

Impugnação da Paternidade: Crise e Superação do Sistema Clássico

LUIZ EDSON FACHIN

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor em Direito pela PUC/São Paulo

SUMÁRIO

1. Introdução: estabelecimento da filiação e concepção de família. 2. O modelo latino. 2.1. A impugnação da paternidade segundo o sistema do Código Civil Brasileiro. 2.2. Limites e caracteres do sistema. 3. A presunção "pater is est" e as reformas contemporâneas do direito de filiação. 3.1. Os mecanismos das reformas européias. 3.2. A superação pela via judiciária. 3.3. O princípio da igualdade e o estatuto único da filiação. 4. Algumas palavras finais: os novos horizontes.

1. Introdução: estabelecimento da filiação e concepção de família

O estudo do estabelecimento da filiação através da incidência da presunção "pater is est", a qual atribui ao marido a paternidade de filho tido por mulher com a qual esteja casado, revela-se uma prodigiosa fonte para haurir a essência do sistema legislado, uma vez que as regras que compõem o Direito de filiação demonstram a própria concepção de família embutida no texto legal.

Assim se vê quando se atribui ao casamento a fonte exclusiva da legitimidade dos filhos, expondo-se aí uma noção que privilegia a família fundada no matrimônio, e ao colocar-se obstáculos à derrubada da presunção segundo a qual o marido é o pai dos filhos da mulher casada, nota-se claro favor à manutenção da relação conjugal calcada no casamento que poderia, nessa ótica, ser perturbada pela investigação da verdadeira paternidade; e mais: ao limitar-se a legitimidade ativa para a ação que vise impugnar a paternidade denominada legítima, pela atribuição ao marido da mãe do direito exclusivo de decidir quanto à propositura, apresenta-se, então, uma visão inquestionavelmente patriarcal.

Ademais, ao criar-se um sistema de causas determinadas que permitem em estreitos limites a impugnação da paternidade, espelha-se o "favor legitimitatis" que se dirige a propiciar uma proteção acentuada e especial à paz e à honra da família constituída pelo casamento, a ponto de albergar inaceitável desigualdade entre filhos legítimos e ilegítimos.

Entretanto, outro conceito de família é o que emerge de regras que alteram esses mesmos aspectos básicos do estabelecimento da filiação.

Assim, ao prever-se um certo número de fatos ou circunstâncias que fazem cessar a presunção de paternidade; ao ampliar-se o rol dos legitimados ativos à propositura da ação que vise impugnar a paternidade, e ao abandonar-se o sistema de enumeração taxativa dos casos em que a lei permite a impugnação, revela-se um novo sistema, em muito diferenciado, no qual os interesses dos filhos suplantam o intento de estabelecer, mesmo contra a verdade biológica, uma filiação fictícia. Desse modo, diminui-se o poder marital e são geradas condições razoáveis de convivência harmônica da família. E ainda mais: ao ser adotado um estatuto único da filiação, elimina-se a injustificável discriminação entre filhos em razão de sua origem.

Daí realmente se vê que o estudo dos modos de estabelecimento da filiação, especialmente por via da aplicação da presunção legal da paternidade presumida, pode pôr à mostra a própria noção de família, o que realça a importância de seu exame¹.

2. O modelo latino

O princípio da superior defesa da instituição matrimonial inspirou duas características marcantes dos sistemas latinos codificados a partir do

1 As reflexões constantes deste artigo decorrem de nossa tese de doutoramento defendida em outubro de 1991 perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e que foi recentemente publicada por Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, 184 p., sob o título *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*.

século XIX²; a legitimidade exclusiva do marido para impugnar a paternidade do filho tido pela mulher com a qual contraiu núpcias e a enunciação taxativa do número limitado de fundamentos relevantes para a impugnação.

Filiando-se à orientação do Código napoleônico, o sistema jurídico brasileiro insculpido no Código Civil incorporou, por isso, a regra "pater is est" com tais características³. O Código Civil Brasileiro de 1916 impôs, desse modo, sérias dificuldades ao afastamento da presunção "pater is est", moldando-se à semelhança dos demais sistemas latinos influenciados pelas regras do Código Civil francês de 1804, enfeixando-se num sistema de "causas determinadas".

Esse sistema se mostrou incapaz de corrigir a falta de coincidência entre a paternidade jurídica e a paternidade real, a verdadeira do ponto de vista biológico. Emergiu desse sistema grave questão com dupla face: de uma parte, mesmo contra o interesse do filho e o interesse da mãe, pode subsistir a paternidade, ainda que manifestamente improvável, particularmente diante da inércia do marido, titular da ação e único legitimado ativo para impugnar, em prazos exíguos, a paternidade em circunstâncias previamente enumeradas em lei; de outro lado, diante das imensas limitações (tanto em relação à legitimação ativa quanto às causas em que se faz possível impugnar a paternidade), um filho determinado pode, nesse sistema, ficar sem ter a declaração de quem seja seu pai⁴.

Sabe-se que a normalidade das relações da vida faz indicar, no âmbito do casamento, que o marido (em favor do qual está a presunção de paternidade que elimina a necessidade de qualquer prova dessa mesma paternidade) deve ser o pai biológico dos filhos de sua cônjuge. É por isso que, em essência, a regra "pater is est" se mostra tendente a fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica. Conjugada, contudo, tal regra com mecanismos que impeçam ou dificultem a discussão sobre a verdadeira paternidade, chega-se às vezes, em numerosos casos, a uma paternidade fictícia.

Essa circunstância deriva da idéia de proteção à família matrimonializada, mesmo em sacrifício dos interesses do filho ou da mãe, sustentando-se até mesmo que a "mentira jurídica" podia ser essencial à paz familiar⁵.

2 Sobre esse movimento de codificação que se manifestou a partir de fins do século XVIII, ver CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique*. Paris, Armand Colin, 1972, p. 63.

3 É o que registra BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1938, p. 332; no mesmo sentido, PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1956, p. 260.

4 Para isso chamam vivamente atenção os professores José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, na obra em co-autoria *Direito de Família — Direito Matrimonial* (Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, 504 p.).

5 É o que informa o professor Guilherme de OLIVEIRA, em sua monumental tese *Critério jurídico da paternidade*, Coimbra, p. 60.

Tal critério, ainda que almejasse buscar através da regra "pater is est" a coincidência entre a paternidade jurídica e a biológica, na ocorrência de dúvida entre a verdade da filiação e a suposta paz familiar, sacrifica a primeira em favor da segunda. Confere, por isso, preferência ao que o Professor GUILHERME DE OLIVEIRA denomina de critério "nupcialista da paternidade" e não a uma base "biologista" da paternidade.

2.1. *A impugnação da paternidade segundo o sistema do Código Civil Brasileiro*

O Código Civil Brasileiro autoriza (em seu artigo 340) ao marido da mãe provar que não houve coabitação dentro do período legal da concepção ou que a coabitação, mesmo tendo ocorrido, não foi a causa da gravidez. De acordo com o Código, a impugnação (denominada pelo legislador de "contestação da paternidade") somente pode ser deduzida por ação específica, cabível privativamente ao marido em lapso de tempo exíguo, em duas hipóteses.

A primeira hipótese relaciona-se à prova que ilida a presunção de coabitação. A segunda concerne à impotência ou esterilidade.

Segundo o Código, se os cônjuges estavam legalmente separados durante o período da concepção, poderá impugnar-se a legitimidade do filho; feita essa prova da separação legal (abrandada pela jurisprudência para admitir também, nesse efeito, a separação de fato), afasta-se a presunção de paternidade. No entanto, mesmo separados legalmente, esse motivo não poderá ser alegado para o fim de impugnar a paternidade se os cônjuges "houveram convivido algum dia sob o teto conjugal" (artigo 341).

O que inspira tal idéia é a do "favor legitimitatis" e tem uma extensão que causou perplexidade até mesmo ao autor do projeto do Código Civil, consoante assentou o próprio CLOVIS BEVILÁQUA em seus "Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil".

Por seu turno, os artigos 343 e 346 do Código, ao retirarem da confissão materna e do adultério da mulher com quem o marido vivia sob o mesmo teto, o efeito de possibilitar o afastamento da presunção "pater is est", reforçam a idéia da paternidade impossível, quer pela ausência de coabitação, quer pela impotência absoluta.

2.2. *Limites e caracteres do sistema*

Como se viu, a lei estabelece limites demasiadamente estreitos e taxativos para a derrubada da presunção "pater is est". No tocante à legitimidade ativa, esta somente é conferida ao marido da mãe; uma vez iniciada,

passa aos herdeiros, mas ninguém poderá propô-la se o marido falecer sem a haver ajuizado.

Os prazos para a propositura dessa ação são curtos. Tratam-se de prazos decadenciais, previstos no artigo 178, §§ 3.º e 4.º, inciso I, do Código: se o marido estava presente quando do nascimento, tem dois meses, a contar do nascimento; se ausente, três meses, a contar de sua volta ao lar conjugal, e se lhe ocultaram o nascimento, também o prazo é de três meses, a partir da data em que teve conhecimento do nascimento.

Caracteriza-se, desse modo, tal sistema como indisfarçavelmente patriarcal, tendo o marido poder jurídico sobre todos os filhos nascidos de sua esposa na constância do casamento.

Criando a lei, para a impugnação, um sistema de causas determinadas, somado à legitimidade exclusiva do marido, torna-se notadamente forte a presunção "pater is est", centrando-se num modelo que revela desigualdade entre filhos legítimos e ilegítimos.

Trata-se, pois, de um sistema rígido que reduz a possibilidade de busca da verdadeira paternidade.

Tal rigidez espelhada na presunção legal da paternidade presumida não se manteve em recentes reformas havidas no Direito comparado, atenuando a força da presunção "pater is est".

3. A presunção "pater is est" e as reformas contemporâneas do Direito de filiação

A evolução do Direito de família já provocou significativas transformações nessa matéria, imprimindo um novo tratamento jurídico à presunção de paternidade.

O sentido básico dessas reformas é o de reconhecer situações e instrumentos que afastem o estabelecimento de filiações fictícias⁶ quando a realidade revela a improbabilidade de o marido ser pai do filho tido pela mulher casada. Assim se passa, por exemplo, no atual Direito francês, com a Reforma de 1972; no Direito português, com a Reforma de 1977; no Direito suíço de 1978 e na recente legislação belga.

Os resultados alcançados por essas reformas, afastando os óbices que conduziam à paternidade meramente jurídica, desconforme com a pater-

⁶ Ver, nesse tópico, OLIVEIRA, Guilherme de. Sobre a verdade e a ficção no Direito da Família. *Boletim da Faculdade de Direito*. V. LI. Coimbra, 1975, pp. 271 e ss.

nidade real, já foram suficientes para bem revelar um novo estágio que se põe à reflexão. Esse novo patamar de idéias se revela em situações que exigem mais do que a simples observação do vínculo biológico, dando relevância, então, também à realidade sócio-afetiva que liga um filho a seu pai. Nesses quadrantes, promove-se a recuperação da noção de posse de estado de filho, a qual se mostra de indiscutível utilidade no seio daquelas reformas.

Se nos moldes do sistema clássico, “a paz familiar importava mais ao Direito do que a verdade”, nas contudentes palavras do Professor LUIGI FERRI⁷, a partir dessas mudanças a presunção legal de paternidade presumida passa a assumir um papel mais consentâneo com sua própria natureza e congruente com a busca da verdadeira filiação.

3.1. *Os mecanismos das reformas européias*

Cabe verificar, nesse passo, alguns dos principais recursos utilizados pelas reformas ocorridas em alguns países da Europa para o fim de superação do sistema clássico de estabelecimento da filiação.

Tais recursos foram: a) ampliação do rol das pessoas legitimadas a propor a impugnação; b) abandono do sistema de enumeração taxativa das hipóteses em que a lei permite a impugnação; c) prazos mais elásticos para a propositura da impugnação.

Além disso, nas reformas francesa, portuguesa e belga se faz presente o mecanismo da cessação da presunção “*pater is est*”, que permite não aplicar os efeitos da presunção “*pater is est*” sem ataque direto a essa presunção, consoante registra Edouard VIEUJEAN⁸.

Em verdade, são dois os momentos distintos que podem ser focalizados nessas reformas: o primeiro, no aprimoramento do sistema clássico, cujo resultado é suficiente para chegar-se a um equacionamento razoável da maioria dos problemas surgidos no conflito entre a paternidade jurídica e a paternidade biológica, remodelando-se, dessa forma, a impugnação da paternidade, consoante anota o Professor PIERRE RAYNAUD⁹. O segundo, indo mais distante, capta no estabelecimento da filiação a verdade sócio-afetiva, que se equilibra com a verdade biológica.

⁷ FERRI, Luigi. *Lezioni sulla filiazione*. Bolonha, Pàtron Editore, 1976, p. 86.

⁸ VIEUJEAN, Edouard. L'établissement de la paternité. In: *La filiation et l'adoption*. Editions du Jeune Barreau, Bruxelles, 1988, pp. 47 usque 74; na mesma obra, dois estudos inigualáveis sobre as transformações do Direito de filiação na Bélgica: MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse, *Les lignes de force de la loi et l'établissement de la maternité*, pp. 11-46, e RIGAUX, François, *Une politique de la filiation*, pp. 303-344.

⁹ RAYNAUD, Pierre. *Droit civil des personnes et de la famille — La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation et la jurisprudence*. Les Cours de Droit, Paris V.

Deve ser registrado que mesmo no âmbito dessas reformas, que em muito avançaram em matéria de filiação rumo à igualdade, é indiscutível a atualidade da presunção "pater is est", que opera (nas palavras de HEGNAUER) como resíduo diferenciador entre a situação dos filhos tido dentro e fora dele¹⁰.

3.2. A superação pela via judiciária

No Brasil, que não teve ainda a reforma legislativa no Direito de filiação, a superação da crise gerada pelo sistema clássico se deu, em face dos casos concretos, pelos pronunciamentos do Poder Judiciário.

Progressivamente, começou a se formar no âmbito da jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal um conjunto de decisões que representa um notável passo no sentido de superar a regidez do sistema posto no Código Civil brasileiro.

Esse processo, através do qual o julgador teve a sensibilidade de dar aos casos concretos soluções adequadas, revela um compromisso com valores diversos daqueles recepcionados pelo sistema do Código Civil Brasileiro. O Judiciário abriu a via da investigação da verdadeira paternidade diante de situações para as quais a lei fechava as portas.

Enquanto o Código Civil se colocou na defesa superior da família matrimonializada e da autoridade do marido, a jurisprudência rompeu com esse sistema de promoção jurídica da não-paternidade, congruente com os princípios que informaram tanto as reformas do Direito comparado quanto a nova Constituição Federal brasileira que eliminou as desigualdades entre as diversas espécies de filiação.

3.3. O princípio da igualdade e o estatuto único da filiação

A família e a filiação, diante da nova Constituição Federal brasileira, receberam tratamento coerente com a direção do legislador moderno. Isso se vê com a adoção do estatuto unitário da filiação, prevendo (artigo 227, § 6.º da Constituição brasileira) que os filhos havidos ou não da relação do casamento terão os mesmos direitos, proibidas designações discriminatórias.

Promoveu-se também a dissociação entre o casamento e a legitimidade dos filhos, como também se passou com a reforma francesa¹¹, até porque,

10 HEGNAUER, Cyril. *Droit suisse de la filiation*. Berne, Staempfli, 1978, 181 p.

11 GAUDEMONT-TALLON, Hélène. De quelques paradoxes en matière de droit de la famille. *Rev. trim. dr. civ.*, n. 4, out./dez., 1981, p. 743.

conforme assevera o Professor MASSIMO BIANCA, a relação de filiação deriva do fato natural da procriação e prescinde da relação matrimonial entre os genitores¹².

A nova Constituição também rompe com o caráter patriarcal antes evidenciado pela chefia unicentrada da sociedade conjugal, somente atribuída ao marido, e agora afastada pelo princípio da igualdade entre os cônjuges (artigo 226, § 5.º).

A partir de 5 de outubro de 1988, em suma, nota-se que o legislador constitucional chamou para si a tarefa de estabelecer as linhas mestras do sistema jurídico atinente à filiação, perdendo o Código Civil o papel de lei fundamental diante das regras agora constitucionalizadas.

Ressente-se o País, no entanto, de necessário movimento legislativo que possa organizar, no plano ordinário, um novo sistema de filiação, captando os avanços já incorporados pela jurisprudência que hoje se expressa na mesma direção através do Superior Tribunal de Justiça.

4. *Algumas palavras finais: os novos horizontes*

Com a adoção do estatuto único da filiação, não tem mais sentido identificar a presunção de paternidade com a presunção de legitimidade, até porque resta vedada qualquer designação discriminatória.

Nada obstante, se mantém, e com inteira razão, a presunção legal da paternidade presumida, posto que ainda se distinguem os filhos havidos dentro do casamento e os tidos fora dele, diversidade essa cuja manutenção diferenciadora se faz até mesmo no interesse do filho em conhecer a sua verdadeira paternidade.

O Direito de filiação contemporâneo está a mostrar uma instigante realidade: de um lado, como a relação envolve sempre e necessariamente um considerável número de pessoas, é preciso refletir, no equacionamento dos problemas que se apresentam diante das regras jurídicas que cuidam do estabelecimento da paternidade, sobre aquilo que nos fala o Professor FRANÇOIS RIGAUX: o método da ponderação dos interesses (*balancing test*), para formar um juízo de equilíbrio entre todos os interesses envolvidos.

De outra parte, esses novos horizontes iluminam uma significativa afirmação da Professora M.-Th. MEULDERS-KLEIN: precisamos reaprender o sentido de "vivre ensemble".

¹² BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. V. 2, item 28. Milão, Giuffrè, 1981, p. 207.