

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DESCARTES, René. *Discurso do método*. [Discours de la Méthode] Trad. Elza Moreira Marcelina. 1.ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- FOUCAULT, Michel. *História da loucura*. [Histoire de la Folie à l'Âge Classique] Trad. José Teixeira Coelho Netto. 3. ed., São Paulo: Perspectiva, 1993.
- _____. *O nascimento da clínica*. [Naissance de la Clinique] Trad. Roberto Machado. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- HÉBER-SUFRIN, Pierre. *O "Zarathustra" de Nietzsche*. [Le Zarathoustra de Nietzsche]. Trad. Françoise Balibar. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- MACHADO, Roberto et al. *Danação da norma*. 1.ed., Rio de Janeiro: Graal, 1978.
- PESSONNEAUX, E. *Dictionnaire Grec-Français*. 27. ed., Paris: Librairie Classique Eugène Belin, 1946.
- PESSOTTI, Isaias. *A loucura e as épocas*. 1. ed., Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.
- SILVA FILHO, João Ferreira da. A medicina, a psiquiatria e a doença mental. In: *Cidadania e Loucura*. 3.ed., Petrópolis: Vozes, 1992.
- SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. [The Manufacture of Madness] Trad. Dante Moreira Leite. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- VASCONCELOS, Eduardo Mourão. *Do hospício à comunidade*. 1.ed., Belo Horizonte: Sociedade Editora e Gráfica de Ação Comunitária, 1992.

FILIAÇÃO E CONCUBINATO

Fredericó Augusto de Oliveira Santos

Ementa: Do filho comum presume-se o concubinato, invertendo-se o ônus da prova quanto à qualidade do companheiro que postula alimentos, se a declaração de paternidade e maternidade forem concomitantes no assento do registro de nascimento.

Sumário

1. *Pater familias*. 2. Aspectos processuais da Lei n. 8.560/92. 3. Tríade familiar. 4. Aspectos processuais da Lei n. 8.971/94 e filiação. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1 PATER FAMILIAS

A filiação civil decorre de um nexa, que não se reduz ao processo biológico da fecundação, mas revela um ajuste prévio de adesão dos genitores à descendência resultante do fato biológico. *Villela*¹ preleciona que a paternidade é um fato cultural. A fecundação e seus desdobramentos necessários não estão alheios à vontade humana antes é produto da deliberação comum "que decide, afinal, de sua ocorrência ou não".

O fato natural pode ser racionalizado no âmbito da discricionariedade dos agentes, como um ato de responsabilidade pelo advento de prole da relação sexual. Mesmo se considerarmos que o comércio sexual não está alicerçado na idéia de filho comum, mas no próprio ato sexual que encerra em si mesmo plena significação, as consequências em termos de filiação são previsíveis e podem ser evitadas, não se limitando à mera abstinência ou continência sexual.

A filiação como vínculo biológico preexiste à aquiescência dos pais, não por que seja uma imposição da natureza, e sim em razão do nascimento de uma criança não estar subtraído à vontade humana, cuja intencionalidade

1 VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 21, p. 401, maio, 1979.

se articula no modo como é exteriorizada. A vontade, deve-se ressaltar, é uma causa remota da filiação, entretanto esta nem sempre é efetiva por que a “gravidez pode ter sido meramente eventual”.² Entenda-se por filiação meramente eventual aquela decorrente da paternidade/maternidade irresponsável.

Algumas mulheres “adotaram” o método de “produção independente” para se realizarem como mãe. A emergência deste modelo de família, diverso da consagrada tríade pai, mãe e filho, não pode ser amparada pelo direito em termos de filiação. *Henri de Page*, a respeito da filiação, assim se manifesta “trata-se de uma só relação, *multifacetada*, que traduz de forma genérica, toda a descendência em linha reta”³ (grifo nosso). A filiação “lato sensu” não se constitui em “considerações unilaterais de um dos progenitores em relação ao filho,⁴ mas numa relação de dupla filiação convergente. A relação de filiação é sempre “multifacetada”, isto é, haverá sempre uma maternidade e uma paternidade. *Barbosa*⁵ comparando a maternidade e a paternidade, destacou que aquela, “na medida em que se exterioriza por sinais evidenciadores – a gestação e o parto”, revela-se com mais ostensividade que a paternidade. Não podemos, por outro lado, emprestar ao fato biológico valor de reconhecimento da filiação, consagrando-o como verdadeira proclamação, conforme pondera *Carvalho Santos*.⁶ A realidade é outra, diversa da “produção independente”, denunciada pelo contingente de mães solteiras e filhos órfãos aqui e alhures nos rincões mais longínquos deste país. Este método de filiação atende, antes, aos anseios egocêntricos da mãe que ao interesse do filho, ou escamoteia uma fatalidade biológica, sofismando uma filiação irresponsável.

A Constituição da República Federativa do Brasil no art. 226, § 7º, quando se refere a planejamento familiar, salienta a responsabilidade da filiação, *verbis*:

“Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da *paternidade responsável*, o planejamento familiar e *livre decisão do casal*, competindo ao Estado propiciar recursos educativos e científicos para o exercí-

2 SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. Concubinatos e alimentos. *Jornal Voz Acadêmica*, n. 2, p. 3, abril, 1995.

3 PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit belge*. Bruxelles: Emile Bruylant, v. 1, 1984. Apud BARBOSA, Heloísa Helena. *Filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 19.

4 SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. *Op. cit.*, p. 3.

5 BARBOSA, Heloísa Helena. *Filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 21.

6 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro interpretado*. 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 421.

cio deste direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (grifos nossos).

Esta paternidade responsável contrasta com a fatalidade biológica do nascimento do filho. Quando a lei dispõe sobre planejamento familiar, delinea o perfil do *pater familias* e não da paternidade não-desejada que *a contrario sensu* da paternidade responsável corresponde à paternidade irresponsável.

2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI N. 8.560/92

Perseguindo esta idéia de filiação responsável, a Lei n. 8.560 de 29 de dezembro de 1992 transformou a pesquisa da paternidade em “questão de Estado”, dando ao Ministério Público legitimidade concorrente para ajuizar a ação de investigação de paternidade. Quanto ao reconhecimento da maternidade, não se cogita neste texto, porque é quase sempre escusado, constando do termo de nascimento⁷ e escapa à idéia de alimentos para companhia, cuja qualidade é indicada pela existência de prole decorrente da união estável. O reconhecimento do estado do filho é um “interesse primário do Estado de ver estabelecido para todos os seus súditos os vínculos de filiação”, como assevera *Viegas*.⁸

Bertoldo Mateus de Oliveira Filho,⁹ a respeito da averiguação oficiosa da paternidade, defende o mínimo de adequação da Lei n. 8.560/92 a certas regras processuais, precedendo à notificação do indigitado genitor a autuação e registro do expediente oriundo do oficial do registro civil. Se em 30 dias o indigitado genitor não se manifestar sobre a notificação, o silêncio será considerado como “oblíqua negação da relação de parentesco imputada”. Se for confirmada a paternidade, lavrar-se-á o termo de reconhecimento e será remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação (art. 2, § 3º, da Lei 8.560/92).

3 TRÍADE FAMILIAR

Este procedimento de averiguação oficiosa da paternidade é uma prova de que a família trial enuncia o estado de família em que se insere o reco-

7 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Op. cit.*, p. 420-421.

8 VIEGAS, João Francisco Moreira. Reconhecimento da paternidade; observações à Lei 8.560/92. *Revista dos Tribunais*, v. 699, p. 12.

9 OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 191.

nhecimento. Evidentemente, o estado de família sempre vai existir, desde que a Constituição da República Federativa do Brasil modificou a condição do casamento como único esteio da família, inscrevendo neste estado a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Nesse sentido, a Carta Magna vedou designações discriminatórias, da mesma forma que alterou o universo do estado de família, não distinguindo mais estado de filiação, compreendido por aquele, conforme venham os filhos de casamento ou não, segundo lição de Viana.¹⁰

Em termos sociológicos a tríade familiar propicia melhores condições de desenvolvimento da criança, do que se for assistida moralmente por apenas um dos pais.

A família não é só estrutura, mas também estruturante, como ensina Rodrigo da Cunha Pereira.¹¹ Indivíduos que admitem uma paternidade anônima ou simplesmente a desconhecem, compelidos pela fantasia de renascer de novo,¹² podem dirimir a angústia da filiação através do suicídio. Sem radicalizar, poderíamos cogitar da letargia do processo de amadurecimento, visto que a progressividade da vida afasta-se da meta secreta de retornar ao útero.

Norteadas pela idéia de família *trial*, a Lei n. 8.560/92 sobrepujou o tradicional princípio processual do *ne procedat iudex ex officio* ao demandar não pela recomposição *trial* da família, mas pela reconstituição genealógica da estrutura familiar, sobre a qual repousa a filiação multifacetada. O estado de filiação denuncia *a priori* a entidade familiar em que se estruturou a união de fato, porque a Constituição da República Federativa do Brasil baseou-se na paternidade responsável em contraposição à filiação não desejada, que outra coisa não é senão decorrência da paternidade irresponsável.

4 ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI N. 8.971/94 E FILIAÇÃO

A Lei n. 8.971/94, que regula o direito a alimentos entre os companheiros, indica a possibilidade de qualquer deles valer-se do rito sumário da Lei n. 5.478/68 para postular alimentos em face do outro. Esta lei descortina em seu texto, disjuntivamente, a prova da duração por 5 anos do

10 VIANNA, Marco Aurelio S. *Da guarda, da tutela e da adoção*: no Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 29.

11 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23.

12 WEISSMANN, Karl. *Vistas into maturity*: 1. ed., New York: Vantage Press, 1985, p. 23.

concubinato ou a existência de filho cumum como requisito para a fixação dos alimentos provisórios. A segunda hipótese, concernente a existência de prole, que é o tema de nossa abordagem em sede de alimentos no concubinato, pode ser demonstrada pelo termo de registro de nascimento do filho, Este documento declara a filiação e autoriza a concessão de alimentos para a mãe. Em artigo publicado no *Voz Acadêmica* escrevemos:

“A filiação revela aptidão para produzir direitos a alimentos para a mãe através da relação concubinária, cujo acertamento manifesta-se de antemão no reconhecimento espontâneo e concomitante da prole pelos pais”¹³

A Lei n. 8.971/94 não destoou da Carta Magna ao se referir a prole como consequência de uma paternidade responsável. Assim, deve-se presumir a existência do concubinato como precedente da filiação, mas apenas no caso em que o reconhecimento não resultar da verificação oficiosa da filiação ínsita à Lei n. 8.560/92. Esta presunção decorre do fato dos companheiros manterem contato durante o período de gestação do filho até, pelo menos, o respectivo nascimento, e da Constituição da República Federativa do Brasil que consagrou a paternidade como um ato de responsabilidade. Ninguém tem um filho com outra pessoa predisposto a abandoná-la durante a prenhez ou com o advento de prole. No caso do reconhecimento resultar da interpelação judicial levada a cabo nos termos da Lei n. 8.560/92, a notificação recebida pelo pai é idônea para ilidir a presunção em tela, por que a prova carecerá da força “crepitante” da espontaneidade do ato praticado simultaneamente à declaração da maternidade constante do registro de nascimento. Só nessas circunstâncias pode-se dizer que “a gravidez foi meramente eventual”.

A presunção é relativa, podendo o réu, na contestação, provar a inexistência do concubinato indiciado pela provoca robusta da filiação que reflete a *affectio societatis* peculiar à união estável. Nesse contexto, deve-se destacar o seguinte trecho escrito por Villela:

“A *affectio societatis*, que se postula para a caracterização desta [relação concubinária], não carece de formulação expressa. Antes, satisfaz-se com a intencionalidade manifesta no modo como se articulam reciprocamente as condutas dos interessados”.¹⁴

13 SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. *Op. cit., loc. cit.*

14 VILLELA, João Baptista. *Op. cit.*, 1987, p. 240.

No caso de filiação comprovada no termo de nascimento, a paternidade estabelece-se como prova residual do concubinato quando atestar o reconhecimento simultâneo da paternidade e da maternidade. Enquanto, no caso de filiação reconhecida mediante procedimento oficioso de averiguação da paternidade, esta presunção é insubsistente. O genitor desconhecia o nascimento, por que relegou a relação com a mãe da criança à transitoriedade de suas contingências sexuais.

A Lei n. 8.560/92 criou uma espécie de pesquisa do liame genético,¹⁵ apresentando alguns traços que a identificam com a ação de investigação de paternidade. A *causa petendi* na investigação de paternidade são, em qualquer caso, a procriação e a ocorrência de relação sexual.¹⁶ Ainda que a relação sexual esteja arrolada como hipótese autorizadora da investigação de paternidade se este fato não for verificado, a sentença faz coisa julgada. Em sendo o ato sexual condição *sine qua non* da procriação, nenhuma outra ação poderá ser aforada se for reconhecida a inexistência de relação sexual em sentença de mérito. Assim, o procedimento oficioso de pesquisa da paternidade está embasado no fato da procriação, cujo antecedente necessário é a relação sexual que, em sua generalidade, abarca todas as outras hipóteses do art. 363 do Código Civil Brasileiro. Todavia, na investigatória de paternidade a postulante terá oportunidade de demonstrar os fatos aduzidos quando da verificação oficiosa da paternidade, qual seja, o concubinato. Como foi dito a averiguação oficiosa da paternidade é uma pesquisa preliminar da filiação e, portanto, não está adstrita a escorreita elucidação dos fatos, vinculando-se tão só ao fato da procriação oriunda de relação sexual da mãe com o indigitado pai.

Não obstante, a aparente semelhança entre o reconhecimento de filiação concomitante e o reconhecimento mediante o procedimento oficioso da Lei n. 8.560/92, não há de se falar em presunção neste último, no sentido de inversão de ônus da prova do concubinato. Como não remanesce nenhum vestígio da pesquisa da paternidade, ultimada nos termos da Lei n. 8.560/92, no assento de nascimento, a prestação de alimentos poderá ser suspensa através de ação cautelar incidente na pendência da ação de alimentos. Caberá, então, ao postulante provar a existência do concubinato, prosseguindo a tramitação do processo no rito ordinário. Para reforçar a diferença entre as duas modalidades de reconhecimento em análise, convém lembrar que o então Deputado Nelson Carneiro, quando da elaboração da Lei n. 5.478/68, tentou incluir a companheira como beneficiária de ali-

15 OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Op. cit.*, p. 191.

16 MOURA, Mário Aguiar. A causa de pedir na investigação de paternidade. *Revista dos Tribunais*, v. 534, p. 34-41.

mentos, se ela vivesse com ele há mais de cinco anos, ou *houvesse prole*.¹⁷ A Lei n. 8.971/94 empregou, porém, a expressão "*dele tenha prole*", da qual se aquilata a pressuposição da convivência entre os companheiros, tão importante quanto o elemento volitivo da *affectio societatis* para a caracterização da união estável. Se o pai tiver que ser interpelado para reconhecer o filho não há de se falar em persistência da relação entre companheiros, nem em paternidade responsável na acepção de *pater familias* que a Constituição da República Federativa do Brasil lhe atribui.

Rodrigues¹⁸ declarou no tocante à lei da ação de rito especial de alimentos:

"Hodiernamente, os alimentos podem ser solicitados através do rito especial Lei n. 5.478/68 ou pelo procedimento comum ordinário do Código de Processo Civil, ficando a escolha a critério da parte diante dos elementos probatórios que a mesma disponha de antemão, não se ajustando o rito sumário, por essência, ao exame profundo da prova, especialmente em casos polêmicos e controversos".

Ora, se o companheiro necessitado tivesse que provar a relação concubinária, a alusão à Lei n. 5.478/68 pela Lei n. 8.971/94 seria completamente ociosa.

O direito a alimentos está assentado no dever de assistência familiar, derivado da união do homem e da mulher que configura um modelo de família. O direito a alimentos decorre, pois, da união estável¹⁹ e não desta relação coligada com qualquer dos requisitos da Lei n. 8.971/94. Caso fosse possível provar de imediato o concubinato, não haveria razão da referência à Lei n. 5.478/68, haja vista a previsão legal de ação cautelar de alimentos provisionais (art. 852, II, do Código de Processo Civil Brasileiro).

5 CONCLUSÃO

Baseado nos princípios sociais que devem presidir a aplicação da lei e no conceito de *pater familias* que se confunde com a noção de paternidade responsável, não podemos admitir, para efeito da Lei n. 5.478/68, a prova cabal do concubinato como condição para a fixação de alimentos sob pena de

17 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 18.

18 RODRIGUES, Marcelo Guimarães. Os alimentos e a prova de paternidade na atual Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, v. 684, p. 246.

19 PEREIRA, Sérgio Gischkow. A união estável e os alimentos. *Revista dos Tribunais*, v. 657, p. 17-24.

se esvaziar a Lei n. 8.971/94 no tocante a alimentos provisionais. Eis que a prova do concubinato é incompatível com a urgência que a medida exige e com a celeridade do rito especial da ação de alimentos, necessitando de uma distensão processual que só a instrução probatória pode oferecer.

Se não forem, por outro lado, atendidos os requisitos alternativos da Lei n. 8.971/94, nada impede que os alimentos possam ser pleiteados por ação ordinária, por que o fundamento do direito a alimentos é familiar, qualidade esta intrínseca ao concubinato.

Como decorrência do *pater familias* temos que o termo de nascimento do filho, cujo reconhecimento da filiação foi concomitante à declaração de paternidade, vale como presunção do concubinato. No caso de averiguação oficiosa da paternidade prevista na Lei n. 8.560/92, a presunção do termo de nascimento do filho pode ser facilmente elidida pela notificação recebida ou pelo expediente autuado e arquivado no Fórum. Se a lei dispusesse simplesmente “houve prole”, a hipótese, em que a paternidade foi averiguada, poderia ser tratada do mesmo modo que o reconhecimento concomitante da filiação. Mas a lei se referiu a “dele tenha prole”, pressupondo uma convivência infatigável entre os companheiros desde a concepção até o parto do filho comum.

O reconhecimento decorrente da averiguação oficiosa está embasado no fato da procriação, cujo nexó é a relação sexual. Não se especula neste procedimento sobre provável concubinato, posto que a generalidade da hipótese de relação sexual comporta todas as outras. Por isso, este reconhecimento não gera a mesma presunção do reconhecimento concomitante da filiação em face da abstração que se faz do fundamento do pedido de pesquisa da paternidade.

No caso da declaração de paternidade e maternidade concomitantes no assento de nascimento do filho é natural a dedução da estruturação tria da família, como corolário do *pater familias*, e não somente a constatação da estrutura genealógica da família como ocorre no procedimento oficioso da Lei n. 8.560/92. Nesta última hipótese, o advento de prole é eventual (“houve prole”) não se coadunando com a previsão autorizadora da Lei n. 8.971/94 (“dele tenha prole”) como expressão mais precisa da filiação multifacetada no contexto de *pater familias*.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Heloisa Helena. *Filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- MOURA, Mário Aguiar. A causa de pedir na investigação de paternidade. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 534, p.34-41, abr. 1980

- OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995. 248p.
- PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit belge*. Bruxelles: Emile Bruylant, v. 1, 1948. *Apud* BARBOSA, Heloisa Helena. *Filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 19
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 167p.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. A união estável e os alimentos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 657, p. 17-24, jul, 1990
- RODRIGUES, Marcelo Guimarães. Os alimentos e a prova da paternidade na atual Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.684, p.244-247, out. 1992
- SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. Concubinato e Alimentos. *Voz Acadêmica – Jornal dos estudantes da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 2, p.3, abr. 1995
- SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 5, 420-421, 1953
- VIANNA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção; no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993. 110p.
- VIEGAS, João Francisco Moreira. Reconhecimento da paternidade; Observações à Lei 8.560/92. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 699, p.11-14, jan. 1994
- VILLELA, João Baptista. Concubinato e Sociedade de Fato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 623, p. 18-26, set. 1987.
- _____. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 21, p. 400-418, maio 1979.
- WEISSMANN, Karl. *Vistas into maturity*. 1. ed., New York: Vantage Press, 1985. 149p.