

A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

*Tânia Nicelia Izelli**

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais, 2. Ação Negatória de Paternidade, 3. Art. 1.601, do Código Civil, 4. Princípios Atinentes ao Reconhecimento e Negatória de Paternidade, 5. Conclusão, 6. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se o pai registral, por força da aparente estabilidade do relacionamento que mantinha com a mãe biológica, cônjuge ou companheira, supõe que o filho gerado por esta última é seu, e, nesta contingência, o registra em seu nome, poderá, pugnar pela respectiva anulação do assento, desde que cientificamente comprovado não ser ele o verdadeiro pai do rebento.

Existe expresse comando legal que admite a investigação irrestrita do estado de filiação. Este está previsto no art. 27, da Lei 8.069/90, sendo ainda de gizar que o art. 8º, da Lei 8.560/92, estabelece que os registros anteriores à data de sua vigência poderão ser retificados por decisão judicial.

Por sua vez, o art. 27, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever a imprescritibilidade do direito ao “reconhecimento do estado de filiação”, teria revogado os prazos para a propositura de ações que visem a impugnar a paternidade?

A regra impositiva de prazo decadencial, prevista no art. 178, § 3º do Código Civil de 1916, teve a sua utilidade no contexto em que foi inserido na lex.

Limitava-se, à época, as hipóteses de contestação de paternidade apenas aquelas previstas no art. 340,1 e, portanto, o prazo de dois meses era suficiente, pois, inexistindo coabitação do pai com a mãe ou mesmo caracterizada a impossibilidade absoluta de procriação por parte do marido –

* Pós-graduada do Curso de Pós-graduação em Direito Civil (Família e Sucessões) e Processual Civil do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Advogada na comarca de Maringá-PR. Membro do Projeto de Pesquisa “O Direito de Família como elemento harmonizador das relações familiares e do acesso à justiça”..

impotência *generandi* – desnecessário seria maior prazo para a iniciativa judicial.

O afastamento das regras prescritivas do art. 178, § 3º, do Código Civil de 1916, foram derogadas ante as regras contidas na Constituição Federal de 1988 sobre filiação, inclusive para possibilitar a negatória de paternidade, promovida pelo pai registral.

O referido entendimento terminou por ser inserido no art. 1.601 do novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que assim dispõe:

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

Tem-se assim, que o novo Código Civil, em vez de fixar prazo para o marido exercer o direito de impugnar a paternidade dos filhos matrimoniais, declarou ser imprescritível a ação, tornando o direito de impugnação, se não eterno, a menos, vitalício.

2. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

A ação negatória de paternidade, como a investigatória, são, ambas, demandas que vêm de encontro aos melhores interesses do menor, visto que lhes determinarão, em cada uma de suas oportunidades, a verdadeira identificação parental do infante.

Hoje, com os modernos avanços científicos notados na área de identificação de paternidade, deparamos-nos com a possibilidade de convivência entre as pessoas, com a prática regular de relações sexuais e plena capacidade procriativa; mesmo assim, a possibilidade de inexistência de paternidade anteriormente firmada é indubitosa. E os modernos métodos de identificação anteriormente firmada é indubitosa. E os modernos métodos de identificação referidos são capazes de esclarecer todas as dúvidas.

No entanto, tem-se de entender que, em que pese a segurança dos meios, há de se considerar como impraticável o prazo contido na lei, vez que necessária a maturação da idéia, com a arrecadação e conferência de provas ou indícios, até a concretização do ato de postular judicialmente a busca da verdade.

E, é irrefutável a realidade de que a persistência da dúvida quanto à paternidade, estabelecida em quaisquer circunstâncias, não deve interessar a nenhum dos integrantes diretos ou indiretos da relação, nem a própria sociedade, e muito menos ao direito. E a dúvida restará, se adotada a norma

decadencial referida, por força da interpretação puramente literal que se venha emprestar à mesma.

O entendimento que vigora, é que a busca deve ser sempre da verdade real, absoluta, capaz de emergir como definidora das lides e determinante da localização do Direito. Não se pode perder de vista a construção silogística emanada de Eduardo de Oliveira Leite em *Grandes Temas da Atualidade*, ao examinar ato administrativo emanado da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul e, segundo a qual, "A verdade da razão aliada à verdade dos fatos conduz, necessariamente, à verdade da Justiça"¹.

2.1. Prazo para Negar a Paternidade dos Filhos Matrimoniais

A impugnação da paternidade dos filhos matrimoniais, de acordo com o Código Civil de 1916, cabia privativamente ao marido (art. 344). O prazo para o exercício da ação era de 2 meses, contados do nascimento, se o marido estivesse presente (art. 178, § 30), ou de 3 meses, se o marido estivesse ausente do lar ou se lhe for ocultado o nascimento, contados, respectivamente, do dia de seu retorno ou do que tomou conhecimento do fato (art. 178, § 40, I).

O novo Código Civil, em vez de fixar prazo para o marido exercer o direito de impugnar a paternidade dos filhos matrimoniais, declarou ser imprescritível a ação, tornando o direito de impugnação, se não, eterno, ao menos, vitalício (art. 1.601).

2.2. Prazo para Anular o Reconhecimento da Paternidade dos Filhos Não Matrimoniais

A impugnação da paternidade de filhos não-matrimoniais, reconhecidos voluntariamente, faz-se mediante ação de anulação de reconhecimento da paternidade.

Caio Mário da Silva Pereira ensina haver "infindável polêmica" sobre a natureza jurídica do reconhecimento voluntário de paternidade. Entende ser "'ato jurídico' que não é negócio jurídico, porque os seus efeitos são determinados em lei". O reconhecimento voluntário é irrevogável (art. 10, da Lei nº 8.560). É, no entanto, anulável, como qualquer manifestação de vontade, pela ocorrência de causas enumeradas legalmente.

A ação de anulação por qualquer dos vícios de consentimento, a falta

¹ LEITE, E. de O. *Op. cito* p. 18.

de previsão legal específica, fica sujeita ao prazo de 4 anos, conforme o art. 178, § 9º, inciso V, alíneas a e b, do Código Civil de 1916.

o direito de obter a declaração de nulidade absoluta não se sujeita a prazos, nem o de ter declarada a inexistência do ato, para os que admitem a autonomia desta categoria.

Essa situação não foi alterada com a vigência do novo Código Civil, a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário é proclamada em dois artigos: no art. 1.609, caput e no art. 1.610.

Não foi estabelecido, mais uma vez, qualquer prazo de impugnação específico. O art. 178, do novo Código Civil, mantém o de 4 anos para a anulação do ato por vício de consentimento. Não haverá, como não há, qualquer limite temporal para requerer a declaração de nulidade absoluta.

3. ART. 1.601 DO CÓDIGO CIVIL

A imprescritibilidade da Ação de Contestação de Paternidade, é a mais importante e a mais polêmica novidade contida no novo Código Civil, que em seu art. 1.601, assim dispõe:

Art. 1.601 . 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 tem direito de prosseguir na ação.

Em seu texto original, o presente dispositivo, original, correspondia a dois artigos, 1.610 e 1.611, que respectivamente dispunham:

Art. 1.610. Cabe ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher.

§ 1º. Decairá desse direito o marido que, presente a época do nascimento, não contestar, dentro de dois meses, a filiação.

§ 2º. Se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, o prazo para repúdio será de três meses, contado do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo.

Art. 1.611. Contestada a filiação, na forma do artigo precedente, passa aos herdeiros do marido o direito de tornar eficaz a contestação.

Ainda, no Senado Federal, foi acrescentado um parágrafo ao art. 1.610 e transformado o art. 1.611 em parágrafo do 1.610, passando a redação ser a seguinte:

Art. 1.610. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher.

§JD. Decairá do direito o marido que, presente à época do nascimento, não contestar a filiação no prazo de sessenta dias

§2º .*Se o marido se achava ausente ou lhe ocultaram o nascimento, o prazo para repúdio será de noventa dias, contado do dia de sua volta ao lar conjugal, no primeiro caso, e do conhecimento do fato, no segundo.*

§3º.*Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.*

Em seu retomo à Câmara, o projeto inicial foi reformulado, tornando a ação negatória de paternidade imprescritível , defendida pôr seu relator parcial, Deputado Antônio Carlos Biscaia que assim se posicionou:

As inovações constitucionais sobre o reconhecimento da filiação têm como suporte a busca da verdade real, motivando o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da imprescritibilidade das ações relativas à filiação, incluindo nestas a negatória de paternidade.

Esse entendimento deixa crer que estariam revogados os dispositivos legais onde os prazos para o exercício desses direitos estavam estabelecidos. E, em se tratando a filiação, assim como no direito em que se enquadra, Direito de Família, de ordem pública, não deve comportar situações fictícias, salvo na hipótese de adoção.

A esse respeito, ainda sobre a égide da legislação anterior, o STF editou a Súmula 149, que assim preleciona: "é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o de petição de herança. Se imprescritível a investigação de paternidade, também o é a negatória".

O novo Código Civil teve suas relevantes modificações, baseadas nas inovações constitucionais sobre as relações de família, onde se busca a verdade real e não mais as relações fictícias.

O Código Civil de 1916, em seus arts. 340 e 178, §4º, estabelecia regras limitativas à contestação da paternidade dos filhos pelo marido, no que se refere às causa dessa contestação e também no que dizia ao prazo prescricional, que era extremamente exíguo, de dois a três meses.

A presunção *pater is est* contida no sistema, mostrava-se rigorosa, pois se o casal vivesse sob o mesmo teto e o marido não se achasse fisicamente impossibilitado de manter relacionamento sexual com sua mulher, não teria como ilidi-la, mesmo provocando seu adultério.

Na legislação em vigor, a presunção legal da paternidade foi excluída e todas as limitações à contestação da paternidade foram suprimidas, além de declarar imprescritível a ação negatória, levando-se em conta o desenvolvimento da ciência e a possibilidade de se apurar o "pai biológico", com a desejada certeza científica, em razão da evolução dos exames hematológicos.

O art. 1.601 trouxe significativa mudança, ao trazer a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade. Porém, continua

limitando-a ao marido, apesar de ter sido retirada a expressão "privativamente", contida no art. 344, do Código Civil de 1916.

Tal inovação legislativa servirá para por fim ao grave dissídio jurisprudencial existente acerca do prazo para a interposição de tal ação. Por outro lado, não pode ser considerada ilimitada a possibilidade de que uma relação de paternidade seja livremente impugnada, a qualquer tempo, porque não incluiu o legislador, norma possibilitando que uma terceira pessoa, alegando interesse, venha a postular a anulação de uma relação de paternidade já estabelecida, contra a vontade expressa das pessoas que desfrutam dessa relação.

Diante do disposto na Lei, um filho pode ter sua paternidade contestada depois de muitos anos de convivência, gerando grande insegurança nas relações familiares.

João Baptista Villela bem retratou o perigo da disposição, em uma magnífica peça teatral que fez para o III Congresso Brasileiro de Direito de Família, onde foi muito bem representado pela Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, intitulada o art. 1.601 do Código Civil.

3.1. Sugestão de Alteração do Art. 1.601

No IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte - MG, no período de 24 a 27 de setembro de 2003, serviu como importante catalisador das principais questões na área do Direito de Família, algumas delas surgidas com o Código Civil Brasileiro.

Os três dias de discussões culminaram na realização da Mesa de Encerramento. Com a participação do assessor parlamentar Mário Delgado, foram apresentados os principais pontos que ainda merecem ser modificados no CCB. Divididos em sete eixos, os pontos serão objeto de discussão no IBDFAM, para depois serem apresentados no Congresso Nacional.

Na ocasião, foi proposto a inserção de um parágrafo ao artigo 1.601, do Código Civil, que impossibilite a desconstituição do vínculo de filiação quando caracterizada a posse do estado de filho, nos seguintes termos:

REDAÇÃO ATUAL: "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. "

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

Parágrafo r. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Parágrafo 2º. Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho. "

4. PRINCÍPIOS ATINENTES AO RECONHECIMENTO E NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

A ordem jurídica pátria é formada por um conjunto de normas que respeita uma ordem hierárquica, formando o que se pode chamar de uma pirâmide jurídica. Assim, sendo, as normas inferiores devem buscar validade nas normas a elas superiores e, deste modo, sucessivamente. Tendo-se em vista tal estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, sabe-se que, havendo conflito interno de normas, prevalecerá a hierarquicamente superior.

Ocupando o topo de tal pirâmide está a Constituição Federal, cujo conteúdo deve ser observado por todas as outras normas existentes no ordenamento jurídico, sob pena de retirar-lhe a validade.

A Constituição Federal é considerada como lei fundamental do Estado, pois as disposições não se caracterizam por serem meras recomendações, mas sim, verdadeiros comandos que devem ser observados tanto pelo legislador quanto pelo aplicador do direito.

No entanto, mesmo dentro da própria Constituição existem normas mais importantes e outras, menos importantes, já que algumas revelam simples regras enquanto outras vinculam verdadeiros princípios.

O termo princípio (do latim *principium, principii*) significa começo, origem, base e, de modo geral, é entendido como fundamento de um processo, qualquer que seja ele.

Os princípios jurídicos por sua vez, são os que fundamentam toda ordem jurídica de um estado, mormente quando se está diante de um estado Democrático de Direito, como é o Brasil.

Assim, princípio jurídico, nas palavras de Carraza, pode ser considerado como:

{...} um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam².

De modo geral, os princípios são normas. São, entretanto, normas mais genéricas sem contraposição as regras, que são mais específicas. Havendo conflitos de regras, uma é suprimida segundo os critérios hierárquicos, acima mencionados. Da colisão de princípios, por outro lado,

² CARRAZA, A.R. *Curso de Direito constitucional tributário*, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.33.

não há a supressão do princípio que venha a ser preterido. Na verdade, os princípios devem ser ponderados, não impondo resultados predeterminados.

4.1 Princípio da Segurança Jurídica

O Princípio da Segurança Jurídica possui conexão direta com os direitos fundamentais, e ligação com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como, a irretroatividade da lei, o devido processo legal, o direito adquirido, entre outros.

Podemos afirmar que o Princípio da Segurança Jurídica, atualmente, reveste-se de suma importância no atual contexto social do nosso país, já que segundo ele a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A segurança jurídica depende da aplicação, ou melhor, da obrigatoriedade do Direito. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.

Acerca dos elementos que dão efetividade ao princípio, temos que a segurança jurídica é assegurada pelos princípios seguintes: irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito, outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral, ficção do conhecimento obrigatório da lei, prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas, declarações de direitos e garantias individuais, justiça social, devido processo legal, independência do poder judiciário, vedação de Tribunais de Exceção, vedação de julgamentos parciais, etc.

O princípio da segurança jurídica possui dependência com direitos e garantias fundamentais da nossa Carta Magna, sendo estas os institutos que lhe darão maior efetividade.

No direito de família, o respeito ao princípio da segurança jurídica é de inegável importância, especialmente no tocante ao vínculo de filiação, pois este se relaciona com a própria vida das partes.

O art. 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente, primando pelo interesse do menor, considera a adoção irrevogável. Tal regra visa que, uma vez constituída a filiação, o vínculo seja, por conveniência unilateral, posteriormente dissolvido. Essa situação demonstra a necessidade da segurança jurídica nas relações de filiação.

No entanto, se alguém for inscrito, de forma irregular, como filho verdadeiro, nada impede que, passados muitos anos, e até mesmo décadas, o

suposto pai busque no judiciário a dissolução do vínculo de filiação através de ação negatória de paternidade.

Isto significa que, enquanto a relação de filiação for benéfica aos pais, estes poderão aceitá-la. Entretanto, havendo interesse, geralmente patrimoniais, no sentido da dissolução da relação, o pai poderá socorrer-se no poder judiciário para que haja tal dissolução do vínculo de filiação.

Assim, entre pais e filhos, até que os primeiros morram, não haverá certeza jurídica do vínculo de filiação existente, pois, a qualquer momento, tendo em vista o comando normativo de imprescritibilidade das ações negatórias de paternidade, o mesmo poderá ser questionado.

Desta forma, não haverá qualquer certeza jurídica quanto à filiação, passando os interesses particulares a regerem a dissolução do vínculo de filiação, quando este se tornar mais benéfico.

Por tal razão, a norma contida no art. 1.601, do novo Código Civil, que determina a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade, pode ser considerada contrária aos interesses acolhidos na Lei maior.

4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é expressamente considerada, no art. 1º, m, da Constituição Federal, como fundamento da República Federativa do Brasil.

O desrespeito ao princípio da dignidade humana ofende frontalmente os interesses acolhidos pela Carta Magna, e é tido como indispensável aos cidadãos de um Estado Democrático de Direito.

A imprescritibilidade da ação negatória da paternidade dos filhos matrimoniais, adotada pelo novo Código Civil, atinge o direito à personalidade, pois o estado de filiação é o rumo de toda uma vida. É direito personalíssimo porque liga-se umbilicalmente à personalidade de cada um e porque não é suscetível de transmissão ou renúncia.

O estado de filiação é a ancora da história de vida de cada um. Não é justo admitir-se que o vínculo de filiação possa ser sempre contestado, pois seria o mesmo que possibilitar que a qualquer momento a história de uma pessoa seja contestada.

É sabido que a história de uma pessoa estrutura-se ao redor de seu nome e sua filiação. Os documentos, o histórico escolar, as amizades, as relações profissionais, a condição social, tudo isso é relacionado diretamente ao vínculo de filiação.

Assim, permitir que o vínculo possa ser a qualquer tempo contestado, prestigiando os interesses patrimoniais em detrimento dos sócios-afetivos, é afastar o princípio da dignidade humana, optando-se pelo

"ter" ao invés do "ser".

Não se pode admitir que se opte pelo formalismo das regras jurídicas em detrimento da dignidade da pessoa humana. É preciso que o legislador, o intérprete e o aplicador de direito, no exercício de ponderação dos princípios constitucionais, tenham em consideração as exigências prático-sociais e a harmonia de todo um sistema.

A certeza trazida através de provas científicas como o exame de DNA, não podem ser suficientes na busca de resultados satisfatórios na esfera do Direito de Família. É necessário que o aplicador do direito tenha em mente os ideais de justiça, ética e amor, fatores que, de modo algum, afastam-se das relações de família.

No tocante ao vínculo de filiação, ainda maior deve ser o cuidado para que não se aplique o direito puramente, tirando-se desse qualquer conteúdo social. A filiação é a origem de um ser humano e a possibilidade de sua contestação, a qualquer tempo, é a retirada dessa origem, razão pela qual ofende, sem dúvida a dignidade do contestado.

5. CONCLUSÃO

De acordo com o definido no Código Civil de 1916, a família representa o grupo formado pelos pais e filhos, unida entre si pelo matrimônio, pela filiação e pela adoção, incluídos os pais, filhos, avós, sogros, tios etc.

Hoje, com base na Constituição Federal de 1988 e o novo Código Civil, a família se abre para configurar-se num abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano, lar onde se sobressaem a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor.

A Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, e o Código Civil de 2002, modernizaram, socializaram e humanizaram o Direito de Família, pois todos os filhos são legítimos, independentemente da origem; adotado, incestuoso, artificial, laboratorial, entre outras designações, podendo investigar ou contestar a paternidade biológica.

Em razão dessas mudanças, transformaram-se também, os modos de relacionamento familiar. O pai, antes um ditador autocrata da célula familiar, que fazia preponderar a sua vontade sobre o desejo de todos os componentes, passou a ser mais um membro da família.

Passou-se a falar no direito ao pai, através de uma redescoberta do conceito de paternidade.

O art. 227 da Carta Magna estabelece ser Direito Fundamental da criança o direito à convivência familiar.

A evolução das ciências e as contradições trazidas pelo fantástico desenvolvimento tecnológico foram, paulatinamente, reduzindo o papel da presunção da paternidade legítima que, juntamente com a procura da paternidade de natural, cederam espaço maior ao poder inquestionável das provas científicas da filiação biológica.

A possibilidade de identificação da verdade genética alcançou um altíssimo grau de certeza por meio dos chamados exames de DNA, o que ocasionou uma reviravolta nos vínculo de filiação, desencadeado uma corrida na busca da verdade real, em substituição à verdade jurídica, definida muitas vezes por presunções legais.

No entanto, a confirmação biológica da paternidade, através de provas científicas como o exame de DNA, imposta contra a vontade do pai, não se consegue, por si só, criar um sentimento de afeto entre o mesmo para com seu filho, mas sim, cria-se uma obrigação de ordem pessoal (dar o nome) ou material (pagar alimentos). E, na realidade, para as crianças, o que realmente importa não é a pensão que seu pai esta sendo obrigado a pagar para prover seu sustento. Para elas, o importante é o carinho, o amor, o companheirismo, enfim, a relação afetiva de pai e filho.

Com destreza e sabedoria, Eduardo de Oliveira Leite³ expõe que:

Com efeito, a análise do direito comparado nos indica um rumo inegável nestas matérias; embora a verdade biológica seja invocada como ponto de partida, as reformas consideraram, igualmente, a verdade sócio - afetiva, porque a verdadeira paternidade, 'pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também 'e aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

O exagerado apego ao elemento biológico, e a iniquidade que se gerou, levou o constituinte de 1988 a encarar o problema sob novo ângulo, talvez menos jurídico, ou menos vinculado ao exacerbado legalismo, mas bem mais próximo à realidade sócio-afetiva.

A mudança de paradigmas da família reflete-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação sócio-afetiva, posse do estado de filho.

E também, redireciona a função tradicional da presunção *pater is est*. Sua função deixa de ser a de presumir a legitimidade do filho, em razão da origem matrimonial, para se presumir a paternidade em razão do estado de filiação, independentemente de sua origem ou concepção. Ou como bem

³ LEITE. E. de O. *Op. cito* p. 18.

salientou Fachin⁴:

O direito de ter pai revela, no plano de sua efetivação, uma busca pela verdadeira paternidade. Onde encontra-la? E como defini-la? Na tentativa de localizar essas respostas é possível, por um lado, reconhecer a paternidade na visibilidade das relações entre pai e filho, pois esse liame se constrói; não é apenas um dado. A paternidade se faz (...) ela se constrói no exercício do cotidiana (...) pai também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade.

O Código Civil de 1916, com a finalidade de afirmar a presunção pater is est e tutelar a família legítima, estabeleceu em seu art. 344, a possibilidade do marido, privativamente, o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos na constância do casamento, através da ação negatória de paternidade, sendo o prazo prescricional para esta contestação, de dois a três meses.

O Código Civil vigente optou pela imprescritibilidade da ação negatória, que poderá ser exercida quando o marido, a qualquer tempo, provar não ser o genitor, no sentido biológico.

Apesar da Constituição Federal ter equiparado as condições dos filhos, não mais havendo distinções, permanece um desvalor ao filho matrimonial pelo fato de que a ação negatória de paternidade pode ser, em face dele, proposta por um prazo imprescritível.

E, apesar de a imprescritibilidade da ação de contestação da paternidade, prevista no art. 1.601, do novo Código Civil, não violar a Constituição, a não fixação de prazo para impugnar a paternidade dos filhos matrimoniais pode ser considerada absurda, considerando os danos que, certamente, poderá provocar nas relações sociais.

A não-fixação de prazo para impugnar a paternidade, destoa de outras regras relativas ao estabelecimento do vínculo paterno-filial. Ao deixar de submeter a prazo o direito de o pai impugnar a paternidade dos filhos matrimoniais, discrimina-se estes em relação aos não-matrimoniais e adotivos.

Permitir que a contestação do vínculo da filiação seja imprescritível, prestigiando os interesses patrimoniais em detrimento dos sócio-afetivo, é afastar o princípio da dignidade humana, optando-se pelo ter ao invés do ser.

É preciso também, que seja considerada a importância social e ética da verdade sócio afetiva para se caracterizar as relações de paternidade atuais, sem se ater exclusivamente à verdade biológica, e se chegar ao ponto de ferir a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica de um filho que depois de tantos anos, poderá ver desconstituído seu estado de filiação.

Não se nega o direito de cada um de conhecer a própria ascendência

⁴ FACHIN. L.E. *Op. cit.* p. .26.

biológica, de entrar na posse de sua história de vida. Entretanto, esse conhecimento pode ser feito sem impugnação da paternidade, como ensina João Baptista Villela⁵.

Marco essencial na matéria pela ampla luz que joga no intrincado ponto de intersecção entre o regime jurídico da paternidade e o direito ao conhecimento da ascendência própria pode ser encontrado na decisão do Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1994. Ai, para preservar o direito ao conhecimento da própria ascendência e retomando uma orientação que já se havia manifestado em sua decisão de 31 de janeiro de 1989, acenou o Tribunal ao legislador com a alternativa de que a faculdade fosse garantida "sem efeitos sobre a relação de parentesco". Situou-se, deste modo, de forma lapidar as distintas questões envolvidas: uma coisa é ser pai, outra é ser o ascendente biológico masculino. De tal arte que a busca do procriador pode não coincidir com a busca do pai.

Podemos concluir então, afirmando que, a paternidade voluntária e afetiva é a que realmente se almeja para compor a entidade familiar. Esta paternidade poderá poupar os filhos das tristezas e dores de se não ter o afeto paterno, e das terríveis conseqüências advindas desta falta.

Se é fato que a verdade liberta, também é certo que nem sempre os impactos que ela produz podem ser assimilados rapidamente. Por vezes, esses impactos podem até ser entendidos e aceitos, mas não queridos. E assim acontece com a paternidade, para que ela se estabeleça genuinamente, não basta que um exame comprove inquestionavelmente que um ser carrega em si a carga genética de outro.

A demonstração da verdade biológica é, antes de tudo, um direito que diz respeito ao princípio da dignidade humana, preceito fundamental esculpido na Constituição Federal.

Todavia, não passa a ser pai, no sentido mais profundo da palavra, por causa de uma decisão judicial. Tampouco deixa de sê-lo em razão de uma nova descoberta científica. A autêntica paternidade não se funda na verdade biológica, mas está antes, calçada na verdade afetiva.

E, se a ocorrência dessa dicotomia da paternidade pode causar celeuma entre os operadores do Direito, paradoxalmente, ela, às vezes, parece ter sido superada pela cultura popular, que sabiamente cunhou a máxima: "pai é quem cria".

6. REFERÊNCIAS

BARBOSA E.I. Ao encontro do pai. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 16, p. 57-66, jan./fev./mar., 2003.

⁵ *Apud* ROCHA, T. de C. Prazo para impugnar a paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 13. abr./jun., 2002.p.37.

- BARROS, S.R. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 5-10, jul./set., 2002.
- BITTAR, C.A. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- BOSCARO, M.A. *Direito de filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. Código Civil. *Novo Código Civil Brasileiro*: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 3.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado, 1988.
- CARRAZA, AR. *Curso de direito constitucional tributário*. 17. ed. . São Paulo: Malheiros, 2002.
- DIAS, M.B.; PEREIRA, R. da C. *Direito de família e o novo código civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DINIZ, M.H. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989.
- FACHIN, L.E. *Da Paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FACHIN, L.E. Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IB DFAM , v. 5, n. 17, p. 7-35, abr./mai., 2003.
- FARIAS, C.C. de. Investigação de paternidade - Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 13, p. 85-101, abr./jun., 2002.
- FIDA, O.; Torres de Albuquerque, J.B. *Investigação de Paternidade*. São Paulo, Ed. de Direito, 1997.
- FURTADO, A.M.A de S. Paternidade biológica x paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 13, p. 13-23, abr./jun., 2002.
- GODOY, L. de S. Investigação de paternidade renovada. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 16, p. 67-79, jan./fev./mar., 2003.
- GONÇALVES, C.R. *Principais inovações no código civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- JÚNIOR, M.N. Negatória de paternidade e coisa julgada. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 21, p. 113-159, dez./jan., 2004.
- LEITE, E. de O. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de*

filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LEITE, E. de O. *Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LISBOA, R.S. *Manual elementar de direito civil: Direito de família e das sucessões*. v.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, P.L.N. Filiação - Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 19, p. 133-156, ago./set., 2003.

MONTEIRO, W. de B. *Curso de direito civil: direito de família*, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA FILHO, B.M. de. *Alimentos e a investigação da paternidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OLIVEIRA, J.S. de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, C.M. *Instituições de direito civil*. 13. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Saraiva: 2002.

PEREIRA, C.M. Reconhecimento de paternidade e seus efeitos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROCHA, M.T. de C. Prazo para impugnar a paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 13, p. 24-41, abr./jun., 2002.

RODRIGUES, S. *Direito civil*. 27. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2002.

SZANIA WSKI, E. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VENOZA, S. de S. *Direito civil: direito de família*. 3. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2003.

WETER, B.P. Filiação biológica e socioafetiva: igualdade. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 128-163, jul./set., 2002.

WETER, B.P. *Igualdade entre as filiações socioafetiva*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.