

3.3.3 A imprescritibilidade da ação negatória de paternidade face aos princípios constitucionais vigentes

Edilane Consolação Rosa Nazareth

*Técnica do Ministério Público de Minas Gerais em Igarapé
Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal*



**Edilane Consolação
Rosa Nazareth**

CAPÍTULO I - A Família

1. Conceito de família

Diante do assunto em pauta, visualizamos várias definições de família. Partindo de um pressuposto mais abrangente, temos como base um conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, compreendendo os ascendentes, descendentes, os colaterais do cônjuge e seus parentes em linha reta, que se denominam parentes por afinidade ou afins, ou seja, o parentesco. A partir de um conceito mais restrito, o Direito Civil moderno limita os membros da família às pessoas unidas por uma relação conjugal ou de parentesco, compreendendo somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o “pátrio poder”, conceito este que se estende pela Constituição Federal quando tutela a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes (família monoparental). (VENOSA,2003).

Caio Mário da Silva Pereira (2002) considera família como o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). Com a evolução, se limitou aos pais e filhos, reduzida numericamente porém mais rica de consequências e garantias constitucionais. Ademais a família não tem suas normas somente no direito, sendo considerada como célula social por excelência e como organismo ético e social, vão ser expressadas também na religião, na moral, nos costumes, tendo como força coesiva um dado psíquico.

Na verdade, em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca. (PEREIRA,2002)

Para Maria Helena Diniz (2002), é preciso deixar bem claro que o direito de família, em qualquer uma de suas partes (direito matrimonial, convivencial, parental ou tutelar), não tem

conteúdo econômico, a não ser indiretamente, no que concerne ao regime de bens entre os cônjuges ou conviventes, à obrigação alimentar entre parentes, ao usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores, à administração dos bens dos incapazes, e que apenas aparentemente assume a fisionomia de direito real ou obrigacional.

Jacques Lacan (APUD Pereira, 1997), afirma que a família não é um grupo natural, mas cultural, que não se constitui apenas por um homem, mulher e filhos. É antes de tudo uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função, qual seja a de pai, de mãe, e de filhos, sem entretanto estarem necessariamente ligados biologicamente. Fato é que, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar de pai ou mãe, tão necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos.

2. Origem e evolução da família

A evolução da estrutura familiar na História e na Antropologia se apresenta de várias formas: patriarcal ou matriarcal, poligâmica ou monogâmica... ou seja, como um “grupo natural” de indivíduos unidos por uma dupla relação biológica: por um lado, a geração que compõe o grupo; por outro, as condições de meio que postulam o desenvolvimento dos mais novos, enquanto os adultos garantem a reprodução e asseguram a manutenção do grupo. (PEREIRA, 2001)

Atualmente com a quebra do patriarcalismo, da hegemonia do poder marital e paterno, não há mais no Código Civil de 2002, qualquer desigualdade de direitos e deveres do marido e da mulher e dos companheiros. Instituído-se a completa paridade dos cônjuges ou conviventes nas relações pessoais como nas patrimoniais, consagrando o princípio do respeito à dignidade das pessoas casadas e o da igualdade jurídica entre marido e mulher que deverá servir de parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio. (DINIZ, 2002)

Tais fenômenos são conducentes a uma releitura de todo ordenamento jurídico-positivo, baseada na prudência objetiva, levando-se em consideração os valores positivados na Carta Magna, a exaltação de uma reforma do Direito Civil e o respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse alvorecer de mais um século, a sociedade de mentalidade urbanizada e cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante das civiliza-

ções do passado. (VENOSA, 2003).

A Constituição da República de 1988 passa a considerar a família não apenas pelo instituto do casamento, mas também pela união estável (art 226, § 3º) e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominada família nuclear, pós-nuclear, unilinear, monoparental, eudemonista ou socioafetiva (art 226, § 4º), transmutando nos dizeres de Maria Helena Diniz (2002), “*Numa comunidade fundada no afeto, cujos membros se unem por sentimentos de solidariedade, o que separa de toda coletividade, é a chamada família sociológica*”.

3. Natureza jurídica do Direito de Família

A família é a base organizacional da sociedade, sendo assim objeto de preservação do Estado, fato este que leva o legislador constitucional a afirmar que ela vive sob a égide do Estado. Fazendo com que o ramo do direito que disciplina suas relações jurídicas situe mais próximo do direito público do que do direito privado, prevalecendo o interesse do Estado sobre o interesse individual. Por isso, as normas de Direito de Família, são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares. (RODRIGUES, 1998).

Ruggiero e Maroi (APUD Rodrigues, 1998) observam que todo direito familiar se desenvolve e repousa na idéia de que os vínculos são postos e as faculdades conferidas não tanto para atribuir direitos quanto para impor deveres.

Uma outra característica do direito de família, sob a perspectiva individual de direitos subjetivos, é a sua natureza personalíssima, isto é, esses direitos são intransferíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, eles se ligam à pessoa em virtude de sua posição na relação familiar, não podendo o titular transmiti-los, ou deles despir-se. (RODRIGUES, 1998).

Caio Mário da Silva Pereira (2002) entende que o lugar do direito de família é no Direito Privado e sua classificação correta no Direito Civil, pelo tipo de relação jurídica que visa disciplinar.

Já para Washington de Barros (2001) direito de família está compreendido no direito público, pois suas regras são obrigatórias e de ordem pública, impondo-se a todos de modo imperativo. Outros juristas sustentam que o direito de família destaca nitidamente das restantes partes do direito privado e tende para o direito público; que venha se tornar futuramente direito público é coisa que se não pode afirmar, mas que sobressai no direito privado, de molde a constituir espécie à parte, é fato que não pode ser posto em dúvida.

Para uns essa tendência do direito de família, caminhando em direção ao direito público, representa um passo a frente. É uma conquista moderna, um sinal de progresso na ciência jurídica. Para outros, no entanto, constitui um retrocesso. É retorno ao passado fazendo com que a família volte ao primitivo ponto de partida, revivendo o status em todo o seu vigor, embora sujeito a restrições, sob a égide do próprio Estado.

O certo é que esse ramo do Direito Civil tende a separar-se. Prematuro será afirmar, entretanto, se sua marcha do Direito Privado para o Direito Público constitui um bem ou um mal, sinal de progresso ou estigma de decadência. Só o futuro esclarecerá um dia tal questão. (MONTEIRO, 2001).

CAPÍTULO II - DA PATERNIDADE

1. Evolução histórica

Não se pode compreender o organismo familiar sem este binômio filiação-paternidade ou filiação-maternidade. Especificamente considerada, a filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. Estabelecendo-se entre pessoas das quais uma descende da outra é considerada como filiação propriamente dita, quando visa o lado do filho; e, reversamente, encarada pelo lado do pai se chama paternidade, e pelo lado mãe, maternidade. (Pereira, 2001, p.191)

O Código Civil de 1916 elegeu, como base única da família, o casamento, que originava a família legítima. A partir daí todas as normas se submetiam aos princípios e finalidades fixados pelo ordenamento jurídico para o casamento, tal qual a filiação. O estabelecimento da paternidade foi um fator que atormentou o legislador, quanto a sua incerteza, já a maternidade era comprovada visualmente. Com o intuito de preservar a paz familiar, a paternidade do Código Civil impõe a paternidade presumida fundada no princípio *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*, contribuindo assim para o surgimento da paternidade jurídica, e com isso a situação jurídica dos pais também influenciou no status de filho. Pois, se casado o pai com outra mulher que não a mãe ou tivessem os pais parentesco em grau que impedisse o casamento, vedava-se ao filho a aquisição de tal status. (BARBOZA, 1998)

Num breve histórico da presunção de paternidade romana, percebe-se dois momentos distintos em que o pai exerce a prerrogativa de reconhecer ou recusar a criança ao nascer, sendo esta a expressão do poder *pater*, poder decorrente do adágio latino de que *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Poder este de registrar a admissão do filho na família através de um ato de vontade, sob orientações de regras legais que possibilita a inclusão do filho dentro da família. (NOGUEIRA, 2001)

O Código Civil Brasileiro aderiu-se aos sistemas latinos codificados, com o intuito de defender a “instituição matrimônio”, inspirando em duas características marcantes: a legitimidade exclusiva do marido para impugnar a paternidade do filho tido pela mulher com a qual se casou e a enunciação taxativa de número limitado de fundamentos aptos a ensejar a impugnação da paternidade. A incerteza da paternidade em relação à filiação dentro do casamento é afastada no interesse de segurança jurídica, vem em proteção à família matrimonializada, mesmo que em decorrência da incidência da presunção, seja estabelecida uma paternidade falsa. Assim, o pai da criança é aquele que a lei determinar. (NOGUEIRA, 2001, p.64-68).

A evolução pela qual passou o conceito de paternidade foi demarcada pela funcionalização, despatrimonialização e despenalização das relações de filiação. Busca-se a conjugação dos interesses da criança à verdade biológica em detrimento da estabilidade institucional da família na determinação da filiação. (DE OLIVEIRA, 2003).

2. Paternidade biológica

Na paternidade biológica, o pai é autor genético da fecundação. Para o ordenamento jurídico brasileiro, a determinação da paternidade segue dois critérios: o critério jurídico da presunção estabelecido pelo direito romano de que o pai é o marido da mãe

e o critério biológico que se explica pela descendência genética. Até o advento da Constituição da República de 1988, que proibiu qualquer discriminação ao conceito de filho, a verdade biológica por vezes era mitigada devido a criança ser fruto de uma relação diversa do matrimônio e por isso considerada indigna. (DE OLIVEIRA, 2003).

Com o advento do exame de DNA, identificador da paternidade biológica, superou-se o sistema presuntivo do vínculo fundado em matrimônio, a fim de se alcançar a verdade biológica. Desse modo, a verdadeira paternidade ainda é entendida como parentesco consanguíneo. Na determinação da paternidade a prova pericial médica passou a ser cabal e definitiva. As sentenças proferidas por nossos tribunais passaram, neste momento, a ser completamente embasadas no laudo que ora excluía paternidade e ora a afirma, criando assim, os filhos do laudo. (QUEIROZ, 2001, p.42).

3. Paternidade socioafetiva

O recurso aos testes de identificação genética permitiu estabelecer as relações de parentalidade, determinando quem é o pai biológico de uma criança, com diretas repercussões na filiação. A evolução das ciências e as contradições trazidas pelo fantástico desenvolvimento tecnológico foram reduzindo o papel da presunção da paternidade legítima que, juntamente com a procura da paternidade natural, cederam espaço maior ao poder inquestionável das provas científicas da filiação biológica. Muito se tem discutido sobre o valor a ser atribuído ao exame de DNA. Para parte da doutrina, deve-se reconhecer ao exame de DNA senão a qualidade relativa, que é própria a todo meio de prova, apesar da certeza quase absoluta de seus resultados na comprovação biológica da paternidade. (DE OLIVEIRA, 2003).

Sérgio Pereira (1992) nos ensina que a paternidade não se limita ao conceito genético ou biológico, mas engloba também o psicológico, moral e sócio-cultural. E que na maioria das vezes, o vínculo biológico transcende a ele mesmo, fato este que contribui para um fracasso patológico total da relação paternidade sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, elucida que múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva, em nível de paternidade, saudável, produtiva e responsável.

A Constituição da República reestruturou o conceito de filiação, baseando-se em valores que contemplam a paternidade socioafetiva, sendo que esta suplanta a obrigação legal na medida em que garante maior estabilidade social quando se exerce a função de pai. Diversas características configuram a paternidade afetiva, entre elas as mais expressivas são a vontade e a posse de estado de filho. No sistema jurídico pátrio a noção de “posse de estado de filho” não é contemplado de modo expreso, seja como elemento probante ou como fonte de pretensão. O inciso II do art 1.605 do Código Civil, porém, deixa uma margem para a aplicação de tal instituto, quando prevê que a filiação poderá ser provada por qualquer modo em direito admitido, desde de que esteja subordinado à existência de “veementes presunções resultantes de fatos já certos”. Assim, a “posse de estado de filho” considerar-se-ia como um fato certo e conhecido. O estado de filho é irrenunciável e imprescritível, integrando o direito da personalidade. (DE OLIVEIRA, 2003).

Muitas vezes a verdade biológica é invocada como ponto de partida. Entretanto, a verdade socioafetiva prevalece, porque a verdadeira paternidade não se explica apenas pelos laços de

sangue. Pai é aquele que exerce uma relação psicoafetiva, tratando de forma plena e verdadeira seu filho diante da sociedade.

Cabe ressaltar que a Constituição da República de 1988, ao adotar o sistema único de filiação, garantiu a todos os filhos o direito à paternidade. O menor passou a ser visto como sujeito de direitos, podendo reivindicá-los em benefício de sua integridade.

A era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não se determina. (NOGUEIRA, 2001).

Percebe-se que a filiação possui três vertentes: a filiação jurídica, a biológica e a socioafetiva. Ideal seria aquela filiação que conjugasse todas as espécies, mas a realidade mostra que elas às vezes não se encontram reunidas, sendo, em alguns casos, até mesmo conflitantes (NOGUEIRA, 2001, p.88).

Sabidamente João Baptista Villela sustenta: *A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o país sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e precisam receber.* (VILLELA, 1980, p.51)

CAPÍTULO III - DA FILIAÇÃO

1. Filiação

O termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram, é um vínculo constituído entre um sujeito e seus pais pouco importando o meio de sua formação, devendo ser demonstrada pela certidão do registro de nascimento, efetuado junto ao cartório civil.

Anteriormente podiam ser classificados os filhos em legítimos, legitimados, adotivos e ilegítimos. Legítimos eram os concebidos através de casamento regular, *adotivo* era aquele que passava por um processo de adoção que tinha os seus direitos limitados quando comparado aos direitos do filho legítimo. Legitimados eram os concebidos em decorrência de união ilícita e posteriormente regulada pelo casamento válido, a legitimação é reconhecimento da filiação, pelos genitores do filho concebido de uma relação ilícita, anteriormente, os filhos adulterinos não podiam ser reconhecidos. Filho ilegítimo era aquele não originário da relação conjugal *extra matrimonium*.

Essa distinção não mais subsiste perante a Carta de 1988: “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” (art. 227, parágrafo 6º).”

Pelo princípio da igualdade de tratamento dos filhos, não poderá haver discriminação de qualquer espécie por causa da origem da filiação. Pois a Constituição da República de 1988 estabeleceu *isonomia plena*, de tratamento, devendo-se conferir aos filhos havi-

dos e não havidos do casamento os mesmos direitos e garantias.

Num passado não muito distante, a maternidade era sempre certa, hoje, porém, pode-se afirmar com quase certeza a paternidade. O legislador procura na medida do possível fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica, considerando as implicações de ordem sociológica e afetiva que envolvem essa problemática. Observando sob a ótica dos ascendentes, o estado de filiação traduz-se na maternidade e paternidade, que tem como termo paternidade de forma genérica para expressar a relação do pai e da mãe com relação aos filhos. (VENOSA, 2003)

2. Reconhecimento de filiação

O Código Civil de 2002, no art 1.606, coloca, como titular da Ação, o filho, para que este prove o parentesco, buscando estabelecer a correta relação de filiação, incorporando o direito processual para ser o caminho para perseguir o *status* pretendido. A lei civil, ao tratar do tema filiação, demonstra a transformação correlacionada ao texto constitucional, sobressaltando o princípio da igualdade elencado na Constituição da República.

O art 1.607 do Código Civil de 2002 trouxe o dispositivo de que “o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”, desaparecendo por completo a impossibilidade de reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos.

A igualdade de direitos dos filhos coloca um ponto final na problemática quanto a distinção de filiação, possibilitando o reconhecimento do estado de filiação sem qualquer restrição.

O ponto chave que estabelece a paternidade entre pai e mãe não casados e o filho é o ato de reconhecimento: voluntário ou coativo. No primeiro, o pai declara solenemente ser pai de determinada pessoa, no segundo, há uma sentença proveniente de uma ação de investigação de paternidade, na qual se prova a relação biológica entre pai e filho.

O reconhecimento voluntário foi mantido pelo art. 1.609 do Código Civil de 2002. A maternidade é um fato, e a paternidade uma presunção, tem os pais a legitimidade para o reconhecimento da paternidade, pois tal ato é personalíssimo e unilateral porque gera efeitos pela simples manifestação de vontade do declarante, é irrevogável, como decorrência da eficácia retroativa e da constitutividade do ato.

Na averiguação oficiosa de paternidade, dá-se a partir da constatação pelo escrivão apenas da maternidade, este remete ao juiz a certidão do ato e das declarações da mãe, informando o nome do suposto pai, endereço e outros dados importantes para identificação. O juiz competente determinará a oitiva da mãe. Em seguida, marcará audiência para oitiva do suposto pai, ou prazo para que se manifeste. Se confessar a paternidade, lavrar-se-á termo de reconhecimento, enviando certidão ao registro civil, para a averbação. Se negada a paternidade ou não manifesto o suposto pai, cabe ao Ministério Público propor a ação de investigação de paternidade contra o suposto pai.

CAPÍTULO IV - A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

1. Presunção de Paternidade

O ordenamento jurídico brasileiro adota a presunção de paternidade do marido em relação aos filhos nascidos na constância do casamento, presunção *pater is est quem justae nuptiae*

demonstrant, que milita em favor da harmonia e da segurança familiar, com o intuito de evitar a atribuição da prole adulterina à mulher casada e também do conceito de bastardia. Para esse fim, consideram concebidos na constância do matrimônio, os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; os filhos nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, divórcio, nulidade e anulação do casamento; 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; os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Esta presunção legal recebe tratamento similar tanto no Código Civil de 1916 quanto na Lei Civil de 2002, de modo a admitir que a própria mãe leve a registro o nascimento do filho, inserindo o nome do marido (como pai da criança), na certidão de nascimento, desde que apresente ao Cartório de Registro Civil a certidão de casamento, provando assim o matrimônio.

Vale ressaltar, que esta presunção legal de paternidade não ocorre em relação a união estável, pois fato é que o nome do “companheiro” somente constará na certidão de registro do nascimento da criança, caso compareça pessoalmente ao cartório e declare a paternidade. Porém, nessa hipótese, a união estável será uma prova a ser considerada em uma possível ação de investigação de paternidade.

2. Ação Negatória de Paternidade

Conhecida também como “ação de contestação de paternidade”, a “ação negatória de paternidade” destina-se a excluir a presunção legal de paternidade, há muito criada pelos romanos (*pater is est quem nuptae demonstrant*). Esta ação parte do princípio de que o marido somente poderia contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher, provando que, no período em que esta engravidou (de 6 a 10 meses antes do nascimento), encontrava-se fisicamente impossibilitado de coabitar ou que já estavam legalmente separados. Entre as hipóteses de impossibilidade física de coabitação, a jurisprudência inclui a separação de fato e impotência *generandi* (esterilidade), desde que absoluta. Saliente-se, a infidelidade confessa ou provada da mulher não é prova cabal da não-paternidade, se os cônjuges viviam sob o mesmo teto. Afinal, o filho pode ser do marido, apesar de infiel a esposa.

Vimos que a presunção de paternidade embora rigorosa, não é absoluta, mas sim relativa, possuía apenas o intuito de preservar o matrimônio e a harmonia no lar. Essa restrição se limitava pelo curto prazo decadencial do Código Civil de 1916 :

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. (Código Civil Brasileiro, 2002)

No art. 1.601 do Código Civil de 2002, o verbo “contestar” é mantido como acepção jurídica da impugnação de paternidade, que se mostra, sobretudo, vinculado à concepção de família hierarquizada patriarcal. Nesta fase o legislador perdeu uma oportunidade exímia de introduzir a temática da filiação socioafetiva, que se dá por meio do estado de posse. (FACHIN, 2002).

Quanto aos filhos havidos fora do casamento, poderá haver reconhecimento por parte do pai e da mãe, elidindo, assim, a presunção acima estudada. O reconhecimento da paternidade, nesse caso, poderá ser o espontâneo, ou o voluntário, conforme disposto na Lei 8560/92 (Investigação de Paternidade) e no art. 1.609 do Código Civil de 2002, e forçado, pela via de ação investigação. O ato de reconhecimento é irrevogável, salvo nos casos em que esse ocorrer de forma voluntária e o pai registral provar que foi induzido a acreditar ser o pai biológico, devendo propor uma “Ação Negatória de Paternidade”, alegando que tal reconhecimento é eivado de falsidade ou erro.

Essa visão formal concernente às provas da filiação convive à margem do contexto social, que traz a possibilidade de se aferir a paternidade socioafetiva. Mesmo que sobressaia a importância da engenharia genética, no auxílio das investigações de paternidade, é preciso equilibrar a verdade socioafetiva com a verdade de sangue, porque o filho é mais que um descendente genético, e se revela numa relação construída no afeto cotidiano. Em matéria de família, o julgador tem papel de relevo indiscutível, em equilibrar as duas vertentes, pois há diversos casos, que, mesmo comprovada a exclusão da paternidade biológica, o pedido da ação negatória de paternidade será julgado improcedente, por existir laços afetivos entre as partes. (FACHIN, 2002).

3. Imprescritibilidade da Ação Negatória de Paternidade

Para exercer o direito de contestar a paternidade, o Código Civil de 1916 estabelecia prazo decadencial de dois meses contados a partir do nascimento do filho, se presente o marido, e de três meses, se ausente ou se lhe foi ocultado o nascimento. Nestas duas últimas hipóteses, o prazo se conta do regresso do marido ao lar ou da ciência do fato, pois sua exigüidade tinha o objetivo claro de não criar inseguranças no ambiente familiar. (FIUZA, 2002).

O Código Civil de 2002, por sua vez, suprimiu limitações quanto ao prazo da negatória de paternidade e a declarou “imprescritível”. Essa alteração legislativa veio da redação final, dada ao art. 1.601 do Projeto do Código Civil, pelo Deputado RICARDO FIUZA, que entendeu ser inconstitucional o outrora previsto, e se baseou no desenvolvimento da ciência e na evolução dos exames existentes que facilitam a possibilidade de se apurar o pai biológico.

Muitos doutrinadores se posicionaram favoráveis à imprescritibilidade da negatória de paternidade. Alguns basearam sua opinião no fato de ser uma ação de Estado. Outros, por sua vez, tomaram por base o art. 27 da lei 8.069/90 (ECA): “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”, e a súmula 149 do STF: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”, ora pela evolução científica que propicia a verdade biológica. Por fim, não faltaram aqueles que adotaram

pensamentos psicanalíticos. O direito à negatória de paternidade prescreve para aquele que reconhece espontaneamente o estado de filiação, pois trata-se de vontade própria, que não resulta de falsidade ou erro.

4. Os Princípios Constitucionais

Princípios são ordenações que norteiam os sistemas de normas, são a base das normas jurídicas e constituem preceitos básicos da organização constitucional.

Os princípios constitucionais no direito de família têm como finalidade precípua, proteger os direitos e garantias fundamentais das relações familiares, e tutelar a paridade e isonomia entre os filhos, a paternidade, a maternidade e, principalmente, a paternidade responsável. Com a evolução dos tempos, novos valores foram colocados no palco de discussões, ampliando, assim, o campo de abrangência do direito constitucional da família, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

Dessa forma, a *garantia constitucional de absoluta prioridade* explicita a prevalência dos interesses da criança e do adolescente, chegando o estatuto enumerar os casos em que se deve observar tal garantia de prioridade, que atinge políticas públicas em geral, a saber: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, parágrafo único, do Estatuto). (BARBOZA, 2000).

O princípio constitucional da afetividade projetou, no ordenamento jurídico, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade, em que prevalece o conceito da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se adotivos. (LÔBO, 2000).

A filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, porém a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares. Como prova disso, a Constituição da República não estabelece mais distinção entre filhos biológicos e adotivos e não tutela apenas a família matrimonializada. As pessoas que se unem em comunhão de afeto são também famílias protegidas, concretizando a concepção de família plural e de filiação fundada no afeto. É a partir desse entendimento, que o princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macrop princípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, III, da Constituição da República), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional. (LÔBO, 2000).

A dignidade humana é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas, que integram a comunidade familiar; mesmo que sejam ainda tão duramente violados na realidade social. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. Não se tratam de direitos e princípios oponíveis apenas ao Estado, mas também à sociedade, à estranhos, e a cada membro da própria família. (LÔBO, 2000).

5. A Imprescritibilidade da Ação Negatória de Paternidade face aos Princípios Constitucionais vigentes

A previsão legal da imprescritibilidade vem de encontro aos princípios constitucionais vigentes, ameaçando totalmente os pilares conquistados durante anos, pelo direito de família. A imprescritibilidade da contestação dá o direito ao pai registral de suspeitar da verdadeira filiação, marcando o triste alvedrio de crianças nascidas de pais despreparados para assunção da paternidade, assim como as mais diferentes formas de angústias e frustrações, colocando amostra toda fragilidade infantil, a decepção de adolescente, a descrença quanto à hipótese de ser feliz.

A não fixação de prazo é absurda e propicia insegurança às relações sociais, não pode ser considerada ilimitada a possibilidade de impugnação de uma relação de paternidade. O mestre, Joao Baptista Villela (1999), demonstra-nos, em sua peça para teatro “art. 1601”, os danos que podem advir da ausência do prazo para as ações negatórias de paternidade.

A imprescritibilidade deve ser suprimida não somente por provocar insegurança às relações familiares, apesar de muitos autores afirmarem que o art. 27, da Lei 8.069/90, dá embasamento ao entendimento de que não há prazo para impugnar a paternidade, pois ali se garante a imprescritibilidade do direito ao reconhecimento do *status* de filiação. Mas, como sabiamente nos ensina o Professor Joao Baptista Villela (1999, p.135), este direito ao reconhecimento do estado de filiação, personalíssimo, indisponível e imprescritível, “*nada rigorosamente nada – tem a ver com os prazos estabelecidos no Código Civil de 1916, em que se quer ver um limite ao exercício da ação negatória. “Os do código são prazos para impugnar uma paternidade já estabelecida, não para estabelecer uma paternidade em favor de quem não a tenha”* VILLELA (1999, p.135). Imprescritível certamente é o reconhecimento da paternidade, que é o direito cabível a quem falte o pai juridicamente estabelecido. Por último, importante ressaltarmos que hoje os exames existentes permitem, com uma precisão de resultados superior a 99,999999999%, a identificação ou a exclusão dos supostos pais. Ocorre que não somente a paternidade biológica é relevante. De acordo com o autor, nem todo o complexo tema da paternidade se pode deixar através de exames de DNA. A paternidade socioafetiva deve também ser considerada e não apenas a biológica.

A contestação da paternidade, por meio do exame do DNA, coloca em risco a valorização da afetividade dos ninhos familiares, abre espaço para a decomposição e desestruturação da família, e contribui em muito para vivermos um mundo cada vez mais desordenado...caótico. Exemplo disso, citamos as crianças e os adolescentes que são filhos do mundo, das ruas, do Estado... Filhos sem pais, sem referências de autoridades, carentes da figura paterna, que somente encontrarão o pai na figura do Juiz, quando ao desafiar a existência de uma ordenação, serão contidos com garras de aço e levados para a casa da lei. (De Barros, 1999).

Aliás, na Constituição da República de 1988, não reside dispositivo legal que privilegie a paternidade genética em detrimento da socioafetiva. Ora, com se pode adequar tal fato ao art. 227 § 6º da Carta Magna que dispõe: “*os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação*”?

Para solidificar ainda mais este pensamento monográfico, far-se-á necessário a exposição das palavras do Professor João Baptista Villela:

Todos os argumentos que militam em favor da prescrição – estabilidade das relações jurídicas, os limites da memória, a segurança, a certeza, etc. – ganham aqui um especial e extremo relevo. Se a uma situação patrimonial modesta e reles já convém beneficiar com os favores da indisputabilidade prescricional, tornando-a preclusa e, portanto, imune a questionamentos, o que não dizer da paternidade, ela própria a encarnação do sólido e do permanente no universo afetivo de cada um? Pai é o contraponto da fragilidade e da insegurança em que está irremediavelmente imersa a criança em seus medos e desvalias. Pai é ainda o porto aonde acorrem os adultos nas crises que o destino lhes propõe e de que nenhuma alma esta está livre.(...) A que estamos condenado – as nossas crianças – se elas sabem ou, pior ainda, desconfiam que seu pai de hoje pode não ser o de amanhã? (VILLELA, 1999, p.138).

Mas a carência paterna não é exclusivamente das famílias socialmente desamparadas, pode ser fruto da dissolução de uma sociedade conjugal e também do reconhecimento de uma nova paternidade. Aquele que se dedicou a seus filhos por toda uma vida, de repente se depara com o fato de que algum deles, não é seu biologicamente, este então será afastado do filho, não terá sido seu pai, sua função não será reconhecida, pois não foi seu, o espermatozoide, responsável por aquela vida. Nestes casos, o filho é afastado do convívio paterno, começa a apresentar problemas na escola, foge de casa, inventa mentiras e idealiza histórias sobre o pai, tais como dizer que ele vive viajando e que não pode viver com ele e sobretudo seu nome será retirado da certidão do “filho”. Nesses litígios, a afetividade se apresenta pelo avesso, é apresentada à criança várias versões paternas, onde a criança terá de lidar com os diversos nomes do pai e adequá-los aos seus anseios e necessidades, provocando assim uma carência paterna. (De Barros, 1999).

Que critérios poderiam justificar a imprescritibilidade da ação em estudo pela característica da imprescritibilidade das ações de Estado? Não está o direito à historicidade do filho sendo usado como fundamento para a ação do pai? “*Essa linha de interpretação, equivocada, faz com que um direito personalíssimo do filho redunde em sujeitá-lo, durante toda a vida do pai, à possibilidade de ter sua condição de filho impugnada!*” (ROCHA, 2002, p.36).

A repentina ausência de laço afetivo, entre pais e filhos, não pode ser capaz de desconstituir a paternidade. Onde se pode vislumbrar a dignidade da pessoa, dignidade desta criança/adolescente/adulto que depois de longa data sendo criada, educada, cuidada e amada, vê-se rejeitada, tendo sua filiação negada?

A imprescritibilidade possibilita a discriminação dos filhos matrimoniais em relações aos não-matrimoniais e adotivos, pois quanto a estes últimos a paternidade não poderá ser impugnada.

No limiar desse novo século, ainda que tenhamos vivenciado avanços importantes pela “constitucionalização” do direito de família, o Código Civil de 2002 demonstra que está alheio às transformações atuais. Todavia, a realidade é mais desafiante, há um horizonte repleto de questionamentos, um repensar da pessoa e do seu bem-estar, para que possamos reconhecer na família, o refúgio do afeto, a vida sob a comunhão da afetividade e não apenas de laços formais.

No IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Luiz Felipe Brasil Santos ilustrou o tema da “Contestação de Paternidade” [...], enfatizando a possibilidade aberta pelo art. 1601, *caput*, do Código Civil, de, a qualquer momento, poder ser desconstituído um vínculo paterno-filial, fortemente marcado pela relações socioafetivas. A alteração, ora exposta, colide com a moderna visão do fenômeno da parentalidade, atentando, ademais, contra a necessária estabili-

dade das relações familiares. Propôs por tais razões, a inserção de um parágrafo a este artigo, que impossibilite a desconstituição do vínculo de filiação quando caracterizada a posse do estado de filho, nos seguintes termos:

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 1601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação **imprescritível**. **Parágrafo único.** Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação. (Novo Código Civil Brasileiro, 2002)

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 1601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação **imprescritível**.

§ 1º Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação. § 2º Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho.

CONCLUSÃO

Essas mudanças do novo século, bem como a verdade biológica, não foram capazes de provar a determinação da verdadeira

paternidade. Fato é, que o direito brasileiro não nos oferece uma resposta para solucionar essa questão. Portanto, os juristas e doutrinadores guiados pela Constituição da República, devem acolher o conceito de “posse de estado de filho” como uma alternativa capaz de produzir efeitos mais benéficos às partes envolvidas neste tipo de conflito, preservando-se principalmente a criança, que é o bem maior a se resguardar.

É notório que a imprescritibilidade fere alguns princípios constitucionais, e que, com a não fixação de um prazo definido, abre-se margem à insegurança nas relações sociais.

Assim, alguns pilares encontram-se ameaçados por uma norma sem princípios e valores éticos que se transmuda na frieza das sentenças proferidas e embasadas por um simples laudo pericial.

No limiar desse novo século, ainda que tenhamos vivenciado avanços importantes pela “constitucionalização” do direito de família, o Código Civil de 2002 demonstra que está alheio às transformações atuais. Todavia, a realidade é mais desafiante, há um horizonte repleto de questionamentos, um repensar da pessoa e do seu bem-estar, para que possamos reconhecer na família, o refúgio do afeto, a vida sob a comunhão da afetividade e não apenas de laços formais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Estudo comparativo com o código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. Prefácio do professor Miguel Reale. Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BRITO, Nágila Maria Sales. Presunção de paternidade no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso de Direito de Família - IBDFAM, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996.
- DE BARROS, Fernanda Otoni de Barros. Um pai digno de ser amado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- DE OLIVEIRA, Raquel Martins. A consanguinidade e a afetividade na determinação da paternidade. **Canal do Direito**. Disponível em www.canaldedireito.com.br/doutrina/civil. Acesso em 20 de maio de 2003.
- DINIZ, Maria Helena. Direito de Família. 18ª edição, volume V. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.), Direito de família e o novo código civil. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 5ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil: Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MONTEIRO, Washington De Barros. Curso de Direito Civil. 36ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A Filiação Que Se Constrói: O Reconhecimento do Afeto Como Valor Jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas considerações sobre a nova adoção. Revista dos Tribunais, n.º 682, agosto de 1992, p.65.
- PEREIRA, Caio Mário Da Silva. Instituições de direito civil: Direito de Família. 12ª edição. Volume V. Rio de Janeiro: forense, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: Direito de Família. 13ª edição. Volume V. Rio de Janeiro: forense, 2002.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. 1ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável. 6ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. A relação jurídica da paternidade com as novas técnicas de inseminação artificial. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais.
- RELATÓRIO-GERAL. Comissão Especial do Código Civil. Parecer Final às Emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984, que institui o Código Civil. Relator-Geral: Deputado Ricardo Fiuza.
- ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. Prazo para impugnar a paternidade. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n.º 13, p.36, abr/jun/2002.
- RODRIGUES, SÍLVIO. Direito Civil: Direito de Família. 23ª edição. Volume VI. São Paulo: Saraiva, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Direito de Família Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre Filiações Biológica e Socioafetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. 3ª edição. Volume 6. São Paulo: Atlas, 2003.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista Forense. Rio de Janeiro, jul./set 1980, n.º 71, p.45-51.
- VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades & superstições. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, jul./set 1999, n.º 2, p.135.