

# FILHOS – EVOLUÇÃO ATÉ A PLENA IGUALDADE JURÍDICA

MAFALDA LUCCHESI<sup>1</sup>

O Direito Civil Constitucional importa uma interpretação simbólica em que estes dois ramos se integram em benefício do Estado e da população. Disso resulta uma metodologia de interpretação dessa nova composição jurídica que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição e, por vezes, também os mecanismos constitucionais a partir da legislação infraconstitucional, o que permite o revigoramento das instituições de Direito Civil. O Direito de Família é um dos ramos em que mais se percebe a constitucionalização do Direito Civil, exigindo toda e qualquer norma inerente ao Direito de Família a presença de fundamento de validade constitucional.

Conforme prelecionam os Professores Cristiano Alves de Farias e Nelson Rosenvald, em **Direito Civil – Teoria Geral**, 6ª. Edição, Editora Lumen Juris, p. 25:

*“A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais), integrados pela Constituição, define-se como Direito Civil Constitucional (ou **Direito Civil constitucionalizado**)”.*

O Direito Civil afastou-se da concepção individualista, que reconhecia a necessidade de afirmar valores individualistas, permitindo o acesso a bens de consumo, tendo a legislação privada claro aspecto patrimonialista, tradicional e conservador da época das codificações do século passado, e, desta forma, se constitucionalizou.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 1ª. Vara de Família de Duque de Caxias.

Três são os princípios básicos do Direito Civil Constitucional, consoante lições do Prof.ºr. Gustavo Tepedino, citado pelo também Prof.ºr. Flávio Tartuce, *in* **Manual de Direito Civil**, volume único, 2ª Ed., Editora Método, p. 56/57:

1) aquele que pretende a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta Magna). Valoriza-se a pessoa humana em detrimento do patrimônio;

2) a solidariedade social (art. 3º, I, da Constituição Federal);

3) o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu* (art. 5º, *caput*, da C.F.).

Assim, na questão referente à igualdade dos filhos, passa-se da necessidade de preservação do núcleo familiar (na realidade, preservação do patrimônio), com expressões de discriminação (filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, estes últimos divididos em naturais ou espúrios, sendo que os espúrios se subdividiam em incestuosos e adúlterinos), para a aplicação plena dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e a proibição de tratamento discriminatório quanto à filiação (art. 227, § 6º, da Constituição Federal).

O Direito antigo era essencialmente severo e conservador quanto à necessidade da preservação do núcleo familiar, prevalecendo os interesses da instituição do matrimônio em detrimento dos filhos, colocando estes numa situação marginalizada, se nascidos fora do casamento; a única filiação que a lei tomava conhecimento real era a ocorrida no seio do casamento. Puniam-se os frutos dos relacionamentos havidos por pessoas não ligadas pelo matrimônio, por adúlteros (na época era considerado crime) ou em relações incestuosas. Em decorrência da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação, puniam-se aqueles que culpa alguma tinham de terem sido gerados fora das normas legais e dos princípios morais vigentes na época.

Os filhos eram classificados como: legítimos - os gerados dentro do casamento; legitimados - eram os filhos naturais que, apenas em situações específicas, poderiam ser reconhecidos pelo próprio pai ou mãe (o filho jamais poderia reivindicar em juízo seu estado de filiação); ilegítimos ou naturais - nascem de pessoas não ligadas pelo matrimônio.

Os filhos ilegítimos ainda se dividiam em naturais e espúrios. Os naturais eram os nascidos fora do matrimônio, resultantes da união de duas pessoas que não se casaram, mas poderiam fazê-lo, porquanto inexistente qualquer impedimento para tal. Os espúrios, por sua vez, eram os que decorriam da união de duas pessoas impedidas para o matrimônio.

Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos (fruto do relacionamento entre duas pessoas para as quais há impedimento legal para o casamento, decorrente de vínculo de parentesco) e, os adúlteros (resultantes da união entre duas pessoas, sendo uma ou ambas legalmente casadas com terceira pessoa). Estes filhos incestuosos ou adúlteros não poderiam ser reconhecidos. O Código Civil de 1916, em seu art. 358, expressamente vedava o reconhecimento, dispondo:

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

Esta proibição prejudicava os filhos incestuosos e adúlteros e não seus genitores. Conforme Clóvis Beviláqua: a falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos. Ou num ditado italiano que diz: **“L'albero pecca e il ramo riceve”** (a árvore peca e o ramo paga). Tal proibição beneficiava os genitores e prejudicava o filho. Era como se o fruto da relação proibida por lei não existisse, era ignorado, e o pai beneficiado não tinha o ônus do poder familiar. Os direitos daquele que não tinha qualquer culpa por nascer de tais relações vedadas por lei eram excluídos, violando os hoje consagrados princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da plena igualdade entre os filhos.

Fato curioso é que a investigação de paternidade ou de maternidade teve sua origem no Direito Canônico, conforme ensinamentos do doutrinador San Tiago Dantas (**Direitos de Família e das Sucessões**, 2ª Ed., Editora Forense, p. 368):

*“...É uma inovação do Direito Canônico que se deve à influência do cristianismo e pode se dizer que, até mesmo no Direito Romano, só apareceu o instituto depois que a influência dos costumes cristãos se fazia sentir sobre a elaboração legislativa. É verdade*

*que no Direito Canônico não se falava em investigação de paternidade, para o fim de se conferir o estado de filho ilegítimo. O que preocupava o canonista era o problema alimentar. Estes filhos ilegítimos cujos pais ou mães não se conhecem têm o problema de sua sustentação completamente dependente do aparecimento de seus genitores. Na Idade Média, isto ainda se sentia mais fortemente do que hoje, e a Igreja, que lança a obrigação alimentar como uma das obrigações fundamentais do homem, criada pelo Direito Natural, não hesitou permitir-se a investigação de paternidade, para descobrir quem era o obrigado à alimentação. A Igreja, neste particular, é tão liberal que seu Direito Canônico não hesita em conferir ação de investigação de paternidade com fim alimentar, até mesmo aos espúrios e aos sacrílegos, e é conhecida a disposição canônica que para os filhos dos clérigos manda que as paróquias façam uma prestação alimentar, de tal modo a prestação alimentar é uma imposição do direito natural, uma decorrência da natureza humana”.*

A legislação portuguesa, em suas Ordenações, era mais evoluída que o regime instituído posteriormente pelo Código de Napoleão. Entretanto, fazia distinção entre a família aristocrática e a plebeia. Enquanto para os nobres a família é cuidadosamente defendida pelo Estado, em relação aos plebeus, a família não é tão importante, fazendo-se mais concessões aos direitos dos indivíduos. Nas sucessões, havia igualdade entre os filhos naturais e legítimos para os plebeus, entretanto, entre os nobres, só os filhos legítimos herdavam, porquanto vigorava o costume extremamente protetor da hereditariedade da família.

Em 02-09-1847, a Lei nº 463 suprimiu as diferenças existentes nas Ordenações, sendo equiparados os filhos dos nobres aos dos plebeus; no entanto, a redação era confusa, não se sabendo se o que vigorava era o direito dos nobres, mais conservador ou, se dos plebeus, mais liberal.

O Decreto nº 181, de 1890, admitiu a investigação de paternidade, porém apenas para casos determinados e só tratando do assunto a propósito dos impedimentos matrimoniais, não se estendendo à postulação de estado de filho legítimo.

Como já exposto supra, o Código Civil de 1916, em seu art. 358, proibia o reconhecimento de filhos adulterinos, bem como a respectiva investigação de paternidade.

Posteriormente, a Lei nº 883, de 1949, passou a permitir o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, se dissolvida a sociedade conjugal (art. 1º), permitindo, ainda, ao filho ilegítimo pleitear alimentos em segredo de justiça (art. 4º).

A lei 6.515, de 26-12-1977, acrescentou à Lei 883 o parágrafo único, que foi transformado em § 1º pela Lei 7.250, de 14-11-1984, sendo que esta última também acrescentou o § 2º, dispondo:

*“§ 1º. Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.*

*§ 2º. Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos”.*

A Lei 6.515/77 também introduziu o art. 2º à Lei 883, passando o direito à herança a ser reconhecido, em igualdade de condições, qualquer que fosse a natureza da filiação.

Assim, com fundamento no art. 4º da Lei 883/49, ingressava-se com pedido de alimentos, em que a paternidade era reconhecida incidentalmente; entretanto, reconhecia-se apenas a obrigação alimentar, mas não o direito de incluir-se a filiação, continuando o filho sem o nome do pai.

Em vigor desde 05-10-1988, a nova Constituição Federal inscreveu entre os princípios básicos relativos à família e à criança um mandamento segundo o qual os filhos havidos ou não de relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º). O atual Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002), em seu artigo 1.596, com idêntica redação, consagrou o princípio da igualdade entre os filhos, sendo este um dos princípios do Direito Civil Constitucional.

Isto significa que não podem subsistir as restrições ao reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, que eram consagradas no direito anterior, bem como que está superada a discriminação que constava no art. 332 do Código Civil de 1916, cuja redação era a seguinte:

*“Art. 332. O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”.*

O artigo acima já havia sido revogado pela Lei 8.560, de 1992.

A respeito já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça por ocasião dos julgamentos dos Recursos Especiais n.ºs. 6.821 e 16.827, ambos do relato do eminente Ministro Nilson Naves, publicados do Diário de Justiça nos dias 03-06-91 e 30-11-92, às páginas 74.224 e 22.609, respectivamente, em cujas ementas se lê:

*“Filho adulterino. Registro de nascimento realizado pelo pai na constância do casamento, ainda vigente o art. 358 do Código Civil. É válido, mesmo assim, o registro, somente produzindo efeitos após a morte do declarante, já ocorrida quando da propositura da ação.”*

*“Filho adulterino. Reconhecimento pelo pai na constância do casamento em testemunho público. É válido o ato, uma vez dissolvida a sociedade conjugal com a morte do testador...”*

E, ainda, conforme art. 1.º, IV, da Lei n.º 8.560, de 29-12-92, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento passou a ser irrevogável, podendo ser feito por manifestação expressa e direta perante o Juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Ressalte-se que a doutrina tem sido praticamente unânime, com Roubier e Serpa Lopes, no sentido de que todas aquelas leis que se referem ao estado das pessoas, principalmente, às relações de família, têm aplicação imediata e geral.

Cumprе ressaltar que os filhos adulterinos reconhecidos ou declarados por sentença nos autos de ação interposta com fundamento no art. 4.º da Lei n.º 883, anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, não necessitam propor ação de investigação de paternidade. Há acórdão

neste sentido publicado na Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vol 10, 1992, p. 196:

“Reconhecimento de filho adulterino. Tornado regular pelo advento da nova Constituição Federal e da Lei 7.841/89, convalida o registro, dispensando a propositura de ação de investigação de paternidade”.

Na hipótese acima transcrita, o Relator Desembargador Hermano Ducan Ferreira Pinto manifesta-se no seguinte sentido:

*“Não vemos sentido prático no pretender do investigante, se sua paternidade, embora não pudesse ser reconhecida na época, e, pela forma com que o foi, persiste, certa e definida por força do convalidamento do ato, sem valia no início, mas que, por força de legislação posterior, tornou-se válido nos seus efeitos”.*

Outro princípio constitucional que também veda a discriminação é o da dignidade da pessoa humana, que conforme Ingo Wolfgang Sarlet, citado pelos Professores Cristiano Alves de Farias e Nelson Rosenvald, em **Direito Civil – Teoria Geral**, 6ª. Edição, Editora Lumen Juris, p. 100:

*“...estabelece que dignidade da pessoa humana é a “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.*

E prosseguem os Doutrinadores:

*“Dignidade da pessoa humana, nessa ordem de ideias, expressa uma gama de valores humanizadores e civilizatórios incorporados ao sistema jurídico brasileiro, com reflexos multidisciplinares”.*

A situação para os filhos que não podiam ter o nome de um dos genitores nos respectivos registros de nascimento era por demais vexatória, constando a expressão “omitido na forma da lei” quando um dos genitores era casado com 3ª pessoa.

Hoje não mais existem discriminações entre os filhos e, ainda, nas ações de investigação de paternidade, aquele que se recusa a se submeter ao exame de D.N.A. faz com que se presuma a filiação que lhe é imputada, conforme Lei nº 12.004, de 2009, que introduziu o art. 2º-A e seu parágrafo único à Lei 8.560/92, que passou a dispor:

*“Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.*

*Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”*

A mesma lei acima referida revogou, em seu art. 3º, a Lei nº 883.

Assim, atualmente, toda criança tem direito à filiação completa e sem discriminação. ♦

## BIBLIOGRAFIA

DANTAS, San Tiago, **Direitos de Família e das Sucessões**, 2ª Edição, Editora Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 6ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de e NELSON Rosenvald, **Direito Civil, Teoria Geral**, 6ª Edição, Editora Lumen Juris, 2007.

TARTUCE, Flávio, **Manual de Direito Civil**, 2ª Edição, Editora Método, 2012.