

PATERNIDADE PRESUMIDA

Ivan Oliveira de Sousa¹
Deborah Cristiane Domingues de Brito²

RESUMO

O objetivo deste estudo é propor uma reflexão do tema “Paternidade Presumida” à luz da lei n.º 12.004/09, lei esta que no nosso entender não trouxe nenhuma contribuição ao ordenamento jurídico uma vez que se trata somente de uma “legalização” do entendimento já sumulado do Superior Tribunal de Justiça. A nova lei estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético, popularmente conhecido como Exame de DNA. Entretanto, o juiz só pode determinar a presunção de paternidade, se esta for apreciada em conjunto com o contexto das provas, como elementos que comprovem a existência de um relacionamento entre a mãe da criança e o suposto pai.

Palavras-chave: Presunção de paternidade. Exame de DNA. Investigação de paternidade

¹ Discente do 7º período do Curso de Direito da Unifev - Centro Universitário de Votuporanga

² Docente do Curso de Direito da Unifev - Centro Universitário de Votuporanga

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 12.004/09, que acrescenta um artigo à Lei 8.560/92, foi promulgada com o intuito de gerar a chamada “presunção de paternidade” no caso da recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA. Infelizmente o advento da lei não tornou a presunção absoluta, uma vez que esta só poderá ser decretada pelo juiz se for apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Não se vislumbra a real necessidade da referida lei, vez que a mesma veio somente legalizar o entendimento sumulado, desde 2004, pelo Superior Tribunal de Justiça.

De acordo com o texto legal se entende que de nada vale a palavra da mãe ao afirmar que manteve relações sexuais com o suposto pai. De modo tímido e tacanho, o legislador não trouxe nenhuma contribuição à sociedade, não enxergando que as relações humanas mudaram, e que hoje em dia é comum os casais manterem relações sexuais sem nenhum compromisso, e muitas das vezes sem a devida proteção, ou qualquer uso de métodos anticonceptivos.

Vigora, ainda, em nosso ordenamento a visão machista que a culpa pela tal “gravidez indesejada” é única, e exclusivamente, da mulher. Esquecem nossos nobres legisladores que infelizmente a conta de tais atos será paga pela criança fruto desses encontros amorosos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

Do Brasil colônia até pouco tempo depois da proclamação da independência da República, vigorou em nossas terras as chamadas Ordenações Filipinas, que regulavam, entre outros, os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, bens e suas relações.

As Ordenações Filipinas traziam regras nítidas de distinção entre filhos ilegítimos de nobres e filhos ilegítimos de plebeus. A estes eram, de certa forma, assegurado o direito à herança paterna. As Ordenações não conferiam nenhum direito hereditário aos filhos espúrios, assim considerados os

incestuosos, adulterinos e sacrilégios, mas asseguravam ampla investigação da paternidade para fins alimentares.

Em 1824, é promulgado a Constituição do Império, que trazia em seu bojo a igualdade de todos perante a lei. Mas os estudiosos da época entendiam que o preceito das Ordenações Filipinas não fora revogado por esta Constituição, perdurando a dúvida se o princípio da igualdade alcançava o direito à sucessão, já que havia nítida distinção entre filhos de nobres e peões. Uma vez que os filhos dos nobres, segundo as Ordenações Filipinas só podiam herdar quando legitimados pelo Rei ou pelo Desembargo do Paço (Tribunal criado no reinado de D. João II).

Para acabar com essas dúvidas foi editada, em 2 de setembro de 1847, a lei n.º 463 que estendeu aos filhos dos nobres os mesmos direitos hereditários que as Ordenações Filipinas conferiam aos filhos dos plebeus. Mas somente o filho reconhecido pelo pai através de escritura pública ou testamento era contemplado com o direito à sucessão.

Em 1890, é instituído o casamento civil, e com ele nasce a paternidade natural, promovida pela confissão espontânea ou por escritura pública. Mas segundo os estudiosos da época, tal instituto teve a pretensão de regulamentar a paternidade apenas para situações de impedimento matrimonial. Nesta época, os filhos adulterinos, ou incestuosos não tinham direito à herança.

O Código Civil de 1916 proibia o reconhecimento da paternidade, tanto na forma voluntária, como na judicial, para filhos incestuosos e adulterinos. Porém, permitia a ação de investigação de paternidade movida pelo filho ilegítimo contra o pai ou seus herdeiros. Permissão, essa, que não foi estendida aos chamados filhos espúrios (incestuosos ou adulterinos). Cabendo, as estes, somente o direito de intentar ações de investigação de paternidade para fins de alimentos.

Já em 1977, foi dado o direito a qualquer dos cônjuges, ainda na constância do casamento, de reconhecer o filho havido fora do matrimônio. Sendo exigido que esse reconhecimento fosse feito em testamento cerrado. Permitindo a esse filho o direito a herança.

PATERNIDADE PRESUMIDA

A Constituição Federal de 1988 procurou corrigir as injustiças cometidas aos filhos ilegítimos, determinando em seu artigo 227, parágrafo 6º, a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

2 RECONHECENDO A PATERNIDADE NOS DIAS ATUAIS

O Conceito de paternidade encontra-se dividido entre a questão biológica, jurídica e a socioafetiva.

Ser pai não significa apenas ter vínculos genéticos com a criança, significa, antes de tudo, participar, criar, amparar, amar, educar. Ou, como diria uma famosa propaganda: “Não basta ser pai, tem que participar”.

A lei pressupõe como pai do filho da mulher casada o seu marido. Não admite nem mesmo que a confissão de adultério, pela mulher, seja motivo para ilidir tal presunção. Mas dá o direito imprescritível ao marido de contestar esta paternidade. Tudo isto em nome da preservação da unidade familiar, considerada a base da sociedade.

O reconhecimento da filiação se dá por ato declaratório, estabelecendo vínculo jurídico entre os pais e os filhos. Podendo esse ocorrer, ainda, por iniciativa do próprio filho, através da ação de investigação de paternidade.

A ação de investigação de paternidade visa buscar o reconhecimento da filiação em face ao suposto pai que se recusa em fazê-lo. Diniz (2002, v.5, p.402) esclarece que “nesta ação, bastante difícil é a questão das provas de filiação, porque as relações sexuais são, na maior parte dos casos, impossíveis de serem comprovadas”.

As provas aceitas pelo nosso ordenamento jurídico, neste tipo de ação são:

- a) a posse do estado de filho;
- b) a testemunhal;
- c) o exame prosopográfico;
- d) o exame de sangue;
- e) o exame de DNA

Sendo este último considerado o mais eficaz. Tanto que, devido ao seu reconhecimento no mundo científico, passou a ser imposto como regra, e em caso de recusa do suposto pai a submeter-se a este exame, estará configurada a paternidade presumida.

O reconhecimento judicial ou voluntário do filho havido fora do casamento retroage até o dia do nascimento da criança, estabelecendo parentesco entre filho e seus pais, concedendo o direito ao filho de assistência e alimentos, e equiparar, para efeitos sucessórios os filhos de qualquer natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

José Aparecido da Cruz (2001, p. 34) afirma que: “A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, corrige por inteiro as injustiças cometidas aos filhos ilegítimos de toda ordem.

Infelizmente a opinião expressa pelo nobre jurista se encontra equivocada, uma vez que com a promulgação da nova lei em 2009, vinte e um anos depois do advento da nossa Constituição, constatamos que o direito mais simples, e também mais primordial, dado a um filho, não está assegurado, que é o direito a ter o nome do seu pai anotado em seu registro civil.

Falta o respeito à palavra da mulher, única pessoa presente no momento em que o ato era consumado. Deve-se privilegiar a afirmação desta, e intimar o suposto pai a produzir provas robustas para derrubar a mesma. Deve-se, ainda, atentar que o maior interesse a ser protegido é o do filho, reconhecendo, e fazendo prevalecer, desta forma, o instituto cravado em nossa Constituição.

REFERÊNCIAS

CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro**: teoria, legislação, jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família, 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 5.v.

BRASIL. Lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 jul. 2009. Seção 1, p.3

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. **Comentário à Lei nº 463 de 2 de setembro de 1847 sobre sucessão dos filhos naturais, e sua filiação**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1857.