

CONIC SEMESP

15º Congresso Nacional de Iniciação Científica

TÍTULO: QUEM É O PAI? OS CRITÉRIOS DETERMINANTES PARA O ESTABELECIMENTO DO VINCULO PATERNO-FILIAL

CATEGORIA: CONCLUÍDO

ÁREA: CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

SUBÁREA: DIREITO

INSTITUIÇÃO: FACULDADES INTEGRADAS PADRE ALBINO

AUTOR(ES): JHESSICA CAROLINE FERREGUTTI, JOAO VITOR MORANDIN

ORIENTADOR(ES): MARCIA MARIA MENIN

Realização:



Apoio:



1. Resumo

O presente trabalho tem como propósito analisar as constantes mudanças do Direito de Família, notadamente o que tange os novos modos de possível constituição do vínculo parental, seja em razão da investigação da parentalidade por meio do exame pericial de DNA ou em razão da multiparentalidade a qual ocorre por meio do registro de mais de um pai ou de uma mãe no assento de nascimento, ademais, ainda é possível que ocorra a pesquisa da ascendência genética, não como forma de constituição de vínculo paterno-filial, mas como um dos modos de conceder efetividade ao direito da personalidade.

2. Introdução

Hodiernamente, é permitido afirmar que o sistema jurídico brasileiro confere o manto da proteção estatal à diversas formas de agrupamento familiar. A família tradicional nos moldes do Código Civil de 1916 perde sua supremacia. Em assim sendo a família patriarcal, hierárquica e consanguínea passa a dar lugar à outras formas entidade familiar.

Esta mudança, por óbvio, ocorre devido às transformações sociais, aos novos anseios individuais para uma vida afetiva diversa daquela vivida nos moldes oitocentistas. A jurisprudência vinha concedendo pequenos e esparsos direitos àqueles que estavam inseridos em uma família considerada, à época, marginal. Algumas leis especiais concederam pequenas prerrogativas a estas espécies de família, mas foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que definitivamente aboliu-se a hierarquização familiar, tendo em vista a presença do Princípio da pluralidade das entidades familiares bem como o Princípio da afetividade.

No que se refere aos direitos parentais, é possível visualizar algumas significativas mudanças. É o que se verifica na hipótese da fecundação artificial heteróloga, ou na possibilidade de outra pessoa que não o ascendente genético efetuar registro de nascimento de outrem, tendo em vista a presença de laços afetivos que os unem. Embora ainda com passos tímidos, os tribunais brasileiros começam a considerar a possibilidade de registro de nascimento realizado ao mesmo tempo pelo pai biológico bem como pelo pai afetivo. É o que se denomina,

multiparentalidade, consequência dos novos valores trazidos por meio da constitucionalização do direito civil.

3. Objetivos

3.1 Objetivos gerais

Demonstrar os critérios determinantes do vínculo parental a partir da nova ordem principiológica constitucional.

3.2 Objetivos específicos

- a) Explicitar o conceito de parentesco
- b) Discorrer a espécies de parentesco no atual ordenamento civil
- c) Apresentar e analisar os critérios caracterizadores da filiação na contemporaneidade.

4. Metodologia

O presente trabalho, teve como abordagem empregada, o método indutivo e dedutivo, contudo, com relação a técnica de pesquisa, foi utilizada a documentação indireta porquanto foram realizados estudos bibliográficos a partir da doutrina civilista e estudos jurisprudenciais.

5. Desenvolvimento

A presente pesquisa teve, conforme dito alhures, como objetivo central demonstrar e analisar os critérios de formação do vínculo paterno-filial.

Desta forma, pela análise histórica do instituto da filiação muito se verificou a respeito do avanço das formas do vínculo de parentesco.

Ultrapassado o longo período do direito de família matrimonializado, patriarcal e discriminatório, surge o direito de família plural. Isto significa que, além da possibilidade dada pela Magna Carta de idêntica proteção aos diversos tipos de entidades familiares criadas por meio de uma construção social, há ainda o reconhecimento jurídico dos vários tipos de relação paterno-filial, desconstruindo,

assim, todo o histórico de um direito de família biologizado e, portanto, eivado de preconceito e injustiça.

Com relação ao referido vínculo paterno-filial constatou-se, na atualidade três critérios caracterizadores da filiação, sendo eles: o critério registral, o critério biológico e o critério socioafetivo.

Com relação ao critério registral, verificou-se que o pai é aquele cujo nome consta no registro do nascimento do filho, servindo tal documento como meio de prova de filiação.

Desta forma, o filho que não possui o nome de seu genitor em seu assento de nascimento, poderá ajuizar ação investigatória de parentalidade para que, por meio do exame pericial de DNA, possa ser realizado o registro da pessoa que até o momento da propositura da ação apenas possui identificação de um de seus genitores.

Vale ressaltar que o nome do pai deverá constar no registro de nascimento do filho, independentemente de sua vontade, caso ele seja casado com a genitora. Isto ocorre em virtude da presunção de paternidade no casamento, reconhecida por meio da máxima *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelo casamento), expressamente disposto no art. 1.597 do Código Civil. Há, neste caso uma presunção *juris tantum* de paternidade, podendo ser afastada na ocorrência de algumas hipóteses previstas em lei e cujo instrumento hábil será a ação negatória de paternidade de caráter imprescritível.

Impende mencionar que, conforme o estabelecido no art. 1.604 do Código Civil, apenas poderá ser invalidado o registro se houver erro ou falsidade. Neste caso, poderá ser ajuizada a ação negatória de paternidade ou maternidade, que, por tratar-se de ação de estado, tem caráter imprescritível, conforme dispõe o art. 1.601 do Código Civil.

No entanto, conforme analisado na doutrina e jurisprudência, uma vez realizado o exame pericial de DNA e constatado a negativa de paternidade, este fato, por si só não acarretará a ruptura da relação paterno-filial se entre as partes tenha sido constituído um verdadeiro liame afetivo alcançado pela posse do estado de filho, conferindo, neste caso, a preponderância do afeto em detrimento da genética.

Nada obsta ainda, que determinada pessoa que tenha sido devidamente registrada em nome de outrem, busque judicialmente o seu ascendente por meio de

ajuizamento de ação judicial denominada ação de investigação de ascendência genética. Este fato poderá ocorrer não para fins de desconstituição de registro anterior, mas em razão do fato segundo o qual o direito a paternidade genética está intimamente contido nos direitos da personalidade. Ademais, poderá o indivíduo ter interesse em referida revelação para que possa verificar compatibilidade para doação de órgãos; possíveis doenças geneticamente transmissíveis ou ainda em virtude dos impedimentos matrimoniais.

Todavia, ressalta-se que havendo vínculo afetivo entre o filho e o pai registral a sentença terá efeito meramente declaratório, sem qualquer espécie de efeito jurídico, ou seja, não será utilizada para desconstituir registro anterior e nem tampouco conceder aos filhos do genitor biológico direitos patrimoniais.

Verificou-se ademais, os reiterados casos em que um indivíduo efetua registro de filho de outrem como sendo seu. Trata-se do típico caso de “adoção à brasileira” em que é criada efetiva relação paterno-filial, transformando-a num arraigado vínculo afetivo. Caso isto ocorra e caso haja pretensão de ser ajuizada ação para negar a paternidade, poderá haver configuração de violação ao princípio da boa-fé objetiva, caracterizado pelo abuso de direito em virtude da ocorrência de comportamento contraditório, na espécie *venire contra factum proprium*.

Destarte, constatou-se, no que tange ao critério registral que este nem sempre é proveniente de um vínculo biológico podendo ele ser demonstrado através das mais diversas facetas da parentalidade.

Um outro modo de se estabelecer a relação paterno-filial ocorre por meio do vínculo genético, ou seja, por meio do critério biológico, que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, salvo algumas leis especiais, era o único critério determinante da filiação.

A partir do momento em que a Carta Magna concebe a isonomia entre filhos, promovendo, por conseguinte, proteção jurídica a todos independentemente de sua origem, surge com todo o vigor no Brasil a prerrogativa de cada indivíduo investigar a sua ancestralidade por meio do tão difundido exame pericial de DNA.

Destarte, o filho que não obtém de seu pai o reconhecimento voluntário da paternidade, poderá, como visto, ajuizar ação investigatória de parentalidade para que o vínculo paterno-filial se efetive por meio do registro do assento de nascimento daquele que passa a ter um pai, ao menos, biológico e registral.

Sem embargo do papel fundamental que exerce o exame pericial de DNA, não é despendendo ressaltar que a ancestralidade por si só não é suficiente para conceder ao genitor, o papel de pai. Ela será de indubitável valor se o indivíduo não possuir pai socioafetivo ou, se tiver pai registral este não oferecer ao filho o verdadeiro conceito e sentido da paternidade. Contudo, fazendo um juízo ideal de possibilidade, na realidade, seria necessário a coincidência entre a verdade biológica, afetiva e registral, fato nem sempre encontrado nas famílias. Diante disso a função do Direito é atuar para que, ao menos, o critério socioafetivo esteja presente em qualquer relação paterno-filial.

Constatou-se indubitavelmente que o efetivo exercício da paternidade mostra-se integralmente desprovido de uma mera e, por vezes, fortuita transmissão de genes. Ela é muito mais a criação de afeto de forma diuturna e responsável do que uma herança biológica.

Diante disso, não se olvide ao fato de que a afetividade, com o advento da atual Constituição Federal, foi elevada à categoria de princípio jurídico o qual confere certa solidez nas relações parentais tendo, por vezes, primazia sobre o fato meramente biológico.

Contudo, não é permitido que se afirme que há uma ordem escalonada e hierárquica entre os critérios determinantes de filiação. Há que se averiguar cada caso concreto que se apresente. Desta maneira, o que se deve afirmar é que se já houver sido construída uma relação paterno-filial socioafetiva, ou seja, se houver posse do estado de filho ou quando houver adoção, a certeza absoluta da origem genética não será suficiente para atestar a filiação.

Assim, mister atentar para as possibilidades jurídicas quando o assunto é a busca parental. Considerar-se-á a verdade biológica para fins de parentesco se não houver filiação socioafetiva. Por sua vez, conforme já explicitado anteriormente, quando já existir pai socioafetivo, ao indivíduo caberá apenas a busca pelo seu genitor por meio da ação de investigação de ascendência genética que não terá fins registrais ou de parentesco, sendo apenas um instrumento que possibilita o exercício do direito da personalidade pelo autor da ação. Entretanto, se é desconhecida a origem genética, mas foi constituído vínculo afetivo típico das relações paterno-filiais, nada obsta o ajuizamento da ação de investigação de paternidade socioafetiva para o pai afetivo também e torne o pai registral.

Verificou-se que um assunto sobremaneira polêmico e de certa complexidade se encontra na questão da multiparentalidade.

A multiparentalidade ou pluriparentalidade ocorrerá justamente, como supra referido, na simultaneidade na determinação da filiação de um mesmo indivíduo, sendo produzidos efeitos jurídicos com relação a todos eles. Pode ocorrer, por exemplo, que determinada pessoa tenha convivido muitos anos com seu padrasto e com ele estabelecido forte relação solidificada pelo amor e, esta mesma, pessoa depois de passado muito tempo conhece seu pai biológico com quem passa a ter também uma relação de afeto. Para a teoria da multiparentalidade o pai biológico por acrescentar a paternidade afetiva à relação, também poderá tornar-se pai registral. Ou ainda, verifica-se o caso um homem que fornece seu material genético para um casal de mulheres por ter com elas vínculo de amizade, poderá, quiçá, ter seu nome inserido no registro no nascimento da criança.

Diante disso reconheceu-se atualmente, ainda que de forma tímida senão receosa o direito a pluriparentalidade, caso o amor seja o grande motivador dos laços parentais. É a desconstrução de um direito retrógrado, positivista e engessador das relações jurídicas familiaristas.

6. Resultados

Com efeito, após conclusão da pesquisa, constatou-se que as possibilidades trazidas pela sociedade quanto às formas de se vivenciar o afeto paterno-filial tornaram-se merecedoras de tutela estatal.

Os tribunais atentos e obedientes ao Princípio Constitucional da Afetividade, passam a inserir em suas decisões toda a carga axiológica dele proveniente, fato que denota um direito parental desbiologizado e livre de qualquer ranço de tradição oitocentista responsável pelo engessamento das relações afetivas entre pais e filhos.

7. Considerações finais

Malgrado a liquidez das relações afetivas e sociais na pós-modernidade, o Direito de Família, no desiderato de solidificar as relações humanas vivenciadas no amor traz consideráveis avanços.

Aquele que apenas tinha relevância para o Direito tão somente por encontrar-se no ventre materno, atualmente torna-se importante pois encontra-se também no porta-retrato da família afetiva. Aquele que outrora merecia toda a proteção estatal em razão de seu vínculo genético paterno-filial sacralizado atualmente merece *locus* de destaque pois é fruto do amor. Do amor que se escolhe e não se acidenta.

Pouco se é permitido além do desejo da constante evolução do Direito e que isso se dê de forma consentânea com evolução social e principalmente que ele tenha o olhar solidário como o olhar de um pai que ama. Como o olhar do novo pai.

8. Fontes consultadas

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol18

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 4ª ed., 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª ed., 2012

LÔBO, Paulo. *Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária". In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

MADALENO, ROLF. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 2011

_____. "Filiação sucessória". In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, n 1, dez/jan. de 2008

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Parentalidade socioafetiva: o ato que se torna relação jurídica*. Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 9, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Princípio da afetividade no direito de família: breves considerações*. Revista Consulex nº. 378, de 15 de outubro de 2012. Ano XVI, Brasília, DF.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, São Paulo: Malheiros, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009