



O PODER FAMILIAR E AS NOVAS MODALIDADES DE FILIAÇÃO

DIREITO DE FAMÍLIA

Por Thúlio Ferreira Ribeiro



Thulio Ferreira Ribeiro

O poder familiar e as novas modalidades de filiação

1ª ed.

Uberlândia
Editora Conhecimento Livre
2019

1ª ed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ribeiro, Thulio Ferreira

R484o O poder familiar e as novas modalidades de filiação. / Thulio
Ferreira Ribeiro. – Uberlândia: Editora Conhecimento Livre, 2019.
60 F.: il.
Formato PDF
ISBN: 978-65-80226-12-2
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia

1. Paternidade socioafetiva. 2. Reconhecimento de Paternidade. 3.
Paternidade Responsável. I. Ribeiro, Thulio Ferreira
. I. Título.

CDU: 340

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho tem finalidade de reconhecer a parentalidade socioafetiva como um direito da criança e do adolescente, possuindo como base especialmente os princípios do melhor interesse do menor e o princípio da afetividade. A família passou por inúmeras alterações ao longo da história da humanidade. Transformações essas que vieram a modificar, por conseguinte, a disciplina jurídica da filiação, procurando-se, atender ao princípio da igualdade. Contudo, somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se alcançou este objetivo plenamente. A nova legislação causou uma extraordinária alteração no Direito de Família por meio do princípio da igualdade da filiação, visando imprimir normas básicas no intuito de proteger os desiguais, através da permissão de vários direitos essenciais às pessoas. Principiou no ordenamento jurídico uma modificação de valores nas relações familiares, que persuadiu na deliberação de uma nova modalidade de paternidade, que estava à margem da lei, obra do afeto, objeto de apreciação no presente trabalho e que é um elemento imprescindível para a formação da honestidade, do caráter e da índole da pessoa. Neste diapasão, buscou-se corroborar a importância da noção da posse de estado de filho, para o instituto da paternidade socioafetiva e que é permitido utilizá-la no nosso ordenamento jurídico, a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o princípio dos melhores interesses da criança, caracterizado no Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, faz-se acentuada abordagem do impacto do sistema unificado da filiação na ordem jurídica nacional, além dos seus resultados quanto aos direitos pessoais e patrimoniais. Necessário a menção à maneira dos doutrinadores brasileiros, bem como às disposições judiciais que constituem o atual entendimento dos tribunais, no caminho da consagração do tema da presente pesquisa bibliográfica.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	FAMÍLIA	3
2.1	Espécies de família	5
2.1.1	Matrimonial	6
2.1.2	Informal	8
2.1.3	Homoafetiva	9
2.2	Princípios e regras no direito de família	12
2.2.1	Princípio da dignidade humana	14
2.2.2	Princípio da igualdade	16
2.2.3	Princípio da afetividade	18
2.2.4	Princípio do superior interesse da criança e do adolescente	19
3	MODALIDADES DE RECONHECIMENTO	21
3.1	Investigação de paternidade.....	21
3.2	Da ação de investigação de paternidade	22
3.3	Da filiação.....	22
3.3.1	Dos filhos legítimos.....	24
3.3.2	Dos filhos ilegítimos.....	24
3.4	Novo conceito de filiação	25
3.5	Formas de reconhecimento dos filhos	27
3.5.1	Reconhecimento voluntário ou espontâneo. ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.	
3.5.2	Reconhecimento judicial	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.6	Das provas em geral	29
3.6.1	Prova documental	30
3.6.2	Prova testemunhal	31
3.6.3	Prova pericial.....	32
4	AS EFICÁCIAS DAS NOVAS MODALIDADES DE RECONHECIMENTO	34
4.1	Os atributos acentuados	34

4.2	A natureza do reconhecimento de paternidade.....	36
4.3	As consequências do reconhecimento de paternidade.....	37
4.3.1	Poder familiar	38
4.3.2	Estado	40
4.3.3	Relações de parentesco.....	42
4.3.4	Nome	42
4.3.5	Alimentos	44
4.3.6	Sucessão	46
4.4	Paternidade socioafetiva.....	47
4.4.1	Paternidade biológica e paternidade socioafetiva.....	49
4.4.2	A impossibilidade de sua desconstituição	50
4.5	O reconhecimento extrajudicial de filiação após o provimento 63 do conselho nacional de justiça.....	50
4.5.1	Da legitimidade e competência.....	51
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
	REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como temática a grande relevância socioafetividade social e jurídica, atinente aos novos vínculos que surgem na sociedade e que vem ganhando cada vez mais espaço no âmbito jurídico, além de reconhecimento doutrinário e jurisprudencial de uma paternidade responsável socioafetiva.

O instituto familiar passou por intensas modificações em seu modo de estruturação na atual história do Brasil, perpetrando-se imperiosa a observação das mesmas para um apropriado aperfeiçoamento do Direito de Família. A sociedade contemporânea entende cada vez mais a mudança que acontece causando uma liberdade maior neste campo, assim sendo, o matrimônio já não é o único formador da família. Se antes para ser tido família, as pessoas se estavam presos no instituto do matrimônio, com as alterações legislatórias e jurisprudências, foi dado os indivíduos mais livre-arbítrio na formação da família.

Todas essas transformações têm ponderado demasiadamente no direito de família, o ordenamento jurídico pátrio teve por bem abraçar e adentrar novos valores, como a felicidade, o afeto, o amor, admissíveis, agora, especialmente, pela legitimação da

família, o que veio enaltecer o sujeito como ser afetuoso, desatando-se dos enlaços legalistas e utilitárias do homem com bem material.

Consegue-se dizer então que a família agora não é caracterizada pela autoridade de posse, mas pelos laços afetuosos de amor, de imaginário de alegria, de afago, de acalanto e de comunhão. Pais não são unicamente os genitores, mas protetor, amigo, companheiro.

Atualmente é admissível divorciar, constituir união estável tanto homoafetiva quanto heteroafetiva, casar outra vez caso seja esse o vontade das pessoas. De verdade, foi dada liberdade aos cidadãos para constituir sua família como bem quiserem, não tendo intercessão do Estado nas preferências dos cidadãos. Deve-se agora refletir nos cidadãos que não constituem família, por assim dizer, mas se adolecem nela, desenvolvem nela, as crianças e os adolescentes.

Assim estabelece-se como problemática A paternidade responsável e as novas modalidades de filiação sócio-afetiva devem tomar lugar de evidência e merece maior prudência da área jurídica?

Dentro do surgimento familiar, sobressai-se a filiação, assim como o objetivo geral de estudo deste trabalho, a ponderação do ponto de vista de cada um dos distintos

critérios que a constituem, quais sejam: registral, biológico e afetivo, bem como o modo de resolução dos conflitos que aconteçam entre tais critérios uma vez que estes não combinem em uma mesma paternidade.

A presente monografia procura com seu objetivo específico; constatar acerca da possibilidade de os deveres e direitos da paternidade tornem a ser conferidos de forma plural, isto é, se há lugar dentro do ordenamento jurídico. Analisar o instituto da multiparentalidade, o qual se consolida na possibilidade de um mesmo filho ter duas mães e/ou dois pais, auferindo maior abordagem, neste estudo, o viés paternal. Evidenciar que a analogia de paternidade responsável não pende mais da específica relação biológica entre progenitor e filho, e sim, da relação constituída no afeto e no anseio de estar unido, adquirindo as obrigações de efetivação dos direitos essenciais da pessoa em desenvolvimento. Direitos à alimentação, à saúde, à educação, ao respeito, à cultura, ao lazer, à dignidade, à liberdade, à vida e a convivência familiar. A elevação da paternidade sócio-afetiva determinou-se mediante vários fatores, como ressaltaremos no primeiro capítulo, ao descrever as incontáveis alterações que a família vem padecendo, ao longo dos séculos. Com o enfraquecimento do

patriarcalismo nasceu a possibilidade da família se constituir de maneira distinta, estimando o individual, acatando o espaço de cada parte, em procura de um entendimento que compreendesse o todo familiar.

Como hipótese parte-se do argumento de que, uma vez introduzida no contexto atual do Direito de Família, a paternidade já não é capaz mais de ser atribuída tão-somente pela apreciação de um único critério de filiação, ponderando-se que todos eles fornecem efeitos das mais variáveis naturezas na vida do indivíduo cuja paternidade se controverte.

Para tanto, inicialmente será apresentado o que é a família para o legislador brasileiro e para os doutrinadores com o objetivo de concluir um conceito mínimo sobre o instituto da família, o conceito de princípios e seu enquadramento como norma jurídica, juntamente coma exposição dos princípios fundamentais do Direito de Família, demonstrado sua definição e quais os requisitos para sua constituição e reconhecimento.

Logo após, serão interpeladas as características que têm maior seriedade com relação ao reconhecimento de paternidade, instituto da filiação e suas peculiaridades, além de ser acometida a categorização da natureza do reconhecimento de paternidade,

formando informação imprescindível para um melhor clareamento do assunto.

E assim, ulteriormente, averigua-se a seriedade do conceito de posse de estado de filho para a paternidade sócio-afetiva, assim como da presença de divergências de paternidade, havendo em vista, que não incomuns vezes haverá uma oposição entre a três linhas que as constitui: a jurídica, a biológica e a sócio-afetiva, esta última aparecendo como dissolução deste conflito, instituindo a paternidade com base nos laços de amor, no meio desse novo concepção de família, representado na Constituição Federal de 1988 e que é plausível usá-la em nosso ordenamento jurídico.

Constatando a paternidade presumida, por meio do proferido da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça e a paternidade sócio-afetiva, com a controvérsia de qual seria a mais perfeita. Exibe a asseveração da dedicação como condição apta a definir a verdadeira inclusão de paternidade, sendo preenchida com a responsabilidade concebida pela lei, visto que ela não faz referência ao impedimento do reconhecimento de filiação, muito pelo adverso, deixa-nos uma lacuna para que se reconheça a paternidade sócio-afetiva.

Por fim, serão expostas proposições legislativas que procuram esclarecer a

questão que tem constituído um instrumento eficiente na preservação dos direitos de paternidade de crianças e adolescentes.

Será alcançado através do método dedutivo, com a leitura de doutrina, legislação e jurisprudência. A elaboração da pesquisa será a prescritiva, fundamentando-se em um referencial teórico bibliográfico de vários autores da área em estudo por meio da visão do escritor Friedrich Engels e de vários outros autores atuais, dentre os quais sobressaem-se: Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Luiz Edson Fachin, Pontes de Miranda que titulam a nova família como múltipla, legislação e jurisprudência. As citações serão realizadas a partir do sistema autor/data.

2 FAMÍLIA

A família é o alicerce da sociedade brasileira, tenha vista ser aportada inicialmente em vínculos de afeto, compreendendo que o elo da comunhão de vida é o amor íntegro entre pessoas, de forma inegável, ininterrupta e duradoura. Concebe um organismo da sociedade constituída através de regras jurídicas, culturais e sociais em um grupo em que os indivíduos entusiasmam e são

entusiasmadas por outros indivíduos ou coisas. Podem ser unidas por descendência ou por adoção.

Os sujeitos, desde a entrada no seio familiar, ininterruptamente se levaram de forma acumulada, com a imperativo de viver em comunidade. Deste modo, é plausível o entendimento de que se o Ser Humano convive na procura da felicidade e a estirpe em si é componente da felicidade para os seus membros.

O conceito de família carece de ser edificada a partir de valores vigorantes em cada momento e espaço, seguindo a evolução da sociedade, levando em estima características sociais e culturais.

Na atualidade, vivencia-se as transformações no âmbito familiar, a protrusão decisiva com o modelo de família Patriarcal ou Heteroparental, estabelecido na chefia paterna com a chegada do Código de Hammurabi, e especialmente as garantias que a Constituição Federal de 1988 acarretou, perfilhando novos grupos familiares ao torna flexível normas, como por exemplo, a equidade de condição entre os filhos, sejam legítimos ou não.

É o que sistematiza o art. 22, § 6º, da Constituição Federal: “Os filhos, tidos ou não da relação de matrimônio, ou por adoção, terão os mesmos direitos e designações, impedidas de quaisquer

designações discriminatórias referentes à filiação”.

Assim sendo, Marco Túlio de Carvalho Rocha (2009), pondera que:

No Brasil, apesar que os novos princípios apresentem espaço, lentamente, ao longo de todo o século XX, a Constituição da República de 1988 é a referência dessas transformações, por ter celebrado a igualdade dos cônjuges e a dos filhos, a prioridade dos interesses da criança e do púbere, além de ter reconhecido, conclusivamente, formas de famílias não fundadas no casamento, às quais desdobrou a proteção do Estado. (ROCHA, 2009, p. 01).

É sob a perspectiva de que a mera reprodução foi abandonada de lado e que os laços de sangue não é mais a conexão que vincula as famílias, que adviremos a considerar o afeto como a vinculação verdadeira entre as pessoas. Giselle Câmara Groeninga (2003, p. 125) assegura: “Em veracidade, família é uma sequência de relações que transforma no tempo de sua composição e consolidação em cada prole, que se demuda com a evolução da cultura, de geração para geração”.

As transformações desse aforismo de família aconteceram em consequência da evolução histórica e científica do Indivíduo, ocasionam das modificações na sociedade e por conseguinte do modo com que eram enfrentadas tais relações familiares. Novos princípios menos intransigentes ficaram cultivados no seio familiar e isso conjeturou

em modificações no ordenamento jurídico, que necessita sempre estar cauteloso a essas relevâncias.

A modificação dos paradigmas da família conjetura-se na assimilação dos vínculos de parentalidade, arrastando ao aparecimento de novos conceitos e de uma lamúria que melhor representa a realidade contemporânea: filiação social, filiação socioafetiva, posse do estado de filho.

Todas essas demonstrações nada mais expressam do que a dedicação, também no campo da parentalidade, do mesmo componente que adveio a fazer parte do Direito de Família. Desse modo ocorreu com o ente familiar, agora igualmente a filiação sobreveio a ser reconhecida pela compleição de uma conexão afetiva paterno-filial. O Direito expandiu o conceito de paternidade, que adveio a envolver o parentesco psicológico, que perdura sobre a veracidade biológica e a realidade legal.

Deste modo, é extraordinário o papel do sujeito que adquire, ante a sociedade e especialmente ante a criança, a figura de pai, oferecendo amor, afago e sustentando suas necessidades, estabelecendo assim, além do vínculo afetivo, o amparo jurídico adequado a relação familiar.

2.1 Espécies de família

O conceito de família brasileira foi modificando a medida em que os fatos históricos, e a elevação científica insurgiria do homem, foi pensada em um novo horizonte em que a severidade do contorno familiar quebrou-se, oferecendo-se espaço a um novo lar, um ambiente de amor e efetivação das potencialidades de todo os seus membros.

Ante do entusiasmo e da complexidade das relações sociais, em específico o âmbito familiar, apareceram cada vez mais circunstâncias envolvendo, geralmente, crianças e adolescentes que, separados dos seus progenitores biológicos ou jurídicos, advieram a se conectar, no campo afetivo com indivíduos que adquiriram praticamente o posicionamento de pai e mãe.

Assim, o conceito de família surge transformando-se com o tempo, as relações sociais são eficientes e o Direito de Família necessita acompanhar essas modificações.

Assegura Friedrich Engels (2002), que:

A família precisa prosperar na medida em que avança a sociedade; como aconteceu até agora. A família é fruto do sistema social e pensará o estado de tradição desse sistema. Havendo a família monogâmica, aperfeiçoado a partir do início da civilização e, de modo muito claro, nos tempos contemporâneos, é válido pelo menos conjeturar que

seja adequado persistir seu aprimoramento até que chegue à equidade entre os dois sexos. Se, num porvindouro remoto, a família monogâmica não mais consentir às exigências sociais, é difícilimo prever a natureza da família que a advirá (ENGELS, 2002, p. 84/85).

Neste sentido a ideia de família se espaça da estrutura do matrimônio. O divórcio e a perspectiva de um novo matrimônio, a consideração da existência de outras espécies familiares, tal como a liberdade de perfilhar os filhos tidos fora do matrimônio, possibilitaram uma verdadeira alteração no próprio conceito de espécie familiar.

A família diversificou-se. Já não se atrela aos seus padrões originários: matrimônio, procriação, sexo. O movimento de mulheres, a divulgação dos métodos contraceptivos e as consequências do progresso da engenharia genética demonstram que esse tríptico propósito deixou de convir para demarcar o conceito de família. A seguir serão apresentadas as espécies ressaltantes para o estudo do tema.

2.1.1 Matrimonial

O matrimônio desde os exórdios dos tempos, tornou-se a forma mais hábil de se constituir uma família na sociedade. A igreja era o agente principal para tal constituição, pois o seu assentimento valia

de resguardo à sacralização da família que persistia de modo indestrutível com o matrimônio.

Denota-se com isso que o apostolado e o Estado andavam juntos na diferenciação das famílias, a qual tinha visibilidade como modo de reprodução e com o desfecho de regular a atividade sexual dos contraentes a fim de manter rigoroso padrão de pudor.

De tal modo, perante da consagração pela basílica do sacramento indesatável do matrimônio, nasce a compreensão de débito matrimonial na medida em que a exercício sexual estabelecia um dos deveres indispensáveis do matrimônio. Outrossim, o matrimônio conseguiria ser nulificado se algum dos cônjuges fosse infértil ou impotente, o que evidencia a necessidade de procriação para a constituição familiar.

Entende-se que o matrimônio era um patrimônio garantidor da família e, por conseguinte, dos filhos porvindouros, tendo em vista que a salvaguarda máxima era da situação civil de casado sem nenhuma relação de ternura primordial soberana na família, ou seja, não era fundamental o amor, a ternura nas relações familiares.

O Código Civil de 1916 reportou a família então existente, qual seja, conjugal, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual. Ademais, constituiu regras imprescindíveis para o matrimônio e

adequou o regime de bens, designando o regime da comunhão universal.

O Estado e a igreja intervinham na vida das estirpes e privilegiavam comportamentos e estereótipos para uma coletividade que tinha no marido o chefe incondicional da estrutura familiar, na qual a esposa e os filhos dele necessitavam de todas as formas. O matrimônio de dois indivíduos com particularidades distintas ocasionava a constituição de uma unidade patrimonial, ou seja, incontestavelmente acontecia que um sujeito se nulificava, muitas vezes sendo essa pessoa a mulher; e o homem era o cerne referência daquela família.

Além do mais, quando da edição do Código Civil de 1916, entre os artigos 315 e 324, o legislador restringiu toda a regulamentação e os alcances da oportunidade de dissolução da sociedade conjugal. As pressuposições de dissolução da sociedade conjugal, em rol restritivo, incluíam a morte de um dos cônjuges, nulidade ou invalidação do casamento, e o desquite, pacífico ou judicial. O desquite resultava em situação análoga ao divórcio não vincular, com o rompimento da sociedade conjugal, mas conservação do vínculo.

Apenas com a Lei do Divórcio - Lei nº 6.515/77, é que a sociedade e o direito advieram a distinguir novas formas de família, no alcance em que, com o

aparecimento do instituto do desquite, aconteceu o rompimento da junção matrimonial e ocasionou a capacidade de novo matrimônio, a modificação do regime legal de bens para a congregação parcial de bens e, ainda, deixou de ser imperiosa a adoção do uso do nome do esposo.

Com o princípio em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o legislador outorgante procedente, ante das conjunturas pretéritas, fundou proteção às novas formas de família, como por exemplo, nos §§ 3º e 4º do art. 226 da CRFB/88.

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Portanto, a família matrimonializada progrediu e se arranjou ao novo regramento social. Entretanto, amparar o matrimônio é um acordo de adesão, pois as normas são demarcadas pelo Estado e que a aparecimento de vontade dos contraentes seria com relação ao Estado que, antecipadamente, constitui normas legais para o matrimônio.

Afastar o matrimônio a um acordo de adesão é, proferir que o cidadão contrai um objeto como se fosse qualquer coisa. Logo, apenas as pessoas são indivíduos de direitos e obrigações na trajetória jurídica. A amostra de vontade é indispensável para a composição do matrimônio e a constituição da família. Se o anseio não for exposto legalmente ou existindo erro essencial sobre o sujeito do outro, o matrimônio poderá ser abatido.

Além do mais, os contraentes podem concretizar acordo antenupcial para constituir a divisão de bens quando da anulação do matrimônio, pois sem tal acontecimento ambos usufruam do mesmo modo dos bens patrimoniais viventes no lar familiar.

Conseqüentemente o matrimônio não é um acordo para a legislação e, sim, é resultante da livre declaração de anseio de duas pessoas compuserem uma união com comunhão de vida plena a fim de estabelecer uma família.

2.1.2 Informal

A família apresentada como informal é aquela resultante de relações extraconjugais constituídas sem a demonstração legal,

sendo estimadas pejorativamente de adúlteras ou concubinato.

O legislador não almejou dar legalidade à família composta por diversos vínculos familiares que não constituísse o matrimônio ou quando presentes as condições da união estável.

É coerente que tal recurso não era baseada em Direito de Família, contudo se versava de “manobra jurídica” para perfilhar o que até então o Estado não tinha atribuído consideração àquelas uniões imutáveis, o que não pode mais ser empregado no meio jurídico. Hoje em dia, a união estável foi constituída como entidade familiar, o que causa a exigência do dever de recíproca amparo e é seguro o direito a alimentos, não incumbindo mais falar em ressarcimento por serviços prestados.

A família informal tão-somente foi estimada dessa forma em ensejo do momento de seu aparecimento, qual seja, quando da quebra das relações conjugais se constituía novos pares. A informalidade procede da deficiência de base social para acolher e atender o que acontecia. A compensação por serviços prestados é originária do Direito Comercial e foi empregada com o escopo da nova relação não ficar abandonada, pois nas muitas das vezes, o homem assumia com todas as despesas dessa relação, até mesmo pagando

mensalmente todos os custos. Assim sendo, não seria equitativo que tais pessoas, quando do fim dessa relação não contivessem qualquer apoio econômico em virtude de que cooperaram com empenhos pessoais para aquela relação.

A família informal, constituiu-se como um período vivenciado sem a autoridade legal presente, sendo proeminente assegurar que os fatos sociais sempre ficarão à frente das modificações e/ou escólios legislativos.

Hoje em dia, não há que se discorrer em famílias informais no alcance em que presentes a equidade entre os filhos e as relações decorrentes do livre-arbítrio de escolha entre os pares. É válido afirmar que o legislador jamais outorgará base jurídica para aquelas relações ocasionais sem o caráter de formação de família, ou ainda, quando as partes têm conhecimento da existência de infidelidade com seus cônjuges.

A legislação brasileira não defendeu o membro da traição como criador de uma nova família, sendo inviável e antiético. Além disso, o Brasil, é um país monogamista que resguarda a fidelidade como uma das obrigações do matrimônio e, por resultado, de todas as relações aprazíveis constituídas na união estável.

De tal modo, a família informal adveio a ser distinguida como entidade familiar

estimada e discernida com a evolução da sociedade, sendo estimados os integrantes dessa família como partes perpetuados pela união estável.

2.1.3 Homoafetiva

Assinalada pela relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, com distinções de uma união imutável nos termos da lei e já se averiguou como um fato social, não mais sendo capaz o Judiciário desconhecer sua existência e sequer sua tutela jurisdicional. Perante o embasamento da teoria clássica do direito e seus princípios independentes Rainer Czajkowski (2003) certifica:

Por mais imutável que seja, a união sexual entre indivíduos do mesmo sexo – que residam juntas ou não – nunca se distinguirá como entidade familiar. A não organização de família, nestes casos, é resultado não de uma apreciação sobre a prática afetiva e psicológica dos parceiros, mas sim da verificação de que duas pessoas do mesmo sexo, não constituem um núcleo de procriação humana e de educação de porvindouros cidadãos. (CZAJKOWSKI, 2003. p.172.)

Hoje a discriminação não é mais admissível. Demonstra puro preconceito de ordem sexual, eliminado claramente pelo inciso IV do art. 3º da Constituição da República: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Compete ao Poder Judiciário, evocar a Lei de Introdução ao Código Civil no art. 4º “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. ”, justapondo às uniões homoafetivas a legislação, que dispõe o matrimônio e a união estável.

Maria Berenice Dias (2006, p. 186) argumenta que “não há empecilho para o matrimônio homossexual ante da ausência de alusão constitucional à disparidade de sexo do par”.

A união homoafetiva pode estabelecer relação familiar desde que existente os elementos de afeição, afeto, união de vida, mas não será dirigida pelo Direito das Famílias. Recusar aos homoafetivos a viabilidade de perfilhar uma família é atentar *versus* a dignidade da pessoa humana e, ainda, contra o livre-arbítrio e valores soberanos do Estado, quais constituam, uma sociedade livre de preconceitos, equidade e pluralista.

Entretanto, está cada vez mais comum no Judiciário o aparecimento de decisões aferindo direitos às relações homoafetivas visto que compartes vivem em comunhão de vida íntegra e se auxiliam reciprocamente. Assim, porque não atribuir

direitos àqueles que realmente têm relação de amor entre si.

De modo que cada vez mais corriqueiro, casais homossexuais adotando crianças ou mesmo por fecundação artificial, com a finalidade de terem prole como se fossem biológicos. Denota-se, então, que a relação homoafetiva em nada delonga da heterossexual no sentido de constituição da entidade familiar.

O Judiciário vem atribuindo reconhecimento com o perfilhamento de bens adquiridos na tenacidade daquela união, a fim de proibir o enriquecimento sem justa causa. Como foi editado o Código Civil, em 2002, encarregado por estabelecer o regime jurídico das uniões estáveis, explicitando como regime patrimonial o da comunhão parcial de bens, resultando a imprescindível partilha do que foi contraído pelo esforço comum, sob pena de aplicar-se o restritivo princípio da proibição ao enriquecimento ilícito. Verifica-se tal veracidade nos artigos 1.660 e 1.639:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - Os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Na maior parte das vezes, em hipóteses de morte de um dos companheiros, o patrimônio existente terminava por ir para os ascendentes, sem estender a estima o esforço do outro companheiro, que cooperou para aquela formação conjugal. De tal modo, o reconhecimento de uma sociedade de verdade tem ficado a solução achada pelo Judiciário para a conclusão de conferir alguma juridicidade a essa união.

Assim sendo, evidenciado está que é questão de tempo o prestígio pelo Estado, com os próprios direitos das uniões entre

sujeitos de sexos diferentes, como famílias no sistema jurídico brasileiro. Não tem como recusar o fato social da existência da homoafetividade na sociedade brasileira, o que foi célebre em decisão recente do STF. Com a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, dos dias 04 e 05 de maio de 2011, que excluiu qualquer significado do artigo 1.723 da Lei nº 10.406/02 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, reconheceu, por unanimidade, a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar.

Na prática, a decisão significou que as regras que valem para relações estáveis entre homens e mulheres serão aplicadas aos casais *gays*, reconhecendo a como entidade familiar, em “*Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva*” (ADPF 132 e da ADI 4277). O Conselho Nacional de Justiça em 14/5/2013, aprovou a Resolução nº 175 que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, caracterizando a obrigatoriedade dos cartórios de todo o país a celebrar o casamento de união estável homoafetiva.

Em conformidade a Resolução, por ter sido decisão em controle concentrado de constitucionalidade, à qual a Constituição impõe efeito vinculante e eficácia, por se tratar de decisão de obrigatório cumprimento no país inteiro, juízes e Tribunais ficaram obrigados a respeitá-la. Por isso, não houve mais debates sobre a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, no Judiciário, desde então. E, como uma das “consequências da união estável heteroafetiva” é a possibilidade de conversão em casamento civil, este passou a ser reconhecido, inicialmente mediante conversão de prévia união estável, e, posteriormente, de forma direta.

A união estável entre pessoas do mesmo sexo e a possibilidade desta união ser convertida em casamento foi aprovada no dia 08/03/2017 pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, de autoria da senadora Marta Suplicy (PMDB-SP). Na comissão, a proposta recebeu 17 votos favoráveis e uma abstenção.

O relator do Projeto de Lei do Senado (PLS) 612/2011, senador Roberto Requião (PMDB-PR), e aguarda votação em turno suplementar, quando terá decisão terminativa. Poderá então seguir para análise da Câmara dos Deputados, se não houver recurso para votação em Plenário.

Lembrou no parecer a decisão do STF e disse que o Legislativo tem a responsabilidade de adequar à lei em vigor ao entendimento da Corte, a fim de eliminar dificuldades e dar segurança jurídica aos casais homoafetivo

2.2 Princípios e Regras no direito de família

Como todo assunto tratado dentro das ciências humanas traz posicionamentos e vertentes distintas não é diferente quando o assunto se trata da diferenciação de regras e princípios. O que se sabe é que, melhor do que dar um único conceito para cada uma dessas espécies normativas é aplica-los ao caso concreto e fazer uso da interpretação.

Ao longo dos estudos foram surgindo linhas de pensamentos que tentam colocar fim a discussão, porém ainda sem sucesso. Segundo Flavia Piovesan (1997):

O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico (PIOVESAN, 1997, p.60).

Humberto Bergmann Ávila (2004), conhecido como o maior representante da

teoria fraca entre regras e princípios no Brasil expõe seu pensamento a respeito da teoria forte de Dworkin:

[...] para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (all-or-nothing), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contem fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (dimension of weight), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade (ÁVILA, 2004, p.39).

O que se encontra nessa perspectiva é mais uma distinção notável entre Alexy e Dworkin, no qual este designa o conflito entre princípios como balances, e não regulariza na definição de que os princípios se mantêm sempre em embate sendo provável aplicação de múltiplos princípios, separadamente, em graus distintos. Em contrapartida, Robert (1997):

O ponto de vista decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo

fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 1997, p. 162).

Ou seja, não existe a prevalência de um princípio sobre o outro, mas existe a ponderação entre estes princípios que se colidem, diferentemente das regras.

Segundo Maria Berenice Dias (2011).

Quando dois princípios incidem sobre determinado fato, o conflito é solucionado levando-se em consideração o peso relativo de cada um. Há ponderação entre os princípios, e não opção por um deles em detrimento do outro. Havendo conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado já está determinado, a priori, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade da pessoa humana. (DIAS, 2011, p.59).

Em outras palavras, não existem princípios válidos ou inválidos diante de um caso concreto e sim qual será o que melhor se encaixa naquele momento “peso” sem o torna-lo inválido.

Os princípios aqui abrolhados têm seus alicerces na Constituição Federal de 1988 e têm a colocação de embasar diferentes ramos do direito, deste modo não se pode espaçar os princípios constitucionais dos arrolamentos advindos do Direito de Família.

O Brasil viveu sob o regime militar de 1964 a 1985 e vários direitos foram suprimidos durante este período e muito menos se falava em princípios constitucionais. Mas, com o fim da Ditadura felizmente surge um novo modelo de governo que culminou no surgimento do Estado Democrático de Direito onde houve a promulgação da Carta Magna de 1988. Conforme José Afonso Silva (2005):

A sociedade brasileira já não podia mais viver em um País devastado pelas atrocidades da Guerra Fria e da Ditadura Militar. Era hora da mudança e da valorização do ser humano. A devastação deixada pela guerra provocou transformações profundas nos homens e mulheres que sofreram ou presenciaram a guerrilha que clamavam pela redemocratização do País (SILVA, 2005, p.83).

Dentre muito dos artigos elencados na Constituição Federal destaca-se o art. 226, caput, que confere proteção especial do Estado para com a família brasileira. Nesta vertente, o Estatuto das Famílias criado a partir da apresentação do projeto de lei PLS470/2013 pela Senadora Lídice da Mata (PSB-MA) dispõe:

Art.5º- Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto: I – a dignidade da pessoa humana; II – a solidariedade; III – a responsabilidade; IV – a afetividade; V – a convivência familiar; VI – a igualdade das entidades familiares; VII – a igualdade parental e o melhor interesse da criança e do adolescente; VIII – o direito à busca da felicidade e ao bem-estar.

Como bem conceitua Maria Helena Diniz (2011):

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano (DINIZ, 2011, p.27).

Alguns destes princípios surgiram recentemente com o advento das novas modalidades de família permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro e outros encontram respaldo da lei desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2.1 Princípio da Dignidade Humana

Falar em dignidade humana implica em elevar o ser humano a mais alta criatura existente. Este princípio é bastante ressaltado em discursos políticos e está implícito em causas sociais. Dele emanam

tantos outros, como exemplo: o da igualdade; fraternidade; afetividade.

Ferir a dignidade de uma pessoa significar “pisar” na Carta Magna que a tanto custo foi conquistada pela sociedade brasileira. Tal princípio é tão importante que está presente nos principais Tratados Internacionais e discutido por Presidentes, Reis e Chefes de Governo ao redor do mundo. Segundo Maria Berenice Dias (2009):

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito (DIAS, 2009, p.61).

Já o art.1º da CF/88 preceitua como fundamento do Estado Democrático de Direito: “I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

Tais fundamentos é que deram base ao surgimento do art. 6º da Carta Magna que diz: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Atualmente tem-se observado que o princípio da dignidade humana, este sendo um dos pilares do Direito de Família, perdeu em muitos aspectos sua aplicabilidade imediata, pois o art. 5º§1º da CF é incisivo em dizer: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A educação precária oferecida nas escolas públicas; a falta de saneamento básico em muitas regiões; o Sistema Único de Saúde (SUS) falido e sem conseguir atender toda a população; o alto índice de criminalidade e o sistema prisional superlotado deixam claro que o Estado não consegue dar efetividade de forma imediata às normas contidas na Carta Magna.

Pode-se afirmar que do princípio da dignidade humana emana as regras de condutas impostas pela sociedade. Criminalizar o terrorismo; o aborto; o racismo dentre outros neste segmento de preconceito demonstra a regra advindo dos princípios. Luiz Roberto Barroso (2010) esclarece:

Do princípio da dignidade humana, em acepção compartilhada em diferentes partes do mundo, retiram-se regras específicas e objetivas, como as que vedam a tortura, o trabalho escravo ou as penas cruéis. Em muitos sistemas, inclusive o brasileiro, há normas expressas interditando tais condutas, o que significa que o princípio da dignidade humana foi densificado pelo constituinte ou pelo legislador. Nesses casos, como intuitivo, o intérprete aplicará a

regra específica, sem necessidade de recondução ao valor ou princípio mais elevado. Mas, por exemplo, à falta de uma norma específica que discipline a revista íntima em presídio, será possível extrair da dignidade humana a exigência de que mulheres não sejam revistas por agentes penitenciários masculinos. (BARROSO, 2010, p.13).

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p.37) princípio da dignidade humana: “[...] constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art.227) ”.

Conforme versam Gagliano e Pamplona (2014).

Sob o influxo do princípio da dignidade humana, epicentro normativo do sistema de direitos e garantias essenciais, podemos afirmar que a Constituição Federal consagrou um sistema aberto de família para admitir, ainda que não expressos, outros núcleos ou arranjos familiares para além daqueles constitucionalmente fixados, a exemplo da união homoafetiva (GAGLIANO, PAMPLONA, 2014, p.79).

Para muitos doutrinadores o ordenamento jurídico caminha a passos largos na direção ao princípio da igualdade quando observado a crescente força das políticas públicas e ações afirmativas.

2.2.2 Princípio da Igualdade

Durante a vigência do Código Civil de 1916 o homem era superior a mulher, não se ousava em falar igualdade de generosos, tanto que o art. 233 deste referido Código dizia: “O marido é o chefe da sociedade conjugal”.

A ele cabia o sustento da casa, representar a família e poder decidir se a mulher trabalharia fora de sua residência. O chefe de família era quem cuidava do patrimônio e a mulher cabia os deveres da casa.

Felizmente o Código de 1916 foi revogado pelo de 2002 ficando em consonância com a Carta Magna. Com a nova realidade social surge o art. 1.511 do Código Civil de 2002: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Ainda paralelo a este se tem o art. 226 §5º- “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Ou seja, dentro do âmbito familiar os cônjuges têm iguais direitos e deveres perante a lei. Acera do tema, cuida transcrever o magistério de Maria Helena Diniz (2011): Hodiernamente, com a quebra do patriarcalismo e da hegemonia do poder marital e paterno, não há mais,

diante do novel Código Civil, qualquer desigualdade de direitos e deveres do marido e da mulher ou dos companheiros, pois em seus artigos não mais existem quaisquer diferenciações relativamente aqueles direitos e deveres. Esta é a principal inovação do novo Código Civil: as instituições materiais da completa paridade dos cônjuges ou conviventes tanto nas relações pessoais como nas patrimoniais, visto que igualou seus direitos e deveres e também seu exercício na sociedade conjugal ou convivencial. (DINIZ, 2011, p.22).

Assim o art. 5º, caput, da CF/88 traz uma regra pautada no princípio da igualdade: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Deste dispositivo de lei pode ser entendido como regra, ou seja, no Estado Democrático de Direito é proibido que aja discriminação por cor, sexo, gênero, classe social, dentre outros, porém não é uma regra absoluta como defende os pensadores explanados acima, pois os representantes da lei dentro do Estado não conseguem aplicar no caso concreto a regra absoluta.

Diversidade é a palavra de ordem do cenário atual, casamentos homoafetivos e as famílias pluriparentais são exemplos da eficácia do princípio da igualdade. O direito

a diferença é o que move o princípio da igualdade.

Houve um tempo em que havia diferenciação entre os filhos sendo divididos entre naturais (do mesmo pai e da mesma mãe); ilegítimos (frutos de uma relação fora da relação conjugal); adotivos; bastardos.

Mas, por força do art. 1.596 do CC/2002 pautado no princípio ora estudado essa diferenciação foi superada perante a lei Art.1596 “Os filhos, tidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Para Gagliano e Pamplona (2012):

Não há mais espaço, portanto, para a vetusta distinção entre filiação legítima e ilegítima, característica do sistema anterior, que privilegiava a todo custo a estabilidade no casamento em detrimento da dimensão existencial de cada ser humano integrante do núcleo familiar (GAGLIANO, PAMPLONA, 2012, p.83).

Paralelo a este início constitucional tem-se o princípio da afetividade que, não obstante de já estar inserido na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil só recentemente ganhou notoriedade no cenário brasileiro.

2.2.3 Princípio da Afetividade

Quando duas pessoas resolvem se unirem presume-se que a base é o amor e carinho, ou seja, afetividade um para com o outro. Desta união surgem os filhos, naturais ou não. Esclarece Paulo Lobo (2013):

O afeto é um fato social e psicológico. Talvez por essa razão, e pela larga formação normativista dos profissionais do direito no Brasil, houvesse tanta resistência em considerá-lo a partir da perspectiva jurídica. Mas, não é o afeto, enquanto fato anímico ou social, que interessa ao direito. O que interessa, e é seu objeto próprio de conhecimento, são as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecerem a incidência de normas jurídicas. Esse é o mundo da cultura, que é o mundo do direito (LOBO, 2013, p.1).

Como a família é um organismo natural não chega ao fim, porem se renova a cada dia mediante as transformações que ocorrem o tempo todo. Antes a estrutura familiar era totalmente organizada e se podia distinguir claramente a figura de cada integrante: genitor, genitora, filhos, filhas, noras, genros e netos.

Esta estrutura familiar já não representa mais a família brasileira no Século XXI, mas a base que é o amor e afetividade continua sendo o elemento essencial nesse novo modelo de família “desorganizada”

por assim dizer. Maria Berenice Dias (2011), esclarece:

O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto [...] talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade (DIAS, 2011, p.68-69).

Como bem pontua Maria Helena Diniz (2011) os juristas e juízes respeitando o princípio da dignidade humana passaram a interpretar as normas e a Constituição Federal dando prioridade a pessoa e seus interesses afetivos.

Isto é assim porque será preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis [...]. É preciso que no seio da família haja uma renovação do amor e sucessivos recasamentos, para que ela possa manter-se, numa época como a atual, marcada pela disputa, pelo egoísmo e pelo desrespeito. A família continua e deve sobreviver feliz. Este é o desafio para o século XXI (DIAS, 2011, p.40).

Profundas transformações jurídicas aconteceram, como por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo e deste casamento a possibilidade de adoção por casais homoafetivo. Todas essas

mudanças no ordenamento jurídico dentro do Direito das Famílias tiveram como ponto de partida o princípio aqui explanado.

Aquilo que era convencional já não representava a expressa máxima do afeto e assim o poder Legislativo junto com o Judiciário resolveu por colocar de lado o preconceito e abraçar as diferentes formas do amor e do afeto.

Deste fenômeno da afetividade surgiu o tema bastante debatido no momento que é o termo sociafetividade. Como as relações familiares foram se tornando cada vez mais abertas e, portanto, mais complexas.

O termo “sociafetividade” cativou os juristas brasileiros, precisamente porque favorece enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se transformou após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As analogias familiares e de parentesco são sociafetivas, pois agrupa o fato social e a aplicação do princípio regulamentar que é a afetividade.

Ao analisar um caso em que de um lado encontra-se o pai biológico e de outro o pai sociafetivo, o magistrado não deve se ater somente aos laços de sangue que marcam essa relação, mas também o laço afetivo que por muitas vezes se demonstra maior.

Paulo Lobo (2013) menciona que:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e irmãos não biológicos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares (LOBO, 2013, p.1).

E como falado anteriormente, o princípio é uma extensão da norma, assim na situação exposta acima, o juiz deve e precisa aplicar o princípio do superior interesse da criança e do adolescente que será explanado abaixo.

2.2.4 Princípio do superior interesse da criança e do adolescente

Toda criança e adolescente deve receber os cuidados primordiais dos seus genitores. Esse é um dever constitucional trazido pelo art. 229 da CF/88 que ordena: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Justamente em face do bem-estar da criança surge um documento denominado A Convenção sobre os Direitos da Criança,

Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990, que em seu art. 3º afirma: “Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”.

Outro dispositivo de lei também reforça os cuidados dos genitores para com seus filhos, Art.1.634 do C.C, “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação”. Ainda dentro do CC tem-se o art. 1.566 que diz - São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos.

Observar-se, portanto, que os direitos da criança e do adolescente estão espalhados por todo o ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro demonstrando a importância de se construir uma formação estruturada nos valores familiares para que a criança tenha todas as oportunidades de se desenvolver com dignidade.

Como bem preceitua Maria Berenice Dias (2007):

A convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O

distanciamento entre pais e filhos produz seqüelas de ordem emocional e reflexos no seu desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida (DIAS, 2007, p. 407).

Por conta do distanciamento do genitor ou da genitora e na maioria dos casos advindos daqueles que não detém a guarda é que a figura do pai ou mãe afetivo ou socioafetivo tomou tamanho espaço no cotidiano dos filhos e proporcionou chegarem casos no STJ em que este já se posicionou no sentido de que se o afeto é elemento presente entre os pais socioafetivos e filhos são plenamente possível sua regulamentação jurídica pautada principalmente no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O relator do RE 898060 que decidiu “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, e da análise da Repercussão Geral 622, ministro Luiz Fux em 22 de setembro de 2016, considerou que o princípio da paternidade responsável impõe que, tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos pela legislação. Segundo ele, não há

impedimento do reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade – socioafetiva ou biológica –, desde que este seja o interesse do filho. Para o ministro, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de modelos familiares diversos da concepção tradicional, não autoriza decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos.

3 MODALIDADES DE RECONHECIMENTO

3.1 Investigação de paternidade

No contexto histórico nota-se que naquele período em que a mulher tinha sua liberdade bastante limitada cabia a ela fazer os deveres domésticos em sua própria casa, e, portanto, não sai de lá sem a presença do marido. E por conta disso a fidelidade desta para com seu esposo era certa e não cabia discussão de quem seria o pai biológico de seus filhos, era presumido que seria seu marido.

A garantia da investigação de paternidade é, na contemporaneidade, avaliado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente [Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990](#), sendo um direito pessoal, imprescritível e indisponível, de quem quer investigar seu verdadeiro princípio. O progresso do conhecimento no campo da genética e seus diretos resultados no instituto da investigação de paternidade, acarretou uma verdadeira viravolta pelo exame direto do DNA.

A Lei Nº 12.004, de 29 de julho de 2009, que altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. No art. 2º afirma: “Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos”.

Para este esboço, principia-se o trabalho com uma concisa descrição do instituto da filiação, explanando a categorização que era dada as proles, antes da publicação da Constituição Brasileira de 1988, bem como as alterações contraídas com o seu novo julgamento retornado para a execução de investigação de paternidade.

3.2 Da ação de investigação de paternidade

Existia uma altivez entre os filhos gerados dentro do casamento e os gerados fora dele. Essa intensa descriminalização foi abandonando ao longo das eras, com os percursos que a sociedade foi delineando.

Anteriormente da constância da Constituição Federal de 1988, já era presumível sentir certa disposição da doutrina em amparo dos filhos. Significando, um dos caminhos em que é presumível compreender essa certa amabilidade em benefício dos filhos, depara-se com a obra de Arnaldo Medeiros da Fonseca (1958, p.168) em que “não existia qualquer razão para culpar os filhos pela anormalidade das relações, fortuitas ou duradouras, de seus progenitores”.

O seu artigo 363 do favorável Código de 1916, já aceitava a ação de investigação de paternidade dos filhos ilegítimos contra o progenitor ou seus legatários, desde que avaliados algumas pressuposições.

Após a publicação da Carta Magna de 1988, ficaram vedadas quaisquer desobrigações cometidas à pessoa do filho, igualando a todos com as mesmas garantias e designações.

Deste modo, contorna-se irrefragável que a Constituição de 1988, ao suprir o então vigente Código Civil produziu um novo contexto para a família brasileira. Assim como, consequência desse progresso familiar, cometeu-se imprescindível a laboração de um código que gresse mais minuciosamente a garantia de família, para que este código orientasse a sociedade que se deparava plenamente abandonada com a legislação antecedente. Com base nos ensinamentos apresentados como elevados pelo Estado e pela coletividade, a Constituição cometeu com que a legislação Civil precisasse se adaptar a ela em sua nova laboração.

Assim sendo, na época presente, a ação de investigação de paternidade, advém a ser estimada como um direito pessoal, imprescritível e indisponível, de quem quer investigar a sua origem tanto paterna quanto materna, sem qualquer modo de restrição, estando pleno acolhimento legal no Estatuto da Criança e do Adolescente e o nosso atualizado Código Civil.

3.3 Da filiação

Em eras não tão distantes, transformava-se em muito doloroso para uma mulher entrar com uma atuação de investigação de paternidade fazendo a representação seu

filho concebido fora de uma situação conjugal. As progênes ficavam vistos como um dos maiores motivos de um matrimônio, eles retratavam para aquela família o seguimento.

Com a publicação do Código Civil em 1916 a família adveio a ser compilada e conceber formidável papel no arcabouço econômico brasileiro. No exemplo de genealogia patriarcal aplicado no art. 233 do CC de 1916, o procriador que continha a soberania para conquista de todas e quaisquer determinações alusivas à família, até mesmo no tocante aos assuntos matrimoniais.

Neste período possuía uma categorização entre os filhos: os tidos na fidelidade do matrimônio eram considerados como fidedignos, e os tidos fora do casamento eram considerados como ilegítimos, desmembrados em naturais e bastardos.

Caio Mário da Silva Pereira (2006) sistematiza sobre o Código Civil de 1916:

O arcabouço jurídico da família no Código Civil de 1916 assimilava-se à romana, sobressaindo-se, nesta feição, a maneira subalterna da mulher na sociedade matrimonial, em consonância com o patriarcalismo do período, e a submissão dos filhos ao nacional poder desempenhado pelo progenitor e administrador da família. No comovente à situação dos filhos, anotava-se nestes a situação jurídica dos pais. Por isso, os filhos tidos fora do matrimônio eram judiciosos de forma discriminatória, em causa

do repúdio às relações extraconjugais (PEREIRA, 2006, p. 6.).

O Código Civil de 1916 inclusive apresentava um dispositivo que definitivamente proibia o reconhecimento de filho proveniente de uma relação extraconjugal, ao decidir: “os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”.

Com a promulgação da Constituição de 1988, contudo, passou a ser inteiramente proibida qualquer distinção entre filhos, sejam eles concebidos dentro ou fora da relação conjugal/união estável, bem quanto filhos biológicos ou adotivos, coibindo, assim, a acontecimento de hierarquização entre herdeiros de primeiro grau de um mesmo ascendente. Acarretou consigo a ovacionada igualdade entre os filhos. O afeto mais uma vez foi apreciado quando se trata de filiação, visto que normas respectivas não devem ter qualquer escólio que justifique qualquer disparidade de tratamento entre os filhos, independentemente de sua ascendência, surtindo efeitos tanto no âmbito pessoal quanto no patrimonial.

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 afastou todas as desigualdades entre os filhos, presentes no Código Civil de 1916, trazendo grandes inovações no Direito de Família. O Código Civil de 2002

segiu o disposto na lei constitucional, estabelecendo expressamente em seu artigo 1.596 a igualdade entre os filhos: Art. 1.596. “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O artigo 1.593 do Código Civil de 2002 é o responsável pela recepção de outras possibilidades de filiação no nosso ordenamento jurídico, visto que dispõe “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

3.3.1 Dos filhos legítimos

O Código Civil de 1916, considerava como fidedignos os filhos porvindouros na contumácia do matrimônio, mesmo que nulificado ou negativo o matrimônio, adequando ainda as pressuposições de aceitação desta arrogância, em seus art. 338 e 339. Segundo o art. 217, a invalidação do matrimônio não dificultava à legalidade do filho que fosse gerado ou tido antes ou na sua obstinação dele.

No entendimento de Arnaldo Rizzardo (2005, p. 430), “As proles fidedignas valiam-se da conjectura incondicional, sendo que essa conexão transcorria da

presença de três embasamentos: o jurídico, o biológico e socioafetivo”.

Já Rolf Madaleno (2011, p. 155) menciona que “Os filhos que eram qualificados como legítimos conseguiam ser registrados por qualquer uma das suas estirpes”. Bastava que fosse comprovado o casamento para incidência momentânea da presunção integral da filiação, neste caso, qualquer um dos progenitores poderia solicitar a inscrição da certidão de nascimento no registro civil do filho.

Deste modo, os filhos fidedignos valiam-se da conjectura do estado de filho, essa presunção apontava preservar a paz familiar e a segurança. Se a progenitora fosse combinante, esta situação constituía a paternidade: o progenitor da criança é o cônjuge da mãe.

Não seria capaz também utilizar-se tal classificação atualmente, porque além das questões de ordem social, moral, ética e dos princípios constitucionais, ela não permite a inserção da filiação do tipo sócio-afetiva.

3.3.2 Dos filhos ilegítimos

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 468), “ao avesso dos filhos espúrios, os filhos fidedignos constituíam

aqueles tidos fora do matrimônio dos progenitores”, ou seja, os que são gerados por pessoas não combinadas ou vindos de matrimônios nulo, não presumível.

Os filhos espúrios por sua vez haviam uma subclassificação, conforme Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003):

Filhos naturais, quando procediam de indivíduos desobstruídos para o matrimônio ao tempo da fecundação, ou do nascimento e, portanto, com competência para serem legalizados; Filhos ilegítimos, aqueles tidos de indivíduos que possuíam empecilho para o matrimônio, por infidelidade ou incesto, daí decorre a divisão dos filhos bastardos em adúlteros e incestuosos adulteriosos, seriam as progênes que resultam mulher casada ou homem com sujeito que não o seu consorte. (GAMA, 2003, p. 468).

No compreender de Orlando Gomes (1998, p. 360), “pode os filhos adulterioso provir de: a) de mulher casada e homem casado; b) de mulher solteira e homem casado; c) de mulher casada e homem solteiro”.

Arnaldo Rizzardo (2005) dispõe, mencionando Pontes de Miranda:

Diz-se espúria a filiação quando decorre de pessoa não perpetuada por casamento legítimo, ou presumível, ou anulável. É espúria, assim sendo, a filiação: I) quando causada de matrimônio nulo, ou de sujeitas não-conjugadas uma com a outra; II) se derivou de matrimônio nulo, desde que haja aforismo passada em ajuizado. São espúrios os filhos de pessoas ligadas, a princípio, por matrimônio nulo por inaptidão da autoridade, se a nugacidade foi declarada dentro de dois anos do festejo (art. 208) e

transpôs em ajuizado, com pujança a sentença enunciada na ação de nulidade. (RIZZARDO, 2005, p. 409)

A hostilidade vivente era tão ampla que algumas sociedades simplesmente não admitiam os filhos espúrios.

3.4 Novo conceito de filiação

Á luz do direito prosaico contemporâneo, não tem mais como falar em consanguinidade legítimo e consanguinidade ilegítimo, visto que o art. 227, § 6º da Constituição de 1988 veta: "quaisquer denominações discriminatórias relativas à filiação", igualando as progênes, com os mesmas qualificações e direitos.

A filiação apenas acontecia com relação ao estado civil dos progenitores, pois ao antagônico ficavam à benefício de quaisquer direitos, sejam legatários, filiais ou de alentos entre pai e filho. Assim sendo, as progênes provenientes de tal relação eram apontadas como espúrios, ilegítimos, bastardos, etc. Existia entre os filhos vivos a predominância do vínculo sacramental do matrimônio, mesmo que já acabado, sobre o relacionamento atual, o que diferenciava a distinção entre os filhos.

Os privilégios transcorrem simplesmente pelo caso da filiação, não valendo mais as conjunturas da natividade, se antes, durante ou logo após o casamento. A discrepância que existia, não havia mais. Todo o filho é facilmente filho, o período de seu nascimento não traz mais importância, independente da natureza da ligação de seus pais.

Zeno Veloso (2002) bem explica:

A Lei Maior não traz favoritos, não nomeou prediletos, não aceita altivezes em razão de sexo, revogou por finalizado a avelhantada ditadura dos másculos e aboliu, absolutamente, com a desigualdade entre os filhos, produzindo a integral equidade entre eles, impedindo, até mesmo, as denominações que laboravam como fidedigna maldição. As designações discriminatórias concernentes à filiação não podem mais ser empregadas. Filho, de qualquer estirpe ou ascendência, qualquer que seja a índole da filiação, é filho, meramente filho, e chega, com as mesmas garantias e obrigações de qualquer outro filho. (VELOSO, 2002, p. 385.)

Neste domínio, não há mais o que se discorrer em “filho espúrio”, mas sim “filhos”, entretanto, essa categorização continua fixando e originando os filhos vindos de diferentes tipos de relações sexuais.

A lei traz artigos que presumem a paternidade uma vez que esta pode ser contestada apenas por aqueles a quem

interessa saber de sua origem biológica.

Assim;

Art. 1.597. Conjecturam-se concebidos na constância do matrimônio os filhos:

I - Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - Nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Segundo os autores Gagliano e Pampolha Filho (2012) os três últimos incisos foram introduzidos recentemente no Código Civil já que não havia previsão legal para esses casos no Código de 1916 e segundo eles podem ser entendidos como;

Entenda-se por concepção artificial homóloga aquela realizada com material genético de ambos os cônjuges e, por inseminação artificial heteróloga aquela realizada com material genético de terceiro, ou seja, alguém alheio à relação conjugal. Assim, havidos por fecundação artificial homóloga, o falecimento posterior do marido não afasta a presunção, tendo em vista que se trata de uma situação consolidada (GAGLIANO, PAMPOLHA, 2012, p.625).

3.5 Formas de reconhecimento dos filhos

Até mesmo a Constituição Federal de 1988 os filhos vindos de pais conjugados não necessitavam ser célebres, pois tinha a chamada “presunção relativa” que conforme o ordenamento jurídico são decorrências de um matrimônio. Entretanto, nada se discorria quanto aos filhos sucedidos fora da relação matrimonial, pois ainda houvesse o vínculo biológico entre o pai e o filho, ainda carecia o vínculo jurídico de parentesco, que apareceu com o a Constituição Federal de 1988.

Essa diferenciação entre filhos fidedignos e espúrios não mais cometem parte no atual ordenamento jurídico, uma vez que o artigo 227, §6º da Constituição impediu qualquer separação entre os filhos tidos ou não da presença do matrimônio, avalizando seu reconhecimento, mesmo que não haja a relação matrimonial.

A doutrina relaciona duas modalidades de reconhecimento de paternidade, que constituam: o reconhecimento voluntário ou espontâneo e o reconhecimento judicial ao mesmo tempo notório como reconhecimento coercitivo ou coagido.

3.5.1 Reconhecimento voluntário ou espontâneo

O reconhecimento espontâneo, que ao mesmo tempo é denominado pela doutrina como voluntário ou de filiação se completa com a vontade de intenções de ser pai/mãe livremente, ou seja, é uma ação ambicionada pelos pais, que se solidifica tanto em contíguo ou consecutivamente.

Se torna claro de forma ambicionada, espontânea, sem qualquer obrigação ou constrangimento daquele que comete o ato. Ou seja, é o ato pelo qual o pai, a mãe ou ambos assumem, pessoalmente ou por meio de procurador com poderes peculiares, o vínculo que os atrelam ao filho nascendo, aferindo-lhe o status correspondente.

O conceito do estado de filiação é direito individual, interdito e irrevogável, podendo ser praticado contra os progenitores ou seus herdeiros, sem qualquer exceção, segundo reza a direção legal do art. 27, Lei nº 8.069/90.

Para Maria Helena Diniz (2006), “o reconhecimento voluntário é o meio legal do pai, mãe ou de ambos revelarem espontaneamente o vínculo que os liga ao filho, dando-lhe o status de filho”.

tomados no ato de registro do filho. Por isso a lei 8.560 de 1992 veio para regulamentar a investigação de paternidade dos filhos tidos fora do matrimônio.

No art. 2º da referida lei lê-se: “Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação”.

E mais à frente preceitua: art. 2º §3º: “No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação”.

Ademais, o reconhecimento não pode ser revogado a não ser em casos de erro de falsidade do registro e/ou prova de vício de vontade do autor e, portanto: “Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

Porém, esse tema já provocou calorosas discussões e o STJ através da REsp 1003628, tem entendido que nas ações anulatórias de reconhecimento de paternidade é preciso analisar caso a caso, pois se existir relação de afeto entre o pai e o filho a anulação não deve ocorrer, pois nesse caso a socioafetividade sobrepõe ao fator biológico, lembrando claro de aplicar o princípio do mais perfeito interesse da

criança e do adolescente já explanado aqui anteriormente.

Numerosos são os casos de filhos havidos fora da constância do casamento em que a mãe não sabe ao certo quem é o verdadeiro genitor ou então o possível genitor não tem interesse em registrar a criança.

Então o meio judicial cabível é o ingresso de uma ação de investigação de paternidade que em caso positivo obriga o genitor a registrar a criança como seu filho e a partir daí surtir os efeitos legais pertinentes a filiação.

As pessoas legitimadas para propor ação de investigação de paternidade são o filho denominado investigante (e no caso se este for menor será representado por sua genitora ou representante legal) e o Ministério Público. Também partindo do princípio da igualdade entre os filhos o adotivo é parte legítima para propor a ação. Segundo, Maria Helena Diniz (2011).

O reconhecimento judicial de filho resulta de sentença proferida em ação intentada para esse fim, pelo filho, tendo, portanto, caráter pessoal, embora os herdeiros do filho possam continua-la [...] pode ser contestada por qualquer pessoa que tenha justo interesse econômico ou moral (CC, art.1615) [...] (DINIZ, 2011, p.517).

No momento do registro, a declarante é indagada sobre o genitor e, se ela quiser, indica quem é o pai, fornecendo seu nome e todos os elementos necessários à sua localização. Com tais dados, instaura-se na vara dos registros públicos a averiguação oficiosa. O juiz ouve a genitora e determina a notificação do suposto pai, em segredo de justiça, quando necessário, isto é, no caso de ser ele casado.

Como ordena o artigo 3º da lei 8.560/92 se o pai confirmar expressamente a paternidade será lavrado o chamado termo de reconhecimento na qual será averbado no cartório de registro civil.

Porém a casos em que o possível genitor não atende a notificação judicial e assim: “§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade”. Assim, pelo rito ordinário tramita a ação de investigação de paternidade na qual por determinação judicial serão produzidas as provas pertinentes ao caso.

A seguir serão explanados alguns meios de prova utilizados na referida investigação.

3.6 Das provas em geral

Segundo Alberto Chamelete Neto (2002):

A atuação de investigação de paternidade figura uma desordem de méritos. O investigador, procura evidenciar que o indagado é o seu progenitor biológico, o inquirido, por sua vez, tenta evidenciar que não é o legítimo criador e que os episódios até então exibidos são no ínfimo imprecisos, não podendo ser afirmada a paternidade. Neste caso, o meritíssimo fica encarregado de, ao fim do método, finalizar se há ou não a conexão biológica, constituindo sua persuasão, nas provas que necessitarão ser expostas ao longo do processo. (NETO, 2002, p. 43)

No achar de Fernando Simas Filho (1996, p. 54), “prova é a esclarecimento da veracidade dos fatos proeminentes, conexos e discutíveis, em que se baseia a atuação ou a resposta. Prova é resultado; não é meio”. Provar, é conceber atos passados, conceber, em linguagem forense, denota, tornar presente, acontecimentos que já se advieram. A testemunha, oferece ou

descreve ao magistrado, acontecimentos de que teve ciência. Provar é também, buscar a veracidade sobre o que se debate. É levar ao julgador, a confiança de como um acontecimento; é dar ao Magistrado, subsídios para que o mesmo desenvolva a sua persuasão.

Dentro da analogia jurídico-processual, os elementos demonstram casos com os quais anseiam sustentar suas atitudes e principalmente, explicar as suas garantias. Mas a ingênua arguição dos fatos, não se faz satisfatório para formar a persuasão do julgador. É imprescindível que se abrolhe provas satisfatórias para confirmar a realidade, a fidedignidade, a verdade, do fato declarado.

A propósito do contexto, Fernando Simas Filho (1996, p. 55) dispõe-se da seguinte forma: “o ato de investigação de paternidade é uma exata brecha para onde concentram todos os modos de prova em Direito permitidos”.

Assim sendo, a ação de investigação de paternidade, carece da fabricação de prova indubitosa e forte, de maneira a não admitir nenhuma insegurança e incerteza, o que inflige amplo cuidado no apuramento dos fatos. Dentro dessa conjuntura, é determinante a atuação do magistrado, pois compete somente a ele cuidar pela obra de um arsenal comprovativo concreto, do qual

possa arrancar a convicção imperiosa para pronunciar a sentença.

3.6.1 Prova documental

Como dito anteriormente todos os recursos judiciais de provas são permitidos no ordenamento jurídico para comprovar o alegado nas ações de investigação de paternidade.

A prova documental é mais usual quando o genitor querendo evitar uma batalha judicial e já ciente da paternidade resolve apresentar por escrito que é o progenitor biológico. Qualificada como uma das amostras mais remotas e corriqueiras, a prova documental, ainda com a desenvolvimento advindo no campo das provas por meio do exame de DNA, não submergiu sua seriedade, porque permanece sendo a própria asseveração de vontade do indivíduo, que neste caso, é propaga de forma de grafia.

Conforme descreve Chamelete Filho (2002):

Na atuação de investigação de paternidade, os atuantes podem arranjar de múltiplos documentos para emprego em prudência. Entre estes documentos depara-se as afirmações, cartas, cartões de aniversário, bem como bilhetes ou telegramas nuncios pelo indagado à progenitora do investigante. Afinal, informações que possam comprovar ou indicar a vivência de uma ligação mesma que ínfima

entre ambos, no período da concepção (FILJO, 2002, p.49).

A força comprovativa da prova documental transcorre de duas naturezas de condições: Intrínsecos, que proferem respeito à legalidade e competência do indivíduo para a asseveração de sua ambição, alongo de estar em concordância com o conteúdo oferecido, e os extrínsecos, que se aludem à observação das ocasiões materiais a que o atuante é intrincado.

Auxiliada a partir do artigo 364 até o artigo 389 do Código de Processo Civil, a prova documental aparece-se um auxílio essencial para quem ambiciona ver revelada sua filiação.

Deste modo, deparam-se os documentos que evidenciam pagamentos vários como aquisição de bens, liquidação de mensalidades escolares, gastos do parto, dentre outros, convindo como sinais que externam vivência entre pai e filho.

3.6.2 Prova testemunhal

A prova testemunhal é aquela alcançada por interferência de pessoas que admitem os fatos debatidos no método e prestam asseveração em juízo, recusadas as partes que unificam a lide. Assim sendo,

testemunha é o indivíduo que vai à prudência com a desígnio de relatar episódios que possam ser favoráveis na solução da causa.

O artigo 400 do Código de Processo Civil dispõe: “A prova testemunhal é sempre aceitável, não dispondo a lei de modo diverso.” Mencionando Arruda Alvim com analogia ao tema Fernando Simas Filho (1996) descreve:

As três condições para o reconhecimento da prova testemunhal são os consequentes: a coerência interior do depoimento; a ciência direta do episódio e a ocasião dessa advertência; e por fim, as fracassas do testemunho, por ausência de memorização, ignorância, percepção, carência verbal, esfinge de reprodução ou algum outro motivo. (SIMAS, 1996, p. 64.)

Ainda sendo um dos elementos de prova mais remotos e usados pela Justiça, ampla parte das lides não pode ser resolvido exclusivamente com baseamento no depoimento. Sujeitos próximos as partes, na maioria parentes, podem se concordar a amparar as arguições por eles causadas. Conquanto não seja estabelecida prova concreta das relações sexuais, na ação de investigação de paternidade, é conciso causar prova das ocorrências que ocasionam esta alegação.

O juízo precisa ter certo cuidado ao avaliar a prova testemunhal, pois as pessoas arroladas como testemunhas devem

necessariamente ter conhecimento dos fatos, ou seja, precisa ser pessoas que convivem ou conviveram com os litigantes e que sabem detalhar o convívio dos mesmos e também com certa precisão a época em que os fatos ocorreram.

Conquanto Simas Filho, bom causídico das provas periciais, distingue que “o valor da prova testemunhal é essencial” (op. cit., p. 62). Entretanto, para o autor, é conciso que o meritíssimo tenha atenção ao avaliar os depoimentos, porque estes pendem da astúcia de cada sujeito, assim como de sua aptidão de memorização.

3.6.3 Prova pericial

A prova pericial encontra-se para confirmar fatos que precisam de uma ciência especial, de uma ciência técnica e é efetivada sempre por profissionais individualizados, detentores de conhecimentos específicos sobre a matéria de fato, não pode ser concretizada por qualquer sujeito, apenas pelos designados peritos.

Como ordena Código de Processo Civil no art. 420 a prova pericial deverá ser realizada por peritos e seus assistentes técnicos. Bastante usual em várias áreas a perícia “[...] sempre foi utilizada nas ações investigatórias de paternidade. Entretanto,

até a revolução inaugurada pelo exame no DNA, os resultados das perícias eram apenas de exclusão da paternidade e jamais de afirmação”

No caso explícito da investigação de paternidade, Fernando Simas Filho (1996, p. 65.) Enfatiza que “a perícia necessita ser efetivada não apenas por um especialista, mas sim por um especialista e seus auxiliares, porque um exame conseguido apenas por uma pessoa não é irrestrito em suas terminações aborda dos fatos”

E continua o autor acresce que “a perícia é estimada prova direta, porque a justiça perpetra a cômputo imediato dos fatos, vinculando-as no laudo técnico. ” Hoje em dia, a prova pericial, mesmo significando a mais nova dentre os meios clássicos de provas, é a mais usada na procura dos filhos por sua veridicidade biológica, exatamente porque estes casos abarcam matéria técnica que determina a intervenção de especialistas.

O exame de DNA, com sua altiva exatidão, adveio a ser o fundamental método de identificação humana, enfraquecendo os outros meios de prova ao ponto de transformá-los arcaicos frente a esta verdade “incontrovertida”.

Outra inovação trazida graças a evolução tecnológica é o exame prosopográfico com o intuito de demonstrar a semelhança ente o

investigado e investigante. Logo Fernando Simas Filho (1996), esclarece:

O exame prosopográfico consiste na ampliação de fotografias de rosto do investigante e investigado. Elas são subordinadas a justaposição de uma à outra, através de cortes longitudinais e transversais, bem como a inserção de uma parte na outra. No entanto, tal prova não tem mérito jurídico, uma vez que a semelhança, ainda que notória, não tem o condão de por si só inculcar a afirmação do parentesco ente os litigantes (FILHO, 1996, p. 78).

No caso de reconhecimento *post mortem* a perícia se mostra muito eficaz na busca pela verdade real. Rolf Madaleno (2004, p. 162) situa-se seguramente ao tratar deste assunto. Para o autor, esta “sacralização ao exame pericial” é legitimamente inquietante, com isto acolchoa as seguintes explicações: “Já é tempo de impedir a divinização do resultado pericial, transformado o juiz num agente homologado da perícia genética, correto de ela haver peso imensamente elevado a de qualquer outra modalidade de prova judicial”.

Compete relevar, em última análise, que a justiça também tem ponderado o tema desta apoteose que finalizou por revestir o exame de DNA, conquanto conhecendo sua seriedade no contexto probatório.

Citado anteriormente, o exame de DNA é a prova mais utilizada, justamente pela facilidade do exame e o alto grau de

confiabilidade. Como o próprio Código de Processo Civil preceitua é imprescindível a busca pela verdade real: Art.369 CPC “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Assim, por meio desse exame conclui-se que se der positivo a chance de ser o pai da criança é de 98% substituindo somente a manifestação expressa do genitor. Porém havia discussões acerca da coerção nos exames de DNA, já que o STF em 1996 em *Habeas Corpus* 71.373-4/RS proferido pelo Relator Francisco Rezek determinou que a condução forçada do investigado ferisse princípios constitucionais e a integridade física do mesmo.

Contudo, felizmente a Súmula 301 do STJ veio e pacificou o entendimento de que: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.

Inúmeros autores discordam da Súmula e acompanham o entendimento do STF de que presumir algo de tamanha seriedade prejudica o investigado. Já Maria Berenice Dias (2010) entende que:

O fato é que, pelo que diz a lei, a postura omissa do réu induz a presunção de paternidade, o que acaba levando a procedência da ação. Não pode ser outra a solução. A resistência do réu é suficiente para provar a paternidade. Mesmo que inexistam outras provas, sua omissão, por si só, justifica o acolhimento da demanda, sob pena de o direito a identidade deixar de ser uma questão de ordem pública para tornar-se uma questão de ordem privada (DIAS, 2010, p.404).

Em alguns casos o investigado não tem interesse em fazer o exame, porém em muitos deles também o empecilho é custear esse exame que ainda é de alto custo no Brasil. Nas ações judiciais é possível que o investigado seja beneficiado pela justiça gratuita ficando isento o pagamento do exame, mas o lado negativo é que em muitos Estados a realização ocorre até anos depois de ajuizada a ação, pois como qualquer exame realizado pelo SUS a demora é certa. Nos casos em que o mesmo não consegue a gratuidade da perícia fica a cargo do investigado adiantar o valor para custear esse valor pode ser determinado a título de alimentos provisórios.

4 AS EFICÁCIAS DAS NOVAS MODALIDADES DE RECONHECIMENTO

Trataremos sobre as eficácias acentuadas do reconhecimento de paternidade, vez que estes são características, atributos do reconhecimento e por conta disto têm grande importância para completar de forma essencial o conhecimento desse ato, bem como será tratado sobre como é qualificada a natureza do reconhecimento de paternidade.

4.1 Os atributos acentuados

Para Caio Mário da Silva Pereira (2006).

Reconhecimento de paternidade estado concretizado de forma satisfatória e estando capaz de produzir consequências, derivam disto, quaisquer atributos que são referidos pela doutrina e tem finalidade em decisões jurisprudenciais. (Pereira 2006, p. 345)

Os atributos referidos pelo autor são: irrevogabilidade ou irretratabilidade, anulabilidade e nulidade, renunciabilidade, validade *erga omnes*, indivisibilidade, incondicionalidade e retroatividade.

Irrevogabilidade ou irretratabilidade, havendo o pai demonstrado sua vontade ao reconhecer o filho, ele não será capaz de revogar o reconhecimento. Se eventualmente o reconhecimento tenha sido disposto por procuração, esta consente tão somente o procurador a realizá-la. Caso

interrompa a procuração pelos motivos de morte do mandante, invalidação ou até mesmo pelo desinteresse do procurador, o instrumento perderá a sua eficácia com relação ao reconhecimento do filho e significará para instrução de ação de investigação de paternidade.

Ao avesso, se a revogação é causada por motivos os quais o constituinte poderá contestar a declaração perpetrada, seja por recusar a paternidade ou por declarar que foi levado a praticar o ato por fraude ou repressão.

Conforme discorre Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.326) “A irrevogabilidade não poderá ser difundida com a anulabilidade que deve ser criticada pelo progenitor ou seus herdeiros quando existente determinado vício que abrange o ato jurídico”.

Anulabilidade e nulidade é admissível questionar a respeito de ausência de algum das condições inerentes ao reconhecimento de paternidade, tais como a condição formal, objetivo ou subjetivo, até mesmo pode existir a possibilidade de nulidade por motivo de erro, fraude, repressão, falsidade e até mesmo em casos de dolo. No entanto a insuficiência relativa do procurador não determina a anulabilidade do reconhecimento voluntário.

Relativamente inábil caso não seja capaz de assinar a escritura pública por justificação de inabilidade e caso não exista alguém para lhe oferecer assistência, como por exemplo, um protetor, poderá reconhecer por testamento segundo previsto no artigo 1860 do Código Civil: “Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”. Parágrafo único: “Podem testar os maiores de dezesseis anos”.

Em analogia ao registro de nascimento, caso o depoente seja o progenitor, é verdadeiro o reconhecimento, uma vez que o relativamente inábil não é proibido de realizá-lo, e, que seja qual for o motivo predispor da anulação do reconhecimento, é imperioso declaração judicial. A probabilidade de contrapuser ou extinguir o reconhecimento em fatos de calúnia que tanto pode ser sensual como ideológica.

A calúnia material nas palavras do próprio Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 99-100). “Acontece quando o feito sobrepuja declaração sob assinatura alheia. Significará o caso de alguém que se preconiza como o pai, e profere, sem o ser, o ato de reconhecimento. Ou a suposição de tramar o oficial de registro ou certidão falsa”

A mentira ideológica produz-se quando o ato é perfeitamente feito, sem distorções,

mas o conteúdo não é válido, como por exemplo, na ocorrência em que o declarante expõe ser o progenitor, mas não o é na veracidade.

Existindo o ato de belado uma declaração de paternidade que não é correta, o reconhecimento, mesmo consentidas as formalidades, não deverá abrolhar seus efeitos, originando a anulação do mesmo bem como prova-se a mentira da declaração.

Renunciabilidade, esta qualidade pauta-se ao contido no artigo 1614 do Código Civil de 2002: “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”.

Este atributo está existente de tal maneira no reconhecimento voluntário da paternidade, bem como no caso de reconhecimento judicial. Advindo a incluir-se no registro de nascimento, o reconhecimento, além de ter validade para os pais, vale além disso para todos os indivíduos compreendendo os parentes, ainda que o ato seja particular, uma vez que fazendo parte no registro de nascimento ou assim como é concretizada o averbamento no mesmo, tornando-se público.

Indivisibilidade: bem como o reconhecimento tem, o de estado de

perfilhação para com o filho reconhecido e como este estado é inseparável, não se aceita romper para compreender o filho reconhecido, necessitando ser uma declaração global, de tal modo, não se pode assentir um reconhecimento parcial ou limitado do pai.

Incondicionalidade: denota que o reconhecimento não aceita condição de nenhum tipo, seja decisória ou negativa.

Elucida Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 359) “Retroatividade: é a probabilidade de o reconhecimento retroceder até a data do nascimento do filho ou da sua concepção. Está unida a natureza afirmativa do reconhecimento, de sentença que admite ou recusa a paternidade”.

4.2 A natureza do reconhecimento de paternidade

Tendo em vista o que dispõe o artigo 1616 do Código Civil, “A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade”.

Independentemente de sua modalidade (voluntária ou judicial), a mesma é declaratória, uma vez que declara uma situação preexistente e não visa a modificação ou criação de um estado de coisa, constituindo assim, um ato jurídico tendo em vista que seus efeitos decorrem da lei. Independentemente de ser o reconhecimento voluntário ou judicial é declaratório, pois a paternidade não será designada com o reconhecimento, será apenas declarada.

Significa-se admissível tal entendimento, vez que a ocorrência de determinada pessoa ser filha de outra pessoa continuamente existiu, mesmo quando ela até não era reconhecida neste atributo para todos os efeitos. Não é desde o reconhecimento que ela passa a ser filha de alguém como se antes deste ela não fosse filha, somente será declarada a relação preexistente, a analogia que existia antes, mas que por qualquer motivo era desconhecida pelo pai.

4.3 As consequências do reconhecimento de paternidade

Os direitos particulares do filho que são provenientes do parentesco advieram a ser reclamados juridicamente, com o ato de reconhecimento, para efeito do reconhecimento.

Inicialmente com o reconhecimento existe para o filho um estado, uma afinidade de parentesco, uma designação de nome cuja origem encontra-se no nome do pai ou de um ascendente masculino, e quando menor, o filho sujeita-se ao poder familiar. Em um segundo momento há com o reconhecimento de exigir prestação alimentícia e a garantia de direitos legatários.

Para Carlos Alberto Bittar (2006. p. 205) significando o “reconhecimento voluntário ou judicial, provêm deste ato todas as consequências comuns da filiação, como o poder familiar, a obrigação assistencial, a obrigação alimentícia, o direito legatário, em suma, todas os efeitos jurídicos inerentes a esse estado”.

Nada mais equitativo que assim o estivesse, não existiria cabimento caso, por exemplo, se o reconhecimento que procedesse de uma sentença judicial não causasse as mesmas consequências que um reconhecimento que fora concretizado livremente pelo progenitor, uma vez que as duas formas de reconhecimento têm como finalidade fundamental assumir a paternidade, ambas

por imparcial necessitam ter os mesmos efeitos.

Por serem de extraordinária importância as consequências do reconhecimento é que os mesmos não aceitam condição ou termo, segundo consta do artigo 1613 do Código Civil: “São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho”. O reconhecimento provoca resultados patrimoniais e morais, sendo o fundamental deles a relação de parentesco entre progenitor e filho, as consequências do reconhecimento de paternidade como: poder familiar, estado, relações de parentesco, o nome, alimentos e sucessão. Estas consequências que serão a seguir analisados.

4.3.1 Poder familiar

A figuração exclusivista pátrio poder padeceu de existir havendo em vista a disposição de igualdade existente entre os progenitores no exercício da tutela jurídica, a qual o preceito dava primazia ao progenitor por razões de disciplina, mas não com a finalidade de excluir o papel da mãe. Por força do artigo 360 do Código Civil de 1916: “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob poder do progenitor, que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai”. Portanto se só um dos pais

efetuasse o reconhecimento do filho ele seria titular do pátrio poder, e caso os dois o tivessem reconhecido, o pátrio poder cabia ao pai.

Estabelecida decisão muitas vezes depreciava o filho, vez que sem se submeter as precisões deste, o legislador separava da mãe que o havia criado, o pátrio poder, e o passava ao pai que reconheceu o filho tarde. Entretanto o Decreto-Lei nº 5213/43 veio a acrescer ao texto do artigo 360 do Código Civil de 1916: “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob poder do progenitor, que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai”.

Desse modo, o progenitor que proviesse ao reconhecimento do filho não proveniente do matrimônio, não contraía de imediato o pátrio poder, vez que o meritíssimo poderia constituir este à mãe se consentisse melhor ao interesse do filho.

O Código Civil de 2002 tomou a designação poder familiar, apresentando-se no sentido de que não tem mais a autoridade do pai no seio familiar. Elucida-se ainda que o atualizado Código estabelece que compete aos pais o poder familiar, outorgando assim à figura da mãe iguais poderes que eram aferidos apenas ao pai no Código anterior. Ressalva ainda, que os filhos estão sujeitos ao poder familiar até estar na maioridade, ou seja, 18 anos de idade.

Necessita-se destacar que poder familiar não é a mesmo que a guarda, podendo o magistrado atribuir a um dos pais o poder familiar sem lhe confiar a guarda.

Caio Mário da Silva Pereira (2006) explica os incisos do artigo 1634 do atual Código Civil, no que compete aos pais, quanto a pessoas dos filhos menores, sobressaindo as principais mudanças,

Os incisos segundo Pereira (2006) são:

Inciso I: esse precisa compreender vigilância, conselhos, dentre outros, para preparar os filhos para a vida, adequando-lhes no mínimo a instrução primária.

Inciso II: o problema está na guarda compartilhada. A mesma é transitável e admissível desde que analisado primeiramente o interesse do menor e que os pais tenham maturidade e probabilidade ativa de compartilhar a rotina do filho harmonicamente.

Inciso III: pelo Código precedente em tendo discórdia entre os pais, prevalecia o anseio do pai. Atualmente compete a ambos igualdade nas deliberações, no entanto existindo injustificada recusa, compete ao meritíssimo suprir a falta de assentimento para o matrimônio.

Inciso IV: com analogia a este inciso o próprio tem a mesma redação do inciso IV do artigo 384 do velho Código, tendo

somente suprido pátrio poder por poder familiar

Inciso V: esse aspecto não é apenas ao filho nascido como além disso compreende a fase de concepção, até mesmo que não exista para o filho individualidade, pois o artigo 2º do Código atual prevê que se começa a individualidade com o nascimento com vida, resguardando o interesse do nascituro desde sua concepção.

Inciso VI: configura-se significando uma medida cautelar de busca e apreensão.

Inciso VII: na suposição dos serviços, o conceito é a de participação do filho, o qual auxiliará seu pai dentro de suas probabilidades, necessitando ser notadas as normas constitucionais que impedem o trabalho infantil, exceto como aprendiz.

Com relação à gerência dos bens do filho menor o novo Código causou poucas transformações, tendo sido conservadas praticamente todas os preceitos que fazem parte no Código anterior, com a diferença de que a mãe neste atual Código compartilha do poder familiar.

Declara ainda que a perda do poder familiar, tendo suas hipóteses no artigo 1638 do Código Civil de 2002, constitui a mais grave sanção imposta aos pais.

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir,

reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - Entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que o processo de perda e suspensão do poder familiar, confere à autoridade judiciária a opção de suspender liminarmente ou incidentalmente o poder familiar até que ocorra o julgamento definitivo da causa, devendo a criança ou o adolescente ficar então com pessoa idônea, por meio de termo de responsabilidade.

A deposição do poder familiar será arranjada em procedimento contraditório, respeitando os trâmites dos artigos 155 a 163 do mencionado Estatuto e o que constituem os artigos 1635 e 1638 do novo Código Civil. Entretanto, o mencionado Estatuto institui que o mais formidável é a conservação da criança ou adolescente na sua família, necessitando somente ser separada da mesma por motivos aceitáveis, colocando ainda, que a deficiência ou ausência de recursos materiais, não configura pretexto suficiente para a detrimento ou interrupção do referido poder.

É fulgente que o fato de se os pais advierem por algum tipo de precisão, não sendo capaz adequar aos filhos uma vida tranquila, sem problemas e inquietações, não denota que

os mesmos não podem amá-los e que se avigorem para dar o mínimo de dignidade e qualidade para que sejam capazes de viver cada vez melhor, longe dos bloqueios que os rodeiam. Por isso mesmo que essa circunstância não estabelece motivo que por si só chegue para que os filhos estejam longe de seus pais, necessitando para que isso ocorra, motivo justificável e admissível.

4.3.2 Estado

O Direito Civil dá relevante importância ao estado de filiação, que pode derivar de um fato, que é o caso do nascimento ou que pode derivar de um ato jurídico, como é o caso da adoção.

O estado representa-se como constituindo uma realidade objetiva que cada indivíduo goza tão-somente, e por ser objetiva que se unem a ele, características peculiares aos bens imateriais, como dizer ter o estado de filiação adotada, requerer o estado de filiação legítima e reivindicar o estado de filiação natural.

O estado é irrevogável, como é o caso da ação de investigação de paternidade, a qual poderá a qualquer momento ser ponderada em face do pai ou de seus herdeiros, já que o filho consegue a qualquer tempo solicitar o estado a qual tem direito, assim sendo a

prescrição não o alcança já que tem por objetivo alegar o estado de uma pessoa e não há prazo decadencial para que esta possa solicitá-lo.

Quem foi reconhecido de forma voluntária ou obrigatória, acomete-se no estado de filho, admitindo os deveres e contraindo direitos que lhe são peculiares ou que dele derivam.

Afirma Caio Mário da Silva Pereira (2009) que:

Em relação aos filhos extraconjugais a lei determina um reconhecimento, seja ele voluntário ou não. Caso não tenha tido um ato voluntário e protocolar do pai, ou uma sentença a qual assumiu a paternidade, não há juridicamente a filiação, vez que não há o estado oficial, um *status* cuja significado consta em lei. (PEREIRA, 2009, p. 360)

Pode-se provar a filiação extramatrimonial pela certidão do termo de nascimento inscrita no registro civil como consta no artigo 1603 do Código Civil: “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil. ”, sendo que só será mencionado o nome do pai, caso o mesmo de forma expressa o autorize e apareça, pessoalmente ou por meio de um procurador com poderes específicos, para que quando reconheça, assine ou mande assinar a seu rogo com duas testemunhas.

O estado do filho proveniente de relação extraconjugual ainda poderá ser evidenciado na certidão do registro de nascimento, após o averbamento da sentença declaratória ou por ato espontâneo de reconhecimento concretizado pelo pai.

Sendo demonstrado o estado da pessoa legitimamente, tem-se com relação aos resultados, identidade entre eles, mesmo que hajam antigos preconceitos relacionados ao filho natural, para o princípio, os direitos e comprometimentos derivados da filiação natural se coincidem aos que deriva de filiação legítima, segundo artigo 227, §6º da Constituição Federal.

Torna-se clara aludida identidade, equidade entre as consequências do reconhecimento tanto para os filhos originários do matrimônio, quanto para os filhos não originários deste, já que a paternidade independentemente do modo que adveio a existir é a mesma, os direitos e obrigações consequentes da paternidade não vão ter uma mão distinto por causa do modo como “apareceu”, por isso, exatamente, necessitam ter os mesmos efeitos.

O estado é um direito ético que dura independentemente do modo que foi reconhecido, ou que seja recusado por quaisquer familiares ou terceiro, com isso pode-se compreender que o estado uma “cerne” de cada pessoa, o próprio não pode

ser separado meramente pelo fato de que alguma pessoa não concorde com o fato existente, já que ele vai além do anseio e da opinião de outras pessoas.

4.3.3 Relações de parentesco

Como assegurado antes não mais têm quaisquer distinções entre os filhos originários ou não do matrimônio, bem como em relação aos adotados, vez que todos têm os mesmos direitos e designações segundo consta no artigo 227, § 6º da Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

É percebido que o filho não originário do casamento chega a golpear os princípios familiares, deparando rejeição que o tempo não atenua. Havendo o legislador entendido que este filho ficaria acatado inferior, que desde seu nascimento a família o abandona de lado, que a sociedade não a estima, tenha buscado abrandar o desprezo social havendo-o agregado na família, tentando conferir-lhe igualdade com relação aos outros, originários do matrimônio.

O reconhecimento judicial ou espontâneo confere ao filho natural o status de filiação, e como não é aceitado constar na certidão advinda pelo oficial do registro a natureza da filiação, o estado é análogo ao do filho originário do matrimônio. Ele contrai o nome do pai, tem direito à alimentos e à herança.

Seria contraditório que o filho não originário do matrimônio fosse tão-somente filho da mãe ou do pai e em relação aos familiares dos pais não existisse qualquer vínculo parental, mesmo porque isolar este filho muitas vezes com a finalidade de resguardar a família derivada do casamento é ilógico, vez que os incumbidos pelo fato foram seus progenitores.

Assim sendo, podemos analisar que tanto o filho reconhecido judicial quanto o espontâneo, acomete-se na qualidade de parente, tanto para com os familiares de seu pai quanto de sua mãe.

4.3.4 Nome

Um dos elementos que formam e fazem parte da personalidade é o nome, pois é denominação do indivíduo e é o fator que a qualifica na sociedade, sendo ligado intensamente ao estado.

Está de modo inclusivo está inserido nos direitos da personalidade como fazer parte

no artigo 16 do Código Civil quando preceitua que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome”.

Pode-se perceber deste modo que o nome tem extrema importância, pois é essencial a todas as pessoas, pois o modo como nós sinalizamos a alguém, para chamá-la, é pelo nome, o feito assim consegue particularizar alguém. O nome civil tem aspecto público e privado ficando um direito e um dever, que abrange um direito particular e um interesse social.

Nas palavras do próprio Caio Mário da Silva Pereira (2006).

Em analogia ao seu feitiço público, o benefício ao nome fica sempre ligado a um dever, ou seja, o registro civil como uma obrigação que a lei confere a todo indivíduo. Sob o aspecto particular, garante-se a toda pessoa a capacidade de se identificar pelo seu próprio nome (Pereira 2006, p. 250).

Garante ainda o autor que o prenome, de ajuste com a lei não está sujeito à alteração, já em relação ao sobrenome, que poderá ser mudado. Para que aconteçam as alterações do nome, estas necessitarão ser requeridas perante o juiz, e somente por ele elas poderão ter autorização, antecedendo justificção, com uma audiência do representante legal do Ministério Público, necessitando ser analisadas as devidas formalidades processuais.

A adoção pelo nome do pai configura para o filho um direito com fundamento nas relações de parentesco, o qual se estabelece com a filiação, sendo um efeito do reconhecimento.

O direito ao nome é uma característica individual, o qual está unido ao estado, e quando o próprio se forma, e quando o filho advém a ser vinculado na família do pai, ele será capaz de usar seu patronímico, ainda que os demais familiares não sejam de acordo.

Por óbvio que precisa ser assim, o nome, é um direito, e este não se remete as pretensões de algumas pessoas que por algum ensejo não reconhecem referida paternidade e são contrários a adoção, do sobrenome de seu pai, até porque o elo existente entre eles vai mais adiante do que um simples capricho.

E, se acaso pai, reconhecer a paternidade no registro de nascimento citar nome que difere do seu, não impede que o filho seja capaz de adotá-lo logo após, vez que o uso deste direito não seja sujeito a determinação e a própria lei permite ao filho, e não só a ele, a alteração do nome desde que não traga perturbações aos apelidos de família, sendo por certo que tomar o nome do pai, incide em sua conservação.

Como o direito ao nome é uma consequência do reconhecimento, não há

valimento questionar se o mesmo é passível de se opor a algumas pessoas, tem casos em que o filho reconhecido tarde, desiste-se de adotar o sobrenome paterno.

De fato, a adoção do patronímico do pai vai sujeitar-se de algumas situações, até mesmo e principalmente conexo ao relacionamento afetivo existente entre o progenitor e filho, independente do pretexto, como, por exemplo, se não possui ou jamais existiu uma convivência entre eles é entendido a negativa do filho em adotar o sobrenome paterno, mas é fulgente que as situações precisam ser consideradas no caso concreto. De algum modo, foi possível analisar que o nome é uma das consequências essenciais do reconhecimento, por todas as pessoas, sem restrições, se empregam dele, pois como é certo não há como idealizar alguém que não recebeu o nome, e independente de o mesmo vir “seguido” apenas do patronímico da mãe ou somente do patronímico do pai, fato é que o mesmo tem a particularidade de nos diferenciar e nos fazer reconhecer diante a sociedade.

4.3.5 Alimentos

Conforme Elucida Caio Mário da Silva Pereira (2009).

Toda pessoa que não tem possibilidade de se sustentar não poderá ser largada a sorte até falecer pela ausência de alimento. É obrigação da sociedade, mediante seus órgãos competentes, aprovisionar-lhe sustento e proporcionar-lhe meio de sobrevivência. (Pereira 2009, p. 360).

Compete ao Estado cuidar para que não careça às pessoas, trabalho e meio de vida, entretanto, nem sempre este exerce esta função, incumbindo às demais pessoas auxiliarem quem passa por problemas. É habitual que quem se está mais próximo e perpetuado, seja pelo elo consanguíneo ou civil, exerça este papel, oferecendo os alimentos, que abrangem o que é imprescindível à vida, como alimentos, vestimentas e moradia, e o que envolve instrução escolar, constituindo estes os alimentos civis.

As circunstâncias para a execução da obrigação de proporcionar alimentos são: a precisão de quem os pretende, incapacidade de prover a sua subsistência e a oportunidade do alimentante em ajudar sem afetar seu próprio sustento. De fato, não existiria razão caso alguma pessoa que não precisasse de alimentos realmente, os solicitasse para outro que não tem viabilidade de ajudar.

Os direitos aos alimentos consequentes da relação de consanguinidade são passíveis de se opor inicialmente aos familiares de

primeiro grau, analisada a mutualidade, logo após aos ascendentes, analisada a ordem de sucessão e na ausência de uns e outros, competem aos irmãos, não distinguindo a lei entre os que são ou não originários do matrimônio.

O direito aos alimentos não se pode renunciar, não sendo capaz o alimentando renunciar deles; é intransferível; é impenhorável; é impagável; e imprescritível.

No entanto Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 255) qualifica as características dos alimentos como: “direito pessoal e intransferível, irrenunciabilidade, impossibilidade de restituição, incapacibilidade, impenhorabilidade, impossibilidade de transação, imprescritibilidade, variabilidade, periodicidade e divisibilidade”.

Reconhecido o filho e, portanto, sido manifestada a relação de parentesco, designa-se a obrigação mútua entre pai e filho de proporcionar os alimentos, conforme artigo 1696 do Código Civil: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Os parentes conforme o artigo 1694 do Código Civil devem prestar alimentos uns aos outros e desde o reconhecimento do

filho é estabelecido entre este e o pai que o reconheceu, o direito de requerer alimentos um do outro.

Os alimentos que são precisados ao filho não se submetem às condições fixadas pela lei para a realização da prestação alimentícia, vez que os mesmos são obrigações impostas aos progenitores de aprovisionar à subsistência do menor. Não será imperioso arguir se o filho reconhecido tem ou não bens ou se pode ou não se sustentar pelo seu trabalho, vez que a dever existente pelo pai em proporcionar alimentos ao filho menor, anule ao princípio geral de que a prestação alimentar fica dependente à demonstração da precisão do alimentando.

Entretanto, este direito referente ao filho tem limite, qual seja, a disposição de estabilidade do progenitor alimentante, depositando assim que o sustento do filho não poderá tirar de seu pai as necessidades essenciais ao seu sustento. A prestação alimentícia carecida pelo pai ao filho reconhecido poderá ser plausível, satisfazendo às necessidades do menor, sem, entretanto, esquecer que possa existir uma pessoa que ao mesmo tempo precisa de meios apropriados para sua sobrevivência, o progenitor. Precisando então esta, acatar as necessidades de um sem prejudicar a do outro.

No caso de filho maior reconhecido a este só será possível requerer os alimentos ao pai, se não tiver condições ou não puder, mesmo tendo trabalho, obter sustento próprio e na falta do pai ou da mãe, o direito poderá ser acionado em face de seus avós, tanto paternos como maternos, bem como aos irmãos.

Tanto a doutrina como a jurisprudência, aceitam, ainda que com certa prudência, a expansão dos alimentos para o filho mesmo que seja maior de idade, se acaso este ainda for estudante e não tenha renda própria. É aconselhável que seja conservado até o limite dos 24 anos de idade enquanto cursar ensino superior.

4.3.6 Sucessão

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 335): “O mais imprescindível dos efeitos do reconhecimento é a imputação ao filho de direito sucessório; é a competência por ele contraída para herdar *ab intestato* do progenitor e dos parentes deste”.

O direito sucessório é mútuo entre pais e filhos, sendo que tanto os ascendentes como os descendentes, estão considerados entre os herdeiros imperiosos.

Segundo ainda o autor que no Código de 1916 em seu artigo 1605, §1º “Havendo filho legítimo ou legitimado, só a metade do

que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento”. Assim sendo, apresentava-se a seguinte situação, que se o reconhecimento do filho espúrio fosse anterior ao matrimônio de seu pai, ele disputava com seu irmão legítimo, nas mesmas dimensões, agora, se este filho fosse reconhecido na fidelidade do matrimônio de seu pai, ele adquiria apenas metade do que ao filho fidedigno pertencesse.

A Lei do Divórcio, Lei nº 6515/77 veio a equiparar-se para efeitos sucessórios, os filhos originários de qualquer natureza, havendo sido prevalecido o *caput* do artigo 1605 do Código Civil de 1916: “Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos”.

Não seria admissível que apurada situação de desigualdade entre os filhos permanecesse a prevalecer, até porque, filho é filho, não obstante se este foi ou não reconhecido na tenacidade do matrimônio de seu pai, tendo este filho direito de ser considerado no que pertence à herança largada pelo seu pai, visto que determinada disparidade além de pôr preciso ainda preconceituosa, era o mesmo de castigar o filho pelo fato do próprio não ter sido oriundo do matrimônio de seus pais.

Contudo, a evolução jurídica veio com a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, § 6º quando ordenou que todos os filhos sendo vindos ou não do matrimônio, incluíam iguais direitos. Os que até então eram denominados filhos espúrios, adulterinos ou incestuosos, pela Constituição de 1988 são todos designados de filhos.

O que nos induz a compreender que todos os filhos independentes de sua natureza ganham o que lhe é necessitado a título de herança largada pelo seu progenitor em igualdade de qualidades, a de filho.

4.4 Paternidade socioafetiva

Muito se progrediu no Brasil no que a doutrina jurídica especializada designa paternidade socioafetiva, assim compreendida a que se compõe na convivência familiar, independentemente da ascendência do filho. A designação incorpora duas realidades analisáveis: uma, a integração decisiva da pessoa no grupo social familiar; outra, a relação afetiva realizada no tempo entre quem adquire o papel de pai e quem adquire o papel de filho. Toda realidade, por si só, ficaria no mundo dos fatos, sem qualquer importância

jurídica, mas o fenômeno próximo acendeu a significância para o mundo do direito, que o aproximou como categoria própria. Essa entrada foi admissível porque o direito brasileiro transformou substancialmente, principalmente a partir da Constituição de 1988, uma das mais prósperas do mundo em relações familiares, cujas linhas constitucionais tencionaram-se no Código Civil de 2002.

A socioafetividade transformou-se então uma das maiores qualidades da família contemporânea e se constitui nas relações familiares onde o amor é cuidado cotidianamente.

A partir dessa conjuntura é que se fundamenta a família contemporânea e que aparece o Princípio Jurídico da Afetividade, que derivando de outros Princípios Constitucionais, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é estimado o princípio implícito.

Segundo o autor Paulo Luiz Netto Lobo (2003):

Deparam-se na Constituição Federal brasileira determinadas referências, cuja interpretação sistemática acarreta ao princípio da afetividade, característico dessa aguçada evolução social da família, principalmente: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua genealogia (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alça-se inteiramente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade composta por qualquer dos progenitores e seus descendentes,

compreendendo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma decência de família constitucionalmente protegida (art 226, §§ 3º e 4º). (LOBO, 2003, p.135).

Analisa-se que a relação de paternidade não se submete mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é essencialmente socioafetiva, conseguindo ter origem biológica ou não-biológica; assim sendo, a paternidade socioafetiva é espécie do qual são condições a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.

De acordo com a tradição, a situação comum é o julgamento legal de que a criança nascida biologicamente vivem unidos em matrimônio contrai o status jurídico de filho. Paternidade biológica constituiria igual à paternidade socioafetiva. Mas há outras suposições de paternidade que não resultam do fator biológico, quando este é debelado por outros valores que o direito pondera predominantes.

A paternidade abrange a composição de valores e da particularidade da pessoa e de sua dignidade humana, contraída especialmente na convivência familiar ao longo da infância e a juventude. A paternidade é compromisso, direito-dever, estabelecida na relação afetiva e que adquire os deveres de cumprimento dos direitos essenciais da pessoa em formação como determina o artigo 227 da

Constituição Federal de 1988. É pai quem adquiriu esses deveres, ainda que não seja o pai.

É extraordinário lembrar que o estado de filiação, envolvido como o que se constitui entre o filho e o pai, como significando a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, envolvendo um intricado de direitos e deveres mutuamente estimados. O filho é titular do estado de filiação, do mesmo modo que o progenitor é titular do estado de paternidade em relação a ele. Assim, onde existir paternidade juridicamente acatada existirá estado de filiação. O estado de filiação é presunçoso em relação ao pai registral.

O relacionamento paterno-filial socioafetiva é aquele que aparece no decorrer da convivência; é uma aquisição que ganha grandeza e se consolida nos detalhes.

É fruto de um desejo, onde o anseio de ser pai se estabelece na via do querer ser filho. Deste modo, o fato socioafetivo nem a todo momento é verdade desde logo, nem em todo o tempo se expõe desde a concepção ou do nascimento, ela se estabelece e refina-se no seio da vivência familiar.

4.4.1 Paternidade Biológica e Paternidade Socioafetiva

No que se alude à paternidade e maternidade, antes de qualquer acontecimento, é imprescindível conhecer que esses dados unificam os particulares formadores da personalidade do sujeito razão pela qual aparece-se da máxima seriedade o justo aproveitamento e explanação das normas que disciplinam a matéria.

Imprescindível a diferenciação entre a maternidade/paternidade socioafetiva, biológica, e jurídica para a mais perfeita compreensão das diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais que versam sobre o assunto.

A paternidade biológica alude-se ao laço genético que une a descendência aos genitores, conferido por meio da tripagem do DNA, a jurídica, é consequente do registro civil e a socioafetiva, proveniente dos vínculos de afetividade entre as figuras materna/paterna e o filho.

O melhor é a coincidência dessas três vertentes em uma dada circunstância em que os produtores do material genético desempenhem a parentalidade de modo

consciente, afetivamente intrincados, responsáveis de seus deveres de sustento, alimentos, educação, assistência aos filhos, fazendo parte no referente registro civil como pai e mãe, respectivamente.

Por meio desta linha de raciocínio, confere-se que o modelo meramente genético para assimilação da paternidade é escasso tendo em vista que estes têm elementos, não só um conjunto de bases químicas.

Cabível citar o posicionamento de Luiz Edson Fachin (2003) segundo o qual:

As deliberações com base no critério biológico da paternidade fazem jus a questionamento. De verdade coibida, a 'voz de sangue' resta considerada o elemento definidor da relação paterno-filial; irracionalmente, decorrências injustas, similares àqueles provenientes do sistema clássico, serão contraídos, eis que a questão central está no estabilização dos critérios de afirmação da filiação e não na incontida supremacia de um sobre o outro. (FACHIN, 2003, p. 186).

A paternidade abrange a construção de um afeto filial, a inspiração de ambiente favorável para o desenvolvimento mental, físico, cultural e social, moral e espiritual do sujeito em concepção, a instrução do filho de forma saudável e em condições de liberdade e dignidade.

4.4.2 A impossibilidade de sua desconstituição

Existem diferentes formas de se compuser uma relação de filiação socioafetiva, imparcial de consanguinidade. Umas são atuantes *ope legis*, como acontece com a inseminação artificial e a adoção, e por isso se utilizam de uma pretensão legal de existência de convívio e afetividade. Diversas se estabelecem sem atender a específicos protocolos das normalizadas, e por isso pendem de prova da relação socioafetiva, organizada no serviço e no afeto.

Assegura Paulo Luiz Netto Lobo (2003b, p. 137). “Consumado o procedimento de adoção, ou oferecido a concordância para a inseminação, tem-se uma firmação evidente da ligação de filiação, que não pode decorrer a ser desfeito”.

No esclarecimento de Luiz Edson Fachin (2003, p. 28), adveio a ser célebre pela jurisprudência o “valor jurídico do amor”, como componente principal para o estabelecimento da filiação.

4.5 O Reconhecimento Extrajudicial de Filiação após o Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça

O Provimento 63, causou uma série de novidades. Liderado no julgamento do RE 898.060/SC pelo STF fixou que “A paternidade socioafetiva, afirmada ou não em registro público, não proíbe o reconhecimento do elo de filiação simultaneamente fundamentado na origem biológica, com todos os seus resultados patrimoniais e extrapatrimoniais”.

Luiz Fux, inclusive, invocou uma questão já solidificada nos Estados Unidos, na Suprema Corte de Lousiana, no ano de 1989 ao ponderar o fato de uma criança oriunda no decorrer o matrimônio de sua genitora com homem diferente do seu genitor biológico, decidiu-se a dupla paternidade explicando que “o pai biológico não esquiva de suas obrigações de custeamento do filho simplesmente pelo caso de que os outros sejam capazes de partilhar com ele a responsabilidade” Surge no Brasil, de modo oficial, a multiparentalidade ou, pluriparentalidade, mais que isso, o Provimento 63 versa também da maternidade socioafetiva, adotando os

mesmos moldes da paternidade socioafetiva.

Ante disso, o Provimento 63 vem pautar a filiação socioafetiva, e além disso a pluriparentalidade, ou multiparentalidade extrajudicial, anteriormente só reconhecida no campo judicial. É imprescindível avaliar qual a razão do provimento, para que seja capaz de aplica-lo juridicamente.

4.5.1 Da Legitimidade e Competência

O provimento traz que a consideração de paternidade ou maternidade socioafetiva de um indivíduo seja qual for sua idade acontecerá diante de um oficial do registro civil das pessoas naturais, mesmo que local seja diferente onde foi lavrado o registro de nascimento, não podendo ser anulável. Apenas o magistrado poderá desconstituí-lo.

Para reconhecer a filiação é necessário ter no mínimo a maior idade, e dezesseis anos a mais que a criança que será reconhecida, independentemente do estado civil de qualquer das partes intrincadas.

Aqui uma diferença do reconhecimento de filho biológico, que pode ocorrer por relativamente incapaz, conforme Provimento 16/2012 do Conselho Nacional

de Justiça que permite, em seu artigo 6º, §4º, “O reconhecimento de filho por pessoa relativamente incapaz independerá de assistência de seus pais, tutor ou curador.” Não poderá os irmãos, avós e demais ascendentes e descendentes reconhecerem entre si como filhos uns dos outros.

4.5.1 Dos consentimentos e da multiparentalidade

A regra do consentimento modificou para os filhos socioafetivos, distinguindo-se dos filhos biológicos. A lei 8560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências e o Provimento 16 do CNJ determinam que no reconhecimento de filho biológico, sendo ele menor, deverá a mãe dar a consentimento, e se maior, deverá o próprio filho dar o consentimento.

Já o Provimento 63 do CNJ decide que, quando do reconhecimento de filho socioafetivo, este sendo menor de 12 anos, deverá a mãe dar o consentimento e sendo maior de 12 anos, carecerá de ele mesmo dar a sua anuência. Conforme elucida o artigo 11 §3º a §5º, do Provimento 63:

Artigo 11: O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento,

mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

§ 3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

§ 4º Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

§ 5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado.

Assim sendo este Provimento não proíbem que o pai, a qualquer momento, faça o reconhecimento voluntário do filho diante um Oficial de Registro de Pessoas Naturais, por escrito particular, que será guardado em cartório, sem detrimento das demais modalidades legalmente.

O Provimento acompanhou a mesma sistematização do processo judicial de adoção, conforme a lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente artigos 2º, 28 § 2º, e 45 §2º:

Artigo 2º: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Artigo. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 2 Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

Artigo 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Ao delinear a utilidade dos consentimentos no reconhecimento de filiação, o Provimento causou a inovação da multiparentalidade, ou pluriparentalidade em formalidade judicial, que é a expectativa de inserir na certidão de nascimento duas mães e/ou dois pais sendo eles e/ou elas socioafetivos e/ou biológicos.

Assim sendo, se a criança já possuir o nome da mãe e do pai biológicos no registro de nascimento será capaz de se fazer o reconhecimento na formalidade judicial de maternidade e/ou paternidade socioafetiva, desde que ambos biológicos deem anuência.

A mesma regra será válida se o filho possuir no registro de nascimento um pai socioafetivo e a mãe biológica, e o pai biológico ambicionar fazer o reconhecimento tardiamente. Precisar ser obtida o consentimento dos progenitores constantes no registro.

Não conseguindo qualquer consentimento, ou se no cartório desconfiar de dolo, má-fé, vício de vontade, fingimento ou ambiguidade quanto à posse de estado de filho o caso precisará ser conduzido ao magistrado de direito competente.

O provimento não deixa explícito se é imprescindível também o consentimento dos pais registrais quando o filho possuir mais de 12 anos, ou se somente a do próprio filho. Entretanto, o mais adequado é obter a assinatura dos pais registrais, ainda que o filho tenha mais de 12 anos, eis que a lei 8560/92 pode ser usada secundariamente no caso de ambiguidades na interpretação do provimento 63.

O Provimento 63 ocasionou ao final, um molde de termo de reconhecimento de filiação socioafetiva, a ser empregado pelos oficiais de registro civil das pessoas naturais.

A essência do documento, se pública ou particular, configura confusa na redação do provimento. Num instante fala em “escrito particular” (art. 11, § 1º), outro fala em “documento público” (art. 11, § 8º), num outro momento fala em documento “particular de ultima vontade” (art. 11, § 8º).

É nítido que o documento é público. Tem modelo próprio do Conselho Nacional de Justiça, é lavrado no cartório de registro civil pelo oficial que perpetrará o reconhecimento dos presentes e subscrevido pelo próprio oficial ao final.

A ação é parcial. Assim sendo, não se aceita a declaração conjuntivo, de duas pessoas concomitantemente. Cada reconhecimento

será assinado em termo próprio e o limite é dois pais e duas mães no registro de nascimento.

Assim, teoricamente, se uma criança possuir apenas o nome da mãe no seu registro de nascimento e apresentar-se ao cartório o pai socioafetivo e o pai biológico ambicionando reconhecê-la ao concomitantemente, para cada reconhecimento será lavrado um termo próprio.

Transcrito o termo de reconhecimento, ele será registrado no registro de nascimento do filho reconhecido, despachando uma nova certidão de nascimento sem referir a origem da filiação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa analisou a paternidade responsável e suas novas modalidades como um direito da criança e do adolescente, ponderou-se em diversos pontos para então chegar nessa conclusão. Delineou-se o conceito de família, referindo-se ao grupo de pessoas reunidas e unidas pelo anseio de afeto com o objetivo em comum. Mas, ressaltou que esse não é um conceito encerrado, pois a sociedade

está em constantes modificações, e paralisar um conceito, significaria estagnar o que é a família, não abrindo caminho para as diferentes opções de família que possa haver ou vir a existir.

O Direito de Família é um dos campos que passa invariáveis transformações. Isso acontece devido às mudanças de pensamentos e estilos de vida da sociedade. Sendo assim, o legislador não poderá ficar inerte, usando princípios que não mais se conciliam socialmente.

A finalidade do legislador é que a paternidade seja desempenhada de forma responsável, porque assim todos os princípios essenciais, como a vida, a saúde, as dignidades da pessoa humana, bem como a filiação, serão célebres. Mas nem a todo momento acontece isso.

E foi o que ocorreu e ainda acontece na área de Direito de Família. Os princípios essenciais foram contundentes para alterar a lei civil, para que fiquem de acordo com os valores fixados na sociedade atual. Uns deles, especificadamente como o da dignidade da pessoa humana e do melhor mérito do menor, confiante na Lei Maior brasileira, demudaram dispositivos do Código Civil de 1916 e orientaram a nova lei civil de 2002.

A Constituição Federal de 1988 foi um início para a renovação do Direito familiar,

agregando novos e extraordinaríssimos princípios essenciais a este campo do Direito Privado. Até a vigorar o Código Civil de 2002, a Carta Constitucional determinou o bom emprego dessa categoria de princípios jurídicos nas relações familiares.

Ultimamente, tendo eficácia normativa, com a desígnio de assinalar um estado ideal a ser consolidado, são institutos decisivos para a composição de regras ou para resolver conflitos nos casos em que há brecha na legislação.

Desde então, não mais há a diferenciação entre filhos fidedignos e espúrios, assim como o filho não poderá mais ser estimado um simples objeto para os pais, servindo tão-somente para dar continuidade ao nome da família. A criança é um sujeito em pleno crescimento e deve estar passível a todos os direitos e prerrogativas que lhe assegurem seu pleno desenvolvimento.

Além da filiação, a entidade da paternidade passou por alterações. Preponderava o rompante *pater is est*, proveniente do Direito Romano e embasamento da relação paterno-filial. O cônjuge da mulher era tido o progenitor da criança nascida durante o casamento. Ligava-se a paternidade registral com a biológica. Mas nem em todo momento isso acontece no caso concreto.

Com o progresso científico, especialmente com o crescimento do exame de DNA, igualmente com o início de uma alteração normativa, foi-se mais simples opuser a paternidade. Assim sendo, a procura pelo pai biológico e, por conseguinte, seu reconhecimento virou-se frequente nos tribunais brasileiros.

É sabido que a prole de um filho se produz pela concepção de gametas femininos e masculinos, mas sua criação está conexas a muitos motivos. Ser pai é cooperar para a evolução do filho, a partir do respeito, afeto, educação, amor, carinho, enfim, o ansiar pelo bem do menor, e isso não depende de elo de sangue entre eles. O modelo mais objetivo a se referir é a adoção.

Notando que o afeto é imprescindível para formação da família, explanou-se sobre ele ser aceito como um valor jurídico para o direito. O afeto foi elevado a princípio constitucional implícito na Constituição Federal, além de ser um dos princípios essenciais do direito das famílias, sendo mais formidável que a própria norma positivada.

Com o reconhecimento da paternidade socioafetiva, o perfilho apresentará todos os direitos alusivos à filiação, tais como os alimentos, herança, nome, e o progenitor, o que se correlaciona com o instituto do pátrio poder. Entretanto, o menor será capaz

de buscar sua paternidade biológica, sem que aconteça a deposição da socioafetiva. Adverte-se, contudo, que caso exista subversão entre ambas as paternidades, a socioafetiva não poderá valer-se não for qualificado a posse de estado de filho.

De fato, o ideal é que tenha o vínculo afetivo e sanguíneo juntas, para impossibilitar maiores conflitos. Mas a afabilidade é respeitada atualmente como o fundamental meio para o reconhecimento da paternidade, pois é a que mais se condiz para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, para o melhor mérito do menor.

Contudo, espera-se que a paternidade socioafetiva não seja ignorada pelo legislador brasileiro e que afinal necessita ser reconhecida e normativa legalmente, em concordância com os princípios essenciais. A rejeição injustificada ao reconhecimento da paternidade ou a omissão desse reconhecimento destroem o direito à identidade pessoal e ocasionam danos irreparáveis em seus direitos de personalidade.

O provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça propiciou o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva em todo país, o que se encontrava antes restrito a apenas alguns Estados da federação. Junto

ocasionou a possibilidade da pluriparentalidade ou multiparentalidade extrajudicial, ou seja, a possibilidade de ocorrer o reconhecimento de filho, mesmo quando já tenham no registro pai e mãe, desde que obtidas as anuências.

A nova norma possibilita às famílias recompõem que a verdade real sobre a filiação faça parte nos documentos do registro civil, sem a obrigação da chancela judicial, havendo o oficial do registro civil a competência para avaliar cada caso e outorgar ou não o pedido de reconhecimento.

O provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça contribui com a constituição de uma sociedade brasileira mais justa e afetuosa, legitimando a função social do registrador público brasileiro como causador da dignidade humana.

Ante todo exposto, é imprescindível perceber que o reconhecimento da parentalidade socioafetivo é de fato um direito da criança e do adolescente, bem como do próprio adulto intrincado na relação. Não carecendo a parentalidade ser negada, sob pena de transgredir o desenvolvimento do menor, sua personalidade e sua dignidade humana.

REFERÊNCIAS

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (org.). Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil e Código de Processo Civil. 2ª. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2002.

_____. **HC nº 71.373-4/RS**, Relator Ministro Francisco Rezek, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 10/11/1994, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, publicado no Diário de Justiça da União – DJU em 22/11/1996. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: . Acesso em: 10 jun. 2018.

_____. **Lei nº 3.071**. Institui o Código Civil de 1916. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103251/codigo-civil-de-1916-lei-3071-16>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

_____. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 205-210.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**, Revista de Direito Administrativo n 217, 1997

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **A filiação não havida de relação de casamento**. In:

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho, paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. [Constituição, 1988] **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm Acesso em: 11 jan. 2018

CHAMELETE NETO, **Alberto. Investigação de paternidade & DNA.** Curitiba: Juruá, 2002

Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?> > Acessado em 20 de jan. 2018.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed.rev. atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

DIAS. Berenice. Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p.61-63.

Diniz, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, ed. 26, 2011, v.5, p.27.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. v.5. São Paulo: Saraiva, 2006

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELS, Friederich. A Origem da Família e das Sociedades Comerciais. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, vol. XVIII, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Dever alimentar para um novo direito de família.** Rio de Janeiro:Renovar,2005.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Investigação de paternidade.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação, o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

GROENINGA, Giselle Câmara, Direito e Psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia, coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira, ed. Imago, 2003, Rio de Janeiro.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Colisão de Direitos Fundamentais nas Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais... VIII CONGRESSO NACIONAL DO IBDFAM*. Família: entre o público e o privado. Porto Alegre: Magister/Ibdfam, 2012. p. 283-296..

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

Luís Roberto Barroso, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimento de paternidade e seus efeitos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família: Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho, O conceito de Família e suas implicações jurídicas: Teoria Sociojurídica do Direito de Família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed., revista e atualizada nos termos da reforma constitucional, Emenda Constitucional nº 4, de 10/08/2005. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 1996.

STF. RE 898060/SC. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acessado em 20 de jan. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.000.356-SP (2007/0252697-5). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 25/05/2010. Data da publicação: 07/06/2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.383.408 – RS (2012/253314-0). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento 15/05/2014. Data da publicação 30/05/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.383.408 – RS (2012/253314-0). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento 15/05/2014. Data da publicação 30/05/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 692186 RG-PB. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento 29/11/2012. Data da publicação 06/12/2012.

VELOSO, Zeno. **A sacralização do DNA na Investigação de paternidade. Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.