8.069/90; se casado, só poderia adotar cinco anos após o casamento; a diferença de idade de 18 anos entre adotante e adotado; o consentimento do adotado ou seu representante legal e, por fim, a escritura pública.

O artigo 355 do Código Civil de 1916 permitia o reconhecimento dos filhos ilegítimos, que poderia ser feito pelo pai ou pela mãe, ou, ainda, por ambos. Era vedado, porém, o reconhecimento dos filhos incestuosos e ou adúlteros (artigo 358 do CC de 1916).

Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

Os artigos 352 e 359 do CCB/16 abordavam os reflexos do reconhecimento da filiação:

Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.

Art. 359. O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Sendo reconhecidos, os filhos ilegítimos eram equiparados aos legítimos, contudo não poderiam habitar no lar conjugal sem o consentimento do outro.

1.2 Presunção de paternidade e maternidade

A maternidade do filho gerado por meio de relação sexual entre marido e mulher era certa, vez que ela se manifesta por sinais físicos inequívocos. A paternidade era incerta e a presunção se atribuía diante do fundamento da fidelidade conjugal por parte da mulher.

Tal presunção de que o filho concebido na constância da sociedade conjugal tem por pai o marido de sua mãe possui, como fundamento, o que mais ordinariamente acontece: a fidelidade conjugal por parte da mulher. *Praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. Presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se certa (Pontes de Miranda, 1955, p. 24).

Assim, presumiam-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos pelo menos 180 (cento e oitenta) dias após a celebração do casamento e os filhos nascidos em até 300 (trezentos) dias após a dissolução da sociedade conjugal, conforme o artigo 338 do CCB/16 dispunha.

Presumem-se concebidos na constância da sociedade conjugal: I) Os filhos nascidos nos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, isto é, após a data em que se celebrou o consórcio. Todavia, o prazo, se o casamento foi contraído entre ausentes, por procuração, só pode correr do dia em que se estabelece a *convivência conjugal*, e neste caso, a legitimidade pode ser contestada, provando-se que o marido estava, pela distância, impossibilitado de coabitar com a mulher. II) Os filhos nascidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação (Pontes de Miranda, 1955, p. 21).

Os filhos nascidos antes dos 180 dias ou após os 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal consideravam-se concebidos fora do matrimônio, ilegítimos, portanto.

1.3 Impugnação de paternidade

O artigo 344 do CCB/16 estampava a possibilidade de impugnação da paternidade, que cabia exclusivamente ao marido, porém, se era presente, a ação precluíra em dois meses contados a partir da data do nascimento da criança (artigo 178, § 3º) e em três meses se o marido estava ausente ou se o nascimento do menor lhe fora ocultado (artigo 178, § 4º, I). No primeiro caso, a contagem do tempo iniciava-se com a data da ciência, e no segundo, com a data do retorno.

Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, § 3º).

Art. 178. Prescreve:

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

§ 4º Em 3 (três) meses:

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

Constata-se que os prazos para impugnação eram curtos para evitar que a situação do filho permanecesse incerta por longo tempo. A efetiva derubada dos prazos expostos ocorreu após a promulgação da CF/88, conforme a ementa a seguir colacionada, de um julgamento ocorrido no dia 10 de setembro de 2002, no STJ:

CIVIL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – PRAZO PARA PROPOSITURA. Modernamente, não mais se impõe prazo para a investigação do estado de filiação. Assim, o marido pode propor a ação negatória de paternidade mesmo já ultrapassado o prazo estabelecido pelo § 3º do artigo 178 do Código Civil.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Com ressalvas quanto à terminologia, recurso a que se nega conhecimento. REsp 155681/PR (1997/0082756-9).

No referido julgamento o Superior Tribunal de Justiça não conheceu o recurso interposto. Compreendeu que apesar de o CCB/16 ser a norma civil regente à época do ajuizamento da ação, o pai deveria estar convencido de que não é o genitor da criança para então procurar o Judiciário, e para estar convencido disso, segundo o STJ, não há limite de tempo.

1.4 O reconhecimento da filiação e a investigação de paternidade

Ao filho detentor da presunção de legitimidade, que nada mais era do que o fato de ter nascido durante a constância de casamento válido, putativo ou anulável, ou de pessoas que faleceram na posse de estado de casadas, era dada a possibilidade de buscar seu reconhecimento como filho legítimo, mediante a ação de filiação.

Por isso que a lei constrói o direito ao estado de filho legítimo, se o pai ou a mãe não reconhece o filho como tal compete à pessoa a ação de filiação, que tem por fim vindicar seu estado. Tal ação tem duplo interesse: um, puramente moral, que é estado de filho legítimo; outro, acessó-

rio, dependente do primeiro, que é o complexo de direitos emanados imediata ou imediatamente ao estado de filho legítimo (Pontes de Miranda, 1955, p. 44).

Os filhos ilegítimos poderiam ser reconhecidos mediante ato voluntário ou pelo Judiciário. O reconhecimento voluntário poderia ser feito pelos pais conjunta ou separadamente, na certidão de nascimento; mediante escritura pública ou por testamento. Era o que disciplinava o artigo 357 do CC de 1916.

Art. 357. O reconhecimento voluntário do filho ilegítimo pode fazer-se ou no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento (art. 184, parágrafo único).

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho, ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Quanto aos filhos incestuosos ou adúlteros, estes não poderiam ser reconhecidos. Se reconhecidos fossem, mediante ação de filiação, o ato tornava-se nulo a partir do momento da prova de que o filho era adúltero ou incestuoso.

A ação de investigação de paternidade era possível somente se existente alguma das provas mencionadas no artigo 363 do Código Civil de 1916, ou seja, concubinato entre os pais; rapto da mãe pelo suposto pai ou relação sexual coincidente com a data da concepção; existência de escrito do suposto pai, reconhecendo a paternidade expressamente.

Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai;

II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;

III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

O artigo 183 do CCB/16, citado no caput do artigo 363, elenca aqueles que não podem casar em 16 incisos. Os incisos I a IV trazem a proibição do casamento entre parentes: ascendentes com descendentes; irmãos; adotante com cônjuge do adotado e adotado com cônjuge do adotante; adotado com filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva e as pessoas casadas, proibindo, implicitamente, que o filho adúlterino e incestuoso investigasse sua verdadeira origem.

Não era nada fácil comprovar alguma das provas elencadas no artigo 363 do CCB/16 e mesmo se comprovadas, a decisão proferida pelo juiz nem sempre coincidia com a verdade biológica buscada pelo autor, pela inexistência de meios de provas mais precisos, como o exame de DNA.

1.5 Investigação de maternidade

A investigação de maternidade era pouco vislumbrada, ocorria nos casos de ocultação de filho, de abandono ou de rapto. Era, de regra, permitida, se não tivesse o fim de atribuir prole ilegítima à mulher casada e incestuosa à mulher solteira, casada ou viúva.

Assim como se faculta a investigação de paternidade, permite-se a de maternidade.

Não estabelece a lei pressupostos de admissibilidade da ação, por ser certa a maternidade. Proíbe-se entretanto, nos seguintes casos:

- a) quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada;
- b) quando tenha por fim atribuir prole incestuosa à mulher solteira.

São intuitivas as razões dessas proibições (Gomes, 1995, p. 339).

O artigo 364 do revogado Código Civil de 1916 apresentava a possibilidade de investigação de maternidade.

1.6 Efeitos do reconhecimento dos filhos ilegítimos

O reconhecimento dos filhos voluntária ou judicialmente produzia os mesmos efeitos. Se menor, o filho reconhecido ficava sob o poder do genitor que o reconheceu, geralmente ficava com a mãe e se o pai também o reconhecesse, era ele quem detinha sua guarda. Se, porém, o genitor que o reconheceu fosse casado, o filho não poderia com ele residir sem a concordância do outro cônjuge. Caso acontecesse de o outro cônjuge não autorizar, caberia ao pai ou a mãe que o reconheceu prestar-lhe alimentos e inteira assistência, de igual forma que os presta ao seu filho legítimo se o tivesse.

O reconhecimento voluntário e o forçado ou judicial têm os mesmos efeitos. Ambos provam *erga omnes* a filiação (art. 366). O filho reconhecido, enquanto menor, fica sob o poder do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai. Se o genitor, que o reconheceu, está casado, o filho ilegítimo não pode residir no domicílio conjugal sem o consentimento do outro cônjuge. É o que se lê no art. 359: “O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”. Se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no lar conjugal o filho natural reconhecido, caberá ao pai, ou à mãe, que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira assistência, assim como alimentos correspondentes à situação social em que vivia, iguais aos que prestar ao filho legítimo, se o tiver (Pontes de Miranda, 1955, p. 97).

Quanto aos direitos sucessórios, os filhos reconhecidos eram equiparados aos legítimos, mas havia diferenças. Se o reconhecimento do filho fosse posterior ao nascimento de outro filho do genitor, na constância de casamento, o filho natural reconhecido só teria direito à metade do que coubesse àquele; no entanto se o reconhecimento tivesse ocorrido antes do matrimônio, o reconhecido e os legítimos herdariam de seu genitor partes iguais.

2. A FILIAÇÃO NO DECRETO— LEI Nº 4.737/42 E NAS LEIS Nº 883/49 E 6.515/77

Se dissolvida a sociedade conjugal pelo desquite, tornava-se possível reconhecer os filhos havidos fora do casamento, segundo o que determinava o Decreto-Lei nº 4.737/42.

Em 1949, pela Lei nº 883/49, permitiu-se a qualquer dos cônjuges o reconhecimento de filho havido fora do casamento, e ao filho era dada a possibilidade de ação para buscar seu reconhecimento.

Posteriormente foi sancionada a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regula até hoje os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Ela dita, no parágrafo único do artigo 14, “ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns”. Em outras palavras, estabelece que os filhos havidos de casamento nulo ou anulável, ainda que os cônjuges não o tivessem contraído de boa-fé, são legítimos.

3. A FILIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A classificação legal discriminatória quanto aos filhos ilegítimos, constante no Código Civil de 1916, perdurou por cerca de 60 anos em nosso país e teve seu fim com a promulgação da Constituição de 1988 (CF/88).

Advém da Carta Política de 1988 a exclusão de qualquer carga de discriminação no campo da filiação, como procedia largamente o Código Civil de 1916, elitizando os filhos a partir do matrimônio dos pais. Nesse sentido existiam os filhos legítimos, legitimados, ilegítimos, esses últimos subclassificados como naturais e espúrios (adulterinos e incestuosos). Os filhos preferidos faziam contraponto aos filhos preteridos, e toda a legislação precedente à Constituição Federal exercia clara inclinação discriminatória, chegando ao extremo de proibir a pesquisa processual do vínculo biológico de filhos extramatrimoniais (Madaleno, 2004, p. 95).

Tal modificação deu-se em virtude do conteúdo do artigo 227, § 6º, da CF/88, que proibiu qualquer tratamento diferenciado aos filhos não havidos da relação de casamento para com os filhos havidos na constância do casamento.

Art. 227. 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 à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Além destas evoluções, a CF/88 trouxe como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, disposta no artigo 1º, III:

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

III – a dignidade da pessoa humana;

É a dignidade da pessoa humana que permite e determina que seja destinado tratamento igualitário aos filhos, independentemente de sua origem, se advêm ou não do casamento. Por ser princípio fundamental, dita um limite de atuação do Estado e garante que a partir dele se promova a dignidade da pessoa humana, valor espiritual e moral inerente à pessoa.

4. A FILIAÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei nº 8069/90, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aborda o reconhecimento da filiação, nos artigos 26 e 27, elencando-o como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, independente de origem.

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Os artigos 26 e 27 do ECA trouxeram grande inovação ao instituto da filiação e tiveram suas redações repetidas posteriormente, pelos artigos 1.609 e 1.614 do CCB/02, todavia a delimitação temporal contida no artigo 1.614 do CCB/02 não tem efetividade, pelo fato de o artigo 27 do ECA dispor que o reconhecimento do estado de filiação é imprescritível.

5. A FILIAÇÃO NA LEI Nº 8.560/92

A Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, sancionada pelo então presidente da República, Itamar Franco, revogou expressamente os artigos 332, 337 e 347 do Código Civil de 1916.

O artigo 332 classificava o parentesco em legítimo e ilegítimo; o artigo 337 estabelecia quem era o filho legítimo e o artigo 347 estabelecia como se dava a prova da filiação legítima.

Esta lei permitiu a investigação de paternidade e o conseqüente reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, que poderia ser feito no registro de nascimento, por escritura pública ou escrito particular a ser arquivado em cartório, por testamento e por manifestação expressa e direta perante o juiz, conforme o artigo 1º da Lei.

O artigo 5º e o artigo 6º da Lei nº 8.560/92 proibiam que se fizesse menção, na certidão de nascimento, à natureza da filiação. O artigo 7º determinava que fosse fixado, na sentença de primeiro grau que reconhecer a paternidade, o valor dos alimentos provisórios ou definitivos para o reconhecido.

6. A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O artigo 1.596 do Código Civil de 2002 conservou a redação do artigo 227, § 6º da CF/88.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Apesar de determinar a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, ela continua a existir para fins de reconhecimento formal de paternidade e maternidade. Além do filho adotado, os filhos podem ser matrimoniais ou extramatrimoniais. Isto porque o casamento carrega com ele a presunção de paternidade e maternidade, regra mantida pelo novo estatuto civil com alguns acréscimos.

6.1 Presunção de maternidade e de paternidade no CCB/02

De acordo com o artigo 1.597 do Código Civil, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos pelo menos 180 dias após a celebração do casamento; os nascidos dentro de 300 dias subsequentes à dissolução do vínculo conjugal, por morte, separação judicial, anulação do casamento ou divórcio (até aqui, nada muda em relação ao CCB/16); os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que autorizada pelo marido.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Fecundação homóloga é a inseminação artificial feita com o sêmen e o óvulo dos cônjuges, enquanto que na fecundação artificial heteróloga somente o material genético de um dos cônjuges é utilizado, juntamente com o material genético de terceiro. Nesta modalidade exige-se anuência expressa do marido. Já a fecundação homóloga por embriões excedentários é efetuada *in vitro*. Neste caso, se um dos genitores for falecido, é exigido que tenha deixado autorização expressa, a fim de evitar um possível processo de investigação de paternidade.

A presunção de maternidade e paternidade foi mantida com o fim de proteger o interesse do menor, que já tem a maternidade atribuída no momento de sua concepção e a paternidade determinada no momento de seu nascimento, tendo garantidos direitos básicos, como o de receber alimentos de seus pais.

6.2 O reconhecimento dos filhos de acordo com o CCB/02

O CCB/02 dispõe do artigo 1.607 ao artigo 1.617 as regras relativas ao reconhecimento dos filhos. O artigo 1.607 estabelece que o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente, de forma voluntária ou judicial, independentemente de dissolução da sociedade conjugal. O reconhecimento voluntário é regulamentado pelo artigo 1.609 do CCB/02. Nos termos deste artigo o reconhecimento dos filhos poderá ser feito

no registro de nascimento; por escritura pública ou particular; por testamento e por manifestação direta e expressa perante o juiz, repetindo a redação do artigo 1º da Lei 8.560/92.

O reconhecimento pode preceder ao nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento (artigo 1.609, parágrafo único); o reconhecimento não pode ser revogado, mesmo se feito em testamento (artigo 1.610). O CCB/02 estabelece, no artigo 1.611, que o filho havido fora do casamento reconhecido por um dos cônjuges não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro (regra presente já no CCB/16); enquanto menor, o filho reconhecido ficará na guarda do genitor que o reconheceu; se ambos o reconhecerem, sob a guarda daquele que melhor atender seus interesses (artigo 1.612), mas é vedado o reconhecimento de filho maior sem seu consentimento, e é concedida ao menor a faculdade de impugnar o reconhecimento em até quatro anos após sua maioridade ou emancipação (artigo 1.614).

Antônio Elias de Queiroga (2004) alerta para o seguinte problema, que pode advir da facilidade de reconhecimento da filiação:

A abertura proporcionada pela Constituição de 1988 e introduzida no Código Civil é elogiável sob todos os aspectos, mas pode trazer melindre a uma parte da sociedade brasileira. Imagine-se, por exemplo, a seguinte situação: um pai mantém relações sexuais com uma filha (incesto) e nasce um filho (filho incestuoso). Esse pai pode comparecer ao cartório ou perante o juiz, acompanhado da filha, que é mãe também do seu filho, e declarar o fato, para efeito de registro, que, obrigatoriamente, deverá ser feito. Será ele pai e avô da criança, ao mesmo tempo (p. 227-228).

O que se protege com a ausência das vedações antes existentes, na vigência do CCB/16, é o interesse do menor, não importando, para que se dê o reconhecimento, os atos moralmente reprovados pela sociedade praticados pelos pais.

6.3 Efeitos do reconhecimento da paternidade e da maternidade segundo o CCB/02

A sentença que reconhece a paternidade e/ou maternidade tem os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário (artigo 1.616 do CCB/02). O reconhecimento tem efeito *ex tunc* (retroativo) e eficácia *erga omnes*. O reconhecimento é irrevogável, salvo nos casos de vício material e de manifestação de vontade. Constitui em ato jurídico puro, não subordinado a termo ou condição.

6.4 Ação de impugnação de paternidade ou de maternidade

A ação de impugnação de paternidade ou de maternidade tem como objetivo perquirir a filiação biológica e provar a inexistência de filiação daquele que a reconheceu. É o artigo 1.614 do CCB/02 que permite a investigação. A limitação de tempo imposta pelo artigo mencionado, porém, foi derrubada, implicitamente, pelo artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece ser indisponível e imprescritível o reconhecimento da filiação.

6.5 Investigação ou averiguação oficiosa de paternidade e de maternidade

A Lei nº 8.560/92 trata do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento e regula a investigação de paternidade. Como anteriormente apresentado, porém, o artigo 27 do ECA reza que o reconhecimento do estado de filiação pode ser exercido sem restrições e, por isso, a investigação de maternidade também pode ser exercida nas mesmas hipóteses previstas na referida Lei.

A ação de reconhecimento de paternidade/maternidade é inalienável, imprescritível e irrenunciável, a prova da paternidade/maternidade é ampla e irrestrita e são legitimados para ajuizá-la o MP, o filho (investigante) e o nascituro. Se menor ou incapaz, o filho, assim como o nascituro, será representado pela mãe ou pai, ou por seu responsável legal.

Para provar a maternidade e/ou a paternidade é necessário demonstrar o vínculo consanguíneo entre pai e/ou mãe e o filho, o que atualmente é obtido mediante o exame de DNA, que traz consigo a quase absoluta certeza da paternidade ou maternidade.

Pois o atual exame de DNA, e a perfeição de outras técnicas derivadas, que permitem atingir a quase absoluta certeza da paternidade, transformou em história as dificuldades do passado para apontar a paternidade genética (Venosa, 2006, p, 275).

O investigado não é obrigado a realizar o exame. Se optar por não fazê-lo, operará presunção de paternidade/maternidade contra ele ou ela. Tal prova, contudo, não é bastante. É ainda preciso provar se existe ou não relacionamento afetivo entre pai/mãe e filho, para então haver uma decisão final, a sentença do juízo. Nas ações negatórias de paternidade ou maternidade é necessária a comprovação da inexistência de socioafetividade entre os litigantes para que o autor obtenha êxito em sua pretensão. Ao passo que, em uma ação de reconhecimento de paternidade ou maternidade, com fundamento na relação afetiva entre o “pai” ou “mãe” e o suposto filho, é preciso comprovar tal relação e, para tanto, devem estar presentes a publicidade, o estado de filiação e a posse de estado de filho, sob pena do não alcance da pretensão, por estar ausente algum dos elementos.

7. TENTATIVA CONCEITUAL DE FILIAÇÃO

Como demonstrado, o instituto da filiação evoluiu muito ao longo dos anos e atualmente não há um conceito unânime do que é a filiação, fazendo-se necessária uma tentativa conceitual.

De acordo com Ferreira (2004), “filiação é a relação social de parentesco entre genitor, ou genitora, e progenitura, e que é, ao menos em parte, a base da identidade dos novos membros da sociedade e de sua incorporação aos diversos grupos sociais”.

Juridicamente falando, a filiação é toda a relação entre pais e filhos, desde sua constituição, modificação e extinção.

Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais em relação aos filhos (Venosa, 2006, p. 227).

Maria Helena Diniz (2005) conceitua da mesma forma, explicando que filiação é o vínculo existente entre pais e filhos, mas vai além ao argumentar que também pode ser uma relação socioafetiva, porém estabelecida somente entre adotante e adotado ou de filho advindo de inseminação artificial heteróloga e seus pais.

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda, ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga (p. 426).

Abrangendo as concepções expostas, Antônio Elias de Queiroga (2004) conceitua a filiação como o vínculo jurídico entre pais e filhos, advindo tanto de união sexual, quanto de inseminação artificial, de modalidades de fertilização assistida e da adoção. Madaleno (2004) acrescenta a esta lista a parentalidade por vinculação socioafetiva.

Os conceitos apresentados são estritamente ligados ao casamento (o casamento aqui considerado é aquele entre homem e mulher, conforme preceitua o artigo 1.517 do Código Civil – “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”), diante da necessidade legal de classificação dos filhos. Esta classificação resultava da existência ou não do casamento entre os pais e ocasionava discriminação, chegando ao extremo de proibir a pesquisa processual de vínculo biológico de filhos extramatrimoniais.

A família advinda do matrimônio, todavia, está sendo desmistificada. Logo, a filiação fruto do casamento também. Tal desmistificação é resultado da crescente preocupação dos juristas com a integridade psíquica do indivíduo, que tem como pano de fundo a dignidade da pessoa humana constitucionalmente estabelecida. Preocupação que parece ter sido esquecida pelo legislador ao redigir o livro IV do Código Civil, que traz as normas de Direito de Família, em especial aquelas relativas à filiação.

Assim, resta ao julgador destinar às relações pautadas no afeto a mesma proteção e juridicidade dada às relações biológicas entre pais e filhos, porque não há, na Carta Magna, qualquer diferença entre a afetividade e a consanguinidade.

Diante de tais mudanças pode-se concluir que atualmente não há um conceito de filiação livre de distinções, porque todos, de uma maneira ou outra, ligam-se ao casamento entre homem e mulher. Fala-se na socioafetividade como forma de filiação, mas esta figura não está englobada no conceito. Dessa forma, Ferreira (2004) foi muito feliz em dar significado à filiação, ao expressar que ela é a base da identidade dos novos membros da sociedade e de sua incorporação aos diversos grupos sociais, não atribuindo qualquer cunho discriminatório embasado na lei.

CONCLUSÃO

As discriminações quanto à filiação, trazidas pelo CCB/16, perduraram por muitos anos em nosso país e, mesmo com a revogação de alguns de seus artigos relativos ao reconhecimento da filiação, o tratamento diferenciado permaneceu até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Hoje é inconcebível negar a alguém o direito de conhecer a identidade de seus pais biológicos, assim como não se pode negar a escolha afetiva realizada. A valorização do afeto, pelos tribunais, para julgar ações investigatórias de paternidade e de maternidade, ações de reconhecimento de filiação e

negatórias de paternidade e maternidade, é uma inovação no universo jurídico e que merece essencial atenção, sobretudo porque busca proteger o melhor interesse dos envolvidos, em especial do filho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. *Legislação*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 4 mar. 2008.

CYSNE, Renata Nepomuceno e. *Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva*. Família e jurisdição II. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 189-223.

COSTA, Ana Surany Martins. *Filiação socioafetiva: uma nova dimensão afetiva das relações parentais*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 9 mar. 2008.

COSTA, Everton Leandro da. *Paternidade socio-afetiva*. 2007. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 9 mar. 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Famílias modernas (inter) seções do afeto e da lei*. Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 24 mar. 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 5º vol.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LUZ, Antônio Fernandes da. *Laços de afeto e solidariedade nas relações parentais*. Família e Jurisdição II. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 9-20.

MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*– direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. V. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*– parte especial – Direito de família. Direito parental. Direito protectivo. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

QUEIROGA, Antônio Elias. *Curso de Direito Civil*– Direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Recebido em: 4/8/2008

Aprovado em: 4/9/2009