

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE RUBIATABA -- CESUR
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA -- FACER

CURSO DE DIREITO



ADRIANA MAB DA GAMA MOREIRA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

**O ARTIGO 59 DA LEI 6.015/73, LEI DE REGISTROS PÚBLICOS,
FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.**



Rubiataba-GO

2010

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE RUBIATABA – CESUR
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER

CURSO DE DIREITO



Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

ADRIANA MAB DA GAMA MOREIRA

**O ARTIGO 59 DA LEI 6.015/73, LEI DE REGISTROS PÚBLICOS,
FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba-FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Glayzer Gomes .

S-32912

Tombo nº	17734
Classif.:	34
Ex.:	1
Origem:	d
Data:	22.03.11

Rubiataba/Go

2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

ADRIANA MAB DA GAMA MOREIRA

**O ARTIGO 59 DA LEI 6.015/73, LEI DE REGISTROS PÚBLICOS,
FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA FACULDADE
DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

Resultado: _____

Orientador _____
Glayzer Gomes.

2ºExaminador _____

3ºExaminador _____
Titulação/nome

DEDICATÓRIA

À aqueles que acreditam que a Justiça e o Direito são almas irmãs, e, portanto devem caminhar sempre juntos.

AGRADECIMENTOS

A Deus autor da vida, fonte de sabedoria e pai amado. Sem Ele, nada seria possível. A meu amado esposo norte da minha vida e responsável por essa conquista.

Aos meus pais José da Gama (em memória) que sempre sonhou com esse momento, e Angelita Pereira da Gama presente em todos os momentos difíceis dessa caminhada.

Aos meus filhos José Moreira dos Santos Neto que contribuiu em muito para realização desse trabalho, Hatus Moreira da Gama pelas idéias e Rafael Moreira da Gama pelo apoio.

E a todos aqueles que de maneira direta ou indireta contribuíram para esse trabalho.

RESUMO: presente trabalho tem como objeto estudar, analisar e compreender o teor do artigo 59 da Lei N. 6.015/73, bem como destacar à afronta a princípios constitucionais, principalmente o princípio da dignidade humana. Nesse enfoque três desdobramentos serão explorados: O direito à paternidade dos filhos não havidos do casamento, a discriminação do gênero feminino ao longo da vida positivada pelo legislador, e as possibilidades legais de mitigação do artigo 59 da Lei N. 6015/73, bem como a sua não recepção pela atual Constituição da República Federativa do Brasil. No desenvolvimento da pesquisa estudou-se o contexto histórico legal no qual foi forjada a discriminação do gênero feminino através dos tempos, os avanços da legislação brasileira a cerca do assunto, a evolução da ciência com o advento do DNA e, sobretudo, as violações do princípio da dignidade humana.

Palavras-chaves: filiação – dignidade humana – paternidade – igualdade.

ABSTRACT: This work aims to study, analyze and understand the content of article 59 of Law 6.015/73, as well as highlighting the affront to constitutional principles, especially the principle of human dignity. In this approach three developments will be explored: In the foreground the right to paternity of children is not accruing the wedding, along with female discrimination positively valued by the legislature and finally, and equally important, the possibility of unconstitutionality of article 59 of Law 6015/73 or its not received by the current Constitution of the Federative Republic of Brazil. In the development of research studied the historical context in which it was forged legal discrimination of females over time, advances in Brazilian law about the matter, the evolution of science with the advent of DNA and especially violations rights throughout the history of mankind.

key - words: membership - human dignity - Maternity - equality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
SUMÁRIO	13
1. CONCEITO DE PATERNIDADE.....	15
1.1A Paternidade na Constituição Brasileira de 1988.....	17
1.2 Paternidades negadas.....	18
1.3 A Ausência paterna e suas conseqüências.....	19
1.4 O Exercício social da paternidade.....	20
1.5 Leis modernas, resistências antigas.....	21
1.6 Exercícios cidadão da paternidade e as práticas patriarcais.....	22
2 RELAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO POR GÊNERO COM O CONTEÚDO DO ARTIGO 59 DA LEI 6.015/73	24
2.1 Sobre discriminação por gênero.....	24
2.2 O Direito de família brasileira e as influências do patriarcado.....	29
2.3 Reconhecimentos de valor à palavra da mulher.....	31
3 FILIAÇÃO-PATERNIDADE-DIGNIDADE HUMANA.....	33
3.1 Pessoa e personalidade.....	33
3.2 Princípios da dignidade humana e filiação.....	36
3.3 O direito de filiação na Constituição Federal de 1988.....	37
3.4 O Ordenamento Jurídico infraconstitucional posterior à Constituição Federal de 1988 ...	39
3.5 Do reconhecimento de filiação.....	41
3.6 Ações de investigação de paternidade.....	42
3.7 O Teste de DNA.....	44
3.8 Avançando na conquista do direito à paternidade.....	48
3.9 Algumas violações modelo atual de reconhecimento de paternidade.....	49
3.9.1 A Filiação enquanto direito fundamental.....	52
4-DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE APLICADA AO ARTIGO 59 DA LEI 6.015/73	57
4.1 Algumas observações sobre controle de constitucionalidade.....	57
4.2 Das formas de inconstitucionalidade.....	57
4.3 Dos critérios de controle de constitucionalidade.....	58
4.4 Noções de inconstitucionalidade.....	59
4.5 Do cabimento de ADIN ao artigo 59 da Lei N. 6015/73.....	61
4.6 Da pretensão em abstrato.....	63
4.7 Do cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	63
4.8 Da interpretação teleológica do preceito constante do artigo 59 da Lei N. 6.015/73	65
4.9 Da interpretação conforme a constituição.....	65

4.10 A interpretação conforme a constituição como controle de constitucionalidade.....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como título “O ARTIGO 59 DA LEI N. 6.015/73, LEI DE REGISTROS PÚBLICOS, FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA” E busca compreender as influências históricas, filosóficas e culturais que levaram o legislador a estabelecer tamanha discriminação, no momento do registro civil, em relação a mães solteiras e aos filhos havidos fora do casamento. Demonstrar os avanços da legislação brasileira acerca do assunto.

Utilizando pesquisas bibliográficas, jurisprudências e casos concretos, este trabalho procurou comprovar as seguintes hipóteses: o artigo 59 da Lei N. 6015/73 é incompatível com o princípio da dignidade humana. A qualificação de filhos havidos fora do casamento, no modelo atual, é uma forma de discriminação. Buscou-se ainda, através do método indutivo, tecer todo contexto histórico e sócio-cultural no qual foi forjado o artigo 59 da Lei N. 6015/73.

A luz da Constituição da República Federativa do Brasil a análise do referido artigo ganha dimensões amplas vislumbrando princípios e mandamentos constitucionais, bem como a legislação infraconstitucional.

Nesse contexto, é necessário estruturar a presente monografia em conceitos legais, sociológicos e filosóficos. A abordagem principal gira em torno da discriminação na qualificação de filhos havidos fora do casamento, discriminação essa expressamente vedada no artigo 227 parágrafo 6º da Constituição Federal, e, conseqüentemente, analisa o tratamento ilegal e preconceituoso que o legislador destina a mãe desses filhos havidos fora do casamento.

É percebido claramente que o legislador infraconstitucional protege exacerbadamente a figura masculina, pois ao admitir como único requisito válido de paternidade a declaração do pai estabelece um mandamento legal afrontoso aos princípios constitucional norteadores do nosso ordenamento jurídico.

Observe-se que o princípio da dignidade humana apresenta-se violado de forma explícita, visto que na redação do artigo 59 da Lei N. 6.015/73 existe uma presunção de que todas as mães solteiras agiriam de má-fé, e todos os filhos havidos fora do casamento cujos pais não declarem a paternidade serão discriminados com a expressão pai desconhecidos ou pela ausência de referência paterna.

A pesquisa parte no capítulo primeiro do conceito amplo de paternidade, o capítulo segundo dedica-se às origens históricas sociais da discriminação do gênero feminino, o capítulo terceiro estuda o conceito de filiação da legislação brasileira, e finalmente o capítulo quarto analisa a possibilidade de aplicar o controle de constitucionalidade brasileiro ao artigo 59 da lei de registros públicos.

É certo que a complexidade dos estudos propostos venha estabelecer um diálogo entre os princípios constitucionais e o Direito Civil. Compreendendo o direito a um nome e o direito de personalidade como elementos primordiais dos direitos humanos.

O novo paradigma aqui defendido possibilita uma verdadeira aplicação dos princípios da dignidade humana e da igualdade. É fundamental que art.59 da Lei 6015/73 seja adequado ao ordenamento jurídico constitucional.

É importante questionar o quanto cenário jurídico causa impacto direto e indireto na reavaliação dos direitos de filiação e qualificação dos filhos havidos fora do casamento. Em um contexto segregador e patrimonialista impera o art.59 da Lei de registros públicos, por outro lado, art.227 § 6º da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente privilegiam a dignidade humana, e a igualdade. Todas estas questões serão devidamente ponderadas ao longo deste estudo, levantando questionamentos sobre o arcabouço jurídico que se apresenta atualmente em relação a esse assunto. É importante ressaltar ainda, que a produção legislativa, mesmo de maneira tímida, vem contemplando essas questões em torno da paternidade e da filiação. São bons exemplos a Lei N. 8.560/92 – Investigação de Paternidade e a Lei N. 10.317/91 – Gratuidade do Exame do DNA.

Sendo assim, o objetivo dessa pesquisa é estudar, analisar, compreender e evidenciar o modo como preconceitos, discriminações e violações de direitos humanos contaminam um

ordenamento jurídico. Objetiva-se ainda, buscar mudanças na legislação que devolvam a esses brasileiros a cidadania plena e legítima.

1. CONCEITO DE PATERNIDADE

Não é pretensão desse trabalho estabelecer um conceito absoluto de paternidade, pelo contrário, a pretensão aqui é conhecer o conceito de pai estabelecido pela sociedade moderna. Buscando também compreender porque a legislação protege alguns homens-pais tão avessos em reconhecer seus filhos em exercer a paternidade.

No patriarcado em Roma, o pai, além de ser a Lei, a autoridade, era a instituição de um poder quase divino. Não havia preocupação com o aspecto afetivo de paternidade, de modo que o início da vida das crianças desenvolvia-se sem a presença do Pai. (MURARO, 1977 p.1).

Uma das principais características do patriarcado era o poder arbitrário e discricionário de reconhecer ou de recusar filhas e filhos, exercendo, por essa via, o controle de sua reprodução, assim anunciado por Weber, na sociologia da dominação.

A deserção da paternidade manifesta a persistência desse poder, uma cláusula pétrea do patriarcalismo. O aumento do número de crianças nascidas fora do casamento coloca para a sociedade o dilema de criar novos horizontes para a paternidade ou de preservar indefinidamente, as possibilidades reais de reatualização desse poder exercidas no domínio das questões de filiação, com crianças nascidas fora do casamento mantidas com a possibilidade real de serem filhos da mãe, em um quadro em que nem eles, nem as mães contam com a solidariedade nem dos pais, nem do Estado brasileiro. O estabelecimento da filiação paterna na legislação e na cultura patriarcal fortemente vinculado à vontade, ao arbítrio do pai (THURLER, 2006. p.4).

Segundo (MURARO, 1997. p.1) com as mudanças no sistema patriarcal, não se pode fazer o retrato de um pai típico. No patriarcado, em Roma, o pai, além de encarnar a Lei, sua autoridade era quase divina. Assim, as crianças eram afetivamente abandonadas pelo pai e criadas quase que exclusivamente pelas mães. O início da vida desenrolava-se sem a presença

do pai.

Provavelmente toda essa tese sócio-cultural permeia o conceito de paternidade que vigora atualmente. Pois, o não reconhecimento da paternidade dos filhos não havidos do casamento guarda o mesmo traço cruel e arbitrário do exercício da paternidade no patriarcado romano.

Muito embora, hoje o pai tenda a participar mais efetivamente da vida dos filhos, não se limitando a ser apenas a representação da Lei e participam da construção afetiva da vida dos filhos, assistindo-os não apenas do ponto de vista material, mas, sobretudo, sócio-afetivo-cultural. Entretanto, alguns pais ainda recusam-se a reconhecer tão somente a paternidade formal-legal negando aos filhos não havidos do casamento muito mais do que um sobrenome, um patrimônio ou alimentos, nega-lhes, principalmente, o direito à condição de filho. Tais pais protegidos pela legislação ocultam oficialmente seus filhos não “escolhidos,” negando-lhes a paternidade em todas as suas formas.

A evolução do conhecimento científico tem feito grandes interferências na ciência jurídica, contribuindo para sua evolução. Hoje sabemos que a objetividade dos atos jurídicos está permeada de uma subjetividade humana que o direito não tem como desconsiderar. Nesse cenário, o sentido de paternidade revela várias formas, inclusive já refletidas nos textos normativos como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Através da engenharia genética, utilizando os exames de DNA, a paternidade biológica é facilmente comprovada de maneira objetiva e clara. Colocando em cheque a ciência, o elemento cultural e a condição humana dos filhos não havidos do casamento (VERUCCI, 2002. p.87-100).

Em suma, o conceito de paternidade encontra-se traçado entre a cultura patriarcal, na qual o pai é algo divino e as revoluções sociais que apontam para novas práticas paternas. Poder-se-ia definir então, paternidade como um fenômeno cultural forma-legal e afetivo social. Ou seja, esta em um contexto social oficializa-se com o reconhecimento formal-legal e estende-se ao longo da vida representada em ações sócias-afetivas (THURLER, 2006. p.46).

1.1A Paternidade na Constituição Brasileira de 1988

Ao estruturar o Direito de Família em três eixos básicos nos quais homens e mulheres são iguais perante a Lei, o Estado passa a reconhecer outras formas de família além daquela constituída pelo casamento e altera o sistema de filiação, tornando iguais filhos havidos no casamento e fora dele, inclusive proibindo designações discriminatórias (art. 227 § 6º da CF/1988). O legislador constituinte corrige parcialmente injustiças que vitimavam filhos havidos fora do casamento e lança uma nova perspectiva sobre a paternidade (THURLER, 2004. p.10).

E os nascidos de uma relação extraconjugal não podiam ser registrados com o nome do pai, mesmo que este quisesse. Essa regra imposta pelo legislador ordinário buscava “preservar a moral e os bons costumes”. Pois considerava tal registro uma afronta à família. Na verdade um instrumento jurídico sustentado nas práticas patriarcas do direito romano. Com essa prática ocultava-se a existência jurídica do filho, mesmo diante da existência no mundo real proibindo o seu registro em cartório com o nome do pai. E, nesse contexto, mesmo as ações de paternidade só eram permitidas se fossem exclusivamente de busca de pensão alimentícia (THURLER, 2004. p. 11).

Embora a constituição de 1988 tenha buscado tão somente proibir designadas discriminações e igualar o direito de todos os filhos, proibindo nomear filhos como legítimos ou ilegítimos, naturais, espúrios ou adotivos. Essa abordagem do legislador constituinte abriu precedente para a defesa do direito à paternidade como direito humano do filho enquanto pessoa. É importante ressaltar que a legislação anterior a CF de 1988 tratava do assunto apenas na perspectiva do pai, da família e da sociedade. Agindo, assim como se esse filho não existisse em nenhum estrato social.

A Lei N. 8560/92 faz uma nova alteração no campo da paternidade. Estabelece que o Estado deva promover a investigação de paternidade de todos os filhos que não tiverem em seu registro de nascimento o nome do pai. (THURLER, 2006. p.4). Do ponto de vista do filho essa lei representa um avanço, entretanto reforça o caráter sexista da lei, visto que condiciona a palavra da mulher mãe à comprovação científica através do exame de DNA.

É fato toda a estrutura do direito para averiguação de paternidade está assentada nos laços biológicos da paternidade. Com a evolução científica já se pode saber quem é o genitor pelo método do DNA.

É certo que a paternidade não é simplesmente um evento da natureza, sobretudo, trata-se de um fato cultural. Em outras palavras, paternidade é uma função exercida, em um lugar ocupado por alguém que não é necessariamente o pai biológico. Ao contrário, no campo jurídico, o laço biológico foi e continua sendo fonte de responsabilidade civil, especialmente para fins de alimentos e sucessão hereditária. (VERUCCI, 2006. p.5).

O direito brasileiro, ao interferir no sistema de filiação, avança consideravelmente para o entendimento da paternidade em um sentido mais profundo e real. Assim, a constituição brasileira de 1988 foca a paternidade na perspectiva de direito humano e sócio-cultural.

1.2 Paternidades negadas

O reconhecimento vincula-se ao resgate de segmentos vulnerabilizados, de auto-estima, solidariedade e redistribuição de justiça, a melhores padrões de cidadania e de sociabilidade. Trata-se de investimento em novos padrões culturais fundados no respeito à diferença de raça, sexo, orientação sexual, classe, idade, gerações, religiosidades e na promoção de políticas de reconhecimento afirmando-se como um imperativo para o aprimoramento da democracia. (THURLER, 2006. p.1).

Segundo (THURLER, 2006 p.1) é no campo das políticas de reconhecimento que está situada a negação de reconhecimento de paternidade a crianças brasileiras por homens-pais. O reconhecimento paterno tem uma dimensão social e afetiva e uma dimensão formal-legal, ambos importantes para o fortalecimento da cidadania da criança, além da cidadania do

próprio pai e da mãe.

Ligado ao fenômeno do não reconhecimento paterno, persiste o problema do sub-registro, de nascimento de pequenos cidadãos e pequenas cidadãs que vivem à margem destituídos dos registros de nascimento. O não reconhecimento paterno aí se oculta: seja no universo de crianças sem documentos porque as mães esperam que os pais se disponham a reconhecê-los, ou no universo das crianças que carregam em suas certidões de nascimento a declaração de pai desconhecido.

Nesse prisma, a sociedade tem legitimado culturalmente a reutilização de práticas dos velhos patriarcados romanos e a vontade de legiões de homens que não reconhecem as crianças que engendram.

1.3 A Ausência paterna e suas conseqüências

A virada do século XX caracteriza-se pela de uma estrutura milenar ao romper parcialmente a ideologia patriarcal. Um das mais relevantes conseqüências da queda do modelo patriarcal é o redimensionamento do masculino e da função paterna no novo contexto do pós-patriarcalismo. Ou seja, o conflito entre justiça e direito. O que é justo para os filhos não havidos do casamento e o que o direito guarda do patriarcado romano.

Assim, surge a crise de paternidade, diante de novas representações sociais da família, frente a sua função básica, estruturadora do filho como sujeito de direito.

A ausência das funções paternas já se apresenta hoje, inclusive como um fenômeno social alarmante, e provavelmente, tem contribuído para o aumento da delinqüência juvenil, menores de rua vivendo na rua e etc. Esse não é um fenômeno de determinada classe social

atinge a todos. (VERUCCI, 2006. p.15). Certamente nas classes menos favorecidas economicamente, o abandono material é maior, pois se mostra também como uma questão política de abandono do Estado.

A negação da paternidade ocultada pela legislação, pela omissão social, o preconceito e as constantes violações de direitos de cidadãos e cidadãs a margem do registro civil contribuem de forma significativa para as reações violentas contra a sociedade por parte desses jovens.

Um dos desafios do terceiro milênio será a aprendizagem da organização da polis, considerando que não é possível pensar um Estado sem o núcleo básico que é a família. Entretanto a compreensão de família deverá obedecer a um formato mais amplo e abrangente na qual o pai um elemento estruturante deverá existir para os filhos havidos e não havidos do casamento. (THURLER, 2004. p.5).

1.4 O Exercício social da paternidade

Embora as leis jurídicas tentem garantir a paternidade através dos registros cartoriais de investigação de paternidade etc., ainda o faz de forma tímida. O não reconhecimento da paternidade formal legal nega ao filho o direito de conhecer a sua origem genética, e, conseqüentemente, a proteção advinda da paternidade.

Pela via jurídica não se pode assegurar o acesso à paternidade plena, mas garante-se um de seus aspectos no qual o genitor biológico oferece um nome.

Os textos jurídicos contemporâneos já começam a traduzir a concepção ampla de paternidade. A Lei N. 8069/90, mais conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente

tráz novos elementos sobre as concepções de poder familiar e paternidade. É nessa compreensão do papel social do pai, desprendendo-se do fator meramente biológico, que o ECA amplia o conceito de pai, realçando sua função social. Em outros termos, o direito ao pai é condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, tratam-se mais do que um direito fundamental, é o direito fundante do ser humano como sujeito. Nesse recorte o ECA deixa o entendimento de que a paternidade pode ser exercida em famílias não biológica. O fato é que a aplicação literal do artigo 59 da Lei N. 6015/73 exclui legalmente filhos não havidos do casamento, negando-lhes um nome, sustento e educação plenos, além de submeter esses filhos ao desamparo e ao abandono social e psíquico por parte dos pais.

1.5 Leis modernas, resistências antigas

A realidade da qual se inscreve o não reconhecimento paterno indica a persistência da hegemonia conferida ao marido da mãe e as práticas patriarcais no tratamento de meninos e meninas concebidos e nascidos fora do casamento, em relações eventuais, em relações estáveis. Novos mandamentos legais e constitucionais estabelecendo a igualdade entre todos os filhos e filhas revelam-se insuficientes para erradicar a desigualdade real entre as crianças. (THURLER, 2006. p.4). Em 1988, a Constituição Brasileira declarou: “Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer formas discriminatórias relativas à filiação” (Artigo 227, parágrafos 6º). O Código Civil atual (Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002) destaca nesses mesmos termos, a igualdade entre os filhos (Artigo 1596). Assim designações como filho ou filha legítimo, ilegítimo, natural, adotivo foram irradiados, o que por si só não determinou a abolição das práticas discriminatórias em relação às crianças e as maternidades que continuam mantidas hierarquizadas. Uma forte resistência masculina em abandonar práticas patriarcas leva muitos homens – pais, não maridos da mãe – a adotarem medidas protelatórias, relativas ao reconhecimento de suas crianças. (THURLER, 2006. p.4).

Embora haja muitos progressos jurídicos recentes – como a aprovação da Lei da união

estável (Lei 9278, de 10 de maio de 1996) -, a filiação permanece questão intocável do heteropatriarcado. Mesmo com o nascimento da união estável, a qualificação jurídica da criança ao nascer depende da vontade exclusiva do pai. Prova clara de um contexto social sexista e misógino, coma predominância de um direito androcêntrico. (THURLER, 2006, p.5).

A Constituição de 1988 desconstitui o casamento como território privilegiado de nascimentos, no qual somente nele a criança teria assegurado o reconhecimento paterno. Preservou-se na realidade, a hierarquia entre as mães casadas e não casadas e entre as crianças driblando o princípio da igualdade entre todos os filhos. A resistência às transformações adotou a estratégia de mudar formulações, continuando a manter a sociedade refém de dispositivos legais da antiga ordem sóciosexual. Uniões estáveis não garantem o direito ao pai, pois, mesmo nesses casos, a mãe não pode fazer a declaração de nascimento estabelecendo a filiação materna e paterna. Sendo assim, o direito de Família brasileiro, para fins de filiação paterna, não acena com proteção efetiva nem mesmo às crianças nascidas em relações estáveis, mantendo-se em desacordo com a Constituição Federal. (THURLER, 2006, p. 6).

1.6 Exercícios cidadão da paternidade e as práticas patriarcais

A passagem de um exercício patriarcal para um exercício contemporâneo e cidadão da paternidade não é certamente, processo simples. Uma das propriedades chave das relações sociais de sexo/gênero é a transversalidade, articulando campos como trabalho produtivo e reprodutivo, trabalho profissional e família, política e trabalho. Assim, as questões da paternidade – patriarcal ou cidadã, arbitrária ou solidária – não se colocam isoladamente. (THURLER, 2006 p.8).

No campo das leis, essa trajetória se iniciou com a criação do Registro Civil de

Nascimento, quando o país – por ocasião da proclamação da República – buscou condições de Estado laico. A história da construção, da paternidade cidadã confunde-se com a história do Brasil republicano. Desde então, entre tensões, em um caminho tortuoso, as leis tem procurado mudar. As dificuldades se multiplicam na aplicação da lei diante de flexibilidades – em um jogo político tencionado, entre progressos e recuos – admitidas nas interpretações das leis. (THURLER, 2006 p.8-10).

A efetividade das leis escritas encontra resistência que seja em parte, pelo embate com normas não escritas, presididas por uma história que preserva a desigualdade e a hierarquia nas relações entre mulheres e homens, e crianças tidas no casamento e fora do casamento.

É no quadro de resistências de toda ordem que a questão do reconhecimento, nesse caso do reconhecimento paterno formal e social-afetivo, associa-se inalienavelmente às lutas políticas por promoção dos Direitos Humanos e pela reinvenção e radicalização da democracia. (THURLER, 2006. p.8).

2 RELAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO POR GÊNERO COM O CONTEÚDO DO ARTIGO 59 DA LEI 6.015/73

2.1 Sobre discriminação por gênero

Desenvolve uma interessante concepção para explicar as origens da dominação social do homem sobre a mulher e uma justificativa sociológica para a discriminação por gênero (MURARO, 1997, p.3).

Retornando no tempo e chegando ao período da cultura de coleta e de caça de pequenos animais, nesta sociedade primitiva, a mulher ocupava um lugar central. Neles a mulher possuía um “poder biológico”, a geração de filhos, vista como algo quase sobrenatural. O homem não compreendia seu papel na reprodução.

Nesses grupos matricêntricos, dos quais, certamente, originam-se as lendas das guerreiras Amazonas, as associações entre homem e mulher não geraram conseqüências socioeconômicas tais como a transmissão de herança. Logo, a liberdade em termos sexuais era enorme mesmo para nossos padrões atuais. Grupos mais primitivos como os mahoris, na Indonésia, os pigmeus africanos e os bosquímanos, na Austrália, são exemplificativos desse período. (MURARO, 1997. p.5).

Nessa época as concepções teológicas se vinculavam a um universo feminino. Inúmeras civilizações tinham a percepção de que o mundo fora criado por uma deusa mãe sem a colaboração de ninguém. (MURARO, 1997. p 5). No mito grego Geia é a mãe terra. Dela nascem todos os protodeuses: Urano, os Titãs e as protodeusas, entre as quais Réia, que virá a ser a mãe do futuro dominador do Olimpo, Zeus. Há também o caso do mito Nangô, que vem dar origem ao candomblé. Neste mito africano, é Nana Buruquê que dá à luz todos os orixás, sem auxílio de ninguém. (MURARO, 1997. p.6).

Na acepção de (MURARO, 1997, p.4) esta primitiva “inveja do útero” começaria a ser ultrapassada por uma moderna “inveja do pênis”, quando a força física tornou-se essencial para a caçada de animais de grande porte. É, no período neolítico, que o homem começa a compreender sua participação na função biológica reprodutora. Nesse momento, surge o casamento tal qual nos aparece na atualidade, ou seja, em que a herança se transmite através da descendência masculina.

Em regra, a autoridade do clã é compartilhada conforme as funções. Aspectos transcendentais ligados à religião e magia são divididos. Nesta fase, os mitos evoluem. Há explicações para o surgimento do universo baseadas em deuses andróginos (Shakti/Shiva na Índia) ou num casal criador.

Uma terceira etapa surge com o aparecimento da agricultura, levando a humanidade a deixar de ser nômade, assumindo o sedentarismo. As primeiras aldeias, cidades, Cidades-Estado e os primeiros impérios surgem nesse momento. A noção de propriedade terra se consolida, espalhando seu significado. Terras comunais e estatais que surgem inicialmente começam lentamente a conviver com fazendas particulares.

Nesse período as sociedades já são patriarcais. O convívio em pé de igualdade cede espaço à lei dos mais fortes:

Neste contexto, quando mais filhos, mais soldados e mais mão-de-obra barata para arar a terra. As mulheres tinham sua sexualidade rigidamente controlada pelos homens. O casamento era monogâmico e a mulher era obrigada a sair virgem das mãos do pai para as mãos do marido. Qualquer ruptura desta norma podia significar a morte. Assim, também o adultério: um filho de outro homem viria a ameaçar a transmissão da herança que fazia através da descendência da mulher. A mulher fica então reduzida ao âmbito doméstico. Perde qualquer capacidade de decisão no domínio público, que fica inteiramente reservado ao homem. A dicotomia entre privado e público torna-se, então, a origem da dependência econômica da mulher, e esta dependência, por sua vez, gera, no decorrer das gerações, uma submissão psicológica que dura até hoje. É nesse contexto que transcorre todo período histórico até hoje. De matricêntrica, a cultura humana passa a patriarcal. (MURARO, 1997:7/8).

Essa transição reflete-se também na mitologia humana. Nessa fase encontramos duas etapas. Na primeira, um deus macho toma o poder de deusa ou cria o mundo sobre o corpo da deusa, numa simbologia metafórica da possessão sexual.

Finalmente, á etapa que gera os mitos contemporâneos. Agora, um deus masculino cria o mundo sem qualquer intervenção feminina. Esta é a perspectiva judaico-cristã e muçulmana. Deus cria o mundo sozinho em sete dias. O homem é criado a sua semelhança. Mulher surge como subproduto (costela) do primeiro e nasce com a função, na mensagem do antigo testamento, como teste da fidelidade do homem para com Deus. Ela está quase sempre ligada á fidelidade do homem para com Deus. Ela está quase sempre ligada à sedução, traição e torpeza, como nos lembram os mitos no livro do gênese de Adão e Eva, a Arca de Noé, a destruição de Sodoma e Gomorra, e a história Dalila atraíçoando o campeão de Deus (Sansão) e de Salomé pedindo a cabeça de João Batista. (MURARO, 1997. p.10).

Se no início da humanidade o parto era visto como fonte de poder da mulher, agora se torna símbolo da sua fraqueza e da sua submissão. Ela é vista como alguém fraco e vulnerável. Sua missão se restringe a garantir a descendência do homem. Logo, sua sexualidade deve ser rigidamente controlada. Antes vista como fonte de fertilidade e prazer, o sexo passa aos domínios da tentação e do pecado. O sexo passa a ser pecado supremo. O processo de repressão às mulheres é elemento sistemático e constante nos últimos quatro milênios. Qualquer remota reação era punida drasticamente. (MURARO, 1997. p.11).

Na Idade Média, a tradição milenar das mulheres curadoras e parteira populares, cultivadoras ancestrais de ervas medicinais, passou a ser vista como uma ameaça ao poder temporal da igreja e do seu esforço para uniformizar o discurso teológico em toda a Europa. Estas funções das mulheres, normalmente advindas de religiões pagãs (satanismo) deixam de ser tolerância especialmente a partir do século XIII. Assim, ervas medicinais com fatores farmacológicos inibidores de fecundação passaram a ser tachadas de aspectos demoníacos. E num contexto de repressão às revoltas camponesas, que estavam constantemente expostos à fome à peste e à exploração, a mulher passa a sofrer particularmente nas mãos da Inquisição. A extensão e a magnitude da caça às bruxas são enormes. Calcula-se que no mínimo cem mil foram queimadas vivas, problemas corriqueiros do cotidiano, como impotência sexual

masculina, a perda de colheitas ou a própria incapacidade de casais gerarem filhos, eram atribuídos ao malefício de feiticeiras. (MURARO, 1997, p.10-15).

Num mundo teocrático a transgressão da fé é também transgressão política. Mais ainda a transgressão sexual que grassava solta entre as massas populares. Assim, os inquisidores tiveram a sabedoria de ligar a transgressão sexual à transgressão da fé. E poder punir as mulheres por tudo isso. As grandes teses que permitiram esse expurgo do feminino que são as teses centrais de *Malleus maleficarum* (Martelo das feiticeiras) são as Seguintes.

(...) Demônio, com a permissão de Deus procura fazer o máximo de mal aos homens a fim de apropriar do maior número possível de almas;

2) Este mal é feito prioritariamente através do corpo, único 'lugar' onde o demônio pode entrar (...);

3) E este demônio lhe vem através do controle e da manipulação dos atos sexuais (...);

4) E como as mulheres estão essencialmente ligadas à sexualidade, elas se tornam as agentes por excelência do demônio (as feiticeiras). (...);

5) A primeira e maior característica, aquela que dá todo o poder às feiticeiras é copular com o demônio. Satã é, portanto, O Senhor do prazer;

6) Uma vez obtida a intimidade com o demônio as feiticeiras são capazes de desencadear todos os males, especialmente a impotência masculina, a impossibilidade de livrar-se de paixões desordenadas, abortos, oêrendas de crianças a Satanás das colheitas, doenças nos animais, etc. (MURARO, 1997:15\16).

“ Em meados do século XVI, protestantes e católicos estavam queimando bruxas não aos dois e três. Mas às centenas, e esse frenesi incendiário por mais de um século atingido um clímax durante a carnificina da guerra dos trintas Anos, entre 1618e1648. (...) Mas nem mesmo as piores depredação do protestantismo puderam igualar às de Roma. Neste aspecto, a fôlha da Inquisição não teve rival. Ela própria se gabava de que queimara no mínimo dos mínimos, 30 mil bruxas durante o período de 150 anos. A igreja sempre fora mais que um pouco inclinada à misoginia. A campanha contra a bruxaria forneceu – lhe mandado para uma cruzada em escala total contra as mulheres, contra tudo que era feminino “. (BAIGENT, MICHAEL; LEIGH, Richard. A inquisição. Trad. Marcos Santa Rita. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 136-137).

Para fazer frente a isso, o papa Inocêncio VIII recomendava em sua bula elementos para a condução dos processos dos Inquisidores da santa Sé:

Haverá de ameaçar a todos que vieram a dificultar ou impedir a ação dos Inquisidores a todos os que lhes opuserem, a todos os rebeldes, de qualquer categoria, estado, posição, proeminência dignidade ou de qualquer condução que seja – não importando privilégio de haverá de ameaçá-los com a excomunhão a suspensão, a interdição e inclusive com as mais terríveis penas os piores castigos, como bem lhe aprouver e sem qualquer direito de apelação. Se assim o desejar poderá, pela autoridade que lhe concedemos agravar e renovar tais penas quantas vezes for necessário, recorrendo, se assim convier, ao auxílio do braço (KRAMER Henrich; SPRENGLER, James. 1997 p.45\46).

Os inquisidores citados eram Heinrich Kramer e Johann Sprengle, que viriam a produzir uma das mais obscenas obras da história da humanidade: o *Malleus Maleficarum*. Traduzido como o “martelo das feiticeiras”. O livro é um verdadeiro manual do inquisidor em procedimentos contra a bruxaria. No século XVI chegou a ser tão difundido quanto a bíblia nos meio católicos.

O *Malleus* é militantemente – na verdade, psicopatologicamente misógino. Por mais intrépidos que sejam no combate aos poderes invisíveis, os autores do texto sentiam um terror das mulheres que beiravam a demência. Elas eram encaradas como fracas e, quase por definição “decaídas.” A mulher “é um animal imperfeito, sempre engana.” É bonita de se olhar, contamina pelo contato, e é moral para se manter. “Deve – se culpá-la na verdade, por praticamente tudo”: toda bruxaria vem da luxúria carnal, que na mulher é insaciável. (BAIGENT e LEIGH, 2001:128).

Deirche English e Bárbara Ehrenreich na obra citada por Muraro, *Witches Nurses and Midewives* (1973) destacam um elemento estatísticos chocante: 85% (oitenta e cintos por cento) de todos quantos foram supliciados pela fogueira da Inquisição eram mulheres. E todos sabem que os métodos de extração da confissão eram pavorosos, tais como os sofridos por

Joana D'Arc e tantas outras.

O Malleus recomendava aos inquisidores de forma meticulosa a maneira de “extrair a verdade” da feiticeira Neste procedimento a meter-lhe a vida mesmo permanecendo em prisão perpetua, mas sabedores que ela seria queimada mais tarde.

Durante o interrogatório de uma bruxa, qualquer desmaio ou convulsão provocado pelo stress físico e moral, que lhe submetiam eram aceitos como prova cabal de sua possessão demoníaca. Este interrogatório deveria ser feito sempre com a bruxa de costas para o inquisidor, de modo a impedir qualquer tentativa de enfeitiçá-lo com o olhar, ou seja, de abrandar seu coração.

Quando uma bruxa é devolvida á cela após a sessão de tortura. ‘O juiz também deve ter o cuidado de que durante esse intervalo haja sempre guardas com ela, para que nunca fique só, por medo que o demônio a faça matar-se’. Em outras palavras, um suicídio ou tentativa ser interpretado como de inspiração diabólica, e, portanto mais uma prova de culpa. Assim, se exculpavam os inquisidores. Quando as mulheres tentavam suicídios espetando com os grandes alfinetes que prendiam os panos de cabeça, era “para serem encontrados por nós quando nos levantássemos como se desejassem enterrá-los em nossas cabeças.” Mesmo tais atos de frenético desespero eram atribuídos á intenção malévola e distorcidos para servir de prova. (BAIGENT e LEIGH, 2001:134).

2.2 O Direito de família brasileira e as influências do patriarcado

A redação do Código Civil brasileiro de 1916 estabeleceu que em matéria de filiação que “o pai é o marido da mãe”. E, em seu Artigo 358. Vetou a qualquer busca da paternidade. E evidente a presunção de mentira, a destituição de credibilidade de toda mulher fora do casamento. Em regra a mulher casada não estaria a salvo da presunção de mentira, pos ela não poderia declarar não ser o marido, o pai de seu/sua filho/a. (THURLER, 2006. p.7).

Nesse contexto a palavra da mulher não deve ser legalmente considerada no âmbito legal nem para negar a paternidade nem para afirmá-la. Sexista o Artigo 1.601, do Código Civil permite a desconstrução, pelo homem, de qualquer presunção, estabelecendo que qualquer paternidade é igualmente contestável, mesmo no interior do casamento. “Cabe ao marido contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.” Assim, o Código Civil de 2002 ao determinar que somente o pai possa, a qualquer tempo, questionar a paternidade do filho de sua mulher e admite a possibilidade de práticas não igualitárias entre homens e mulheres, afrontando o princípio da igualdade constitucionalmente estabelecido.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) propôs a revogação do artigo 1.601 do Código Civil por “ofensivos à dignidade da mulher”, inserindo-se no jogo dialético, permanente e nada linear, por democratizar as relações sociais entre homens e mulheres. A sugestão do IBDFAM está apresentada para apreciação ao Congresso Nacional no Projeto de Lei nº. 4.946, proposta pelo deputado Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ, em 23 de março de 2005). (THURLER, 2006. p.7-8).

Assim, mesmo após mudanças progressistas relativamente à filiação, milhões de crianças e adolescentes continuam sem se beneficiar dessas mudanças, pois muitos homens a ignoram ou lhes opõem forte resistência, adotando práticas de filiação ligadas à cultura patriarcal, apoiadas em normas sexistas e misóginas – em geral não escritas, mas, algumas vezes, expressamente escritas, como no caso do Código Civil de 2002, nos artigos 1600, 1601 e 1602.

A Lei da paternidade (Lei N. 8560) aprovada em 29 de dezembro de 1992, para os filhos de casais não casados vivendo em relação eventual ou convivendo em união estável. Dois aspectos dessa lei são relevantes. Em primeiro lugar, ela reconheceu à mãe não casada com o pai, a condição de cidadã com o direito de declarar, na oportunidade da lavratura do registro de nascimento, ainda que em separado, o nome do pai. Ao lado desse ganho, há a realidade de muitas mulheres desconhecendo esse direito e de outro sofrendo ameaças para

não indicarem o nome do pai. Essa lei redimensionou a paternidade, promovendo seu deslocamento da esfera privada para a condição de questão de interesse público. O Direito propôs a transição do indivíduo pai, para o pai cidadão, pois a paternidade se realiza no contexto social. Com isso, o Ministério Público passou a deter poder para propor ação de investigação da paternidade em nome próprio ou da criança.

2.3 Reconhecimentos de valor à palavra da mulher

O exame em DNA, com alta confiabilidade graças ao desenvolvimento da pesquisa genética representa um avanço para as mães solteiras que, ao gerar um filho fora do casamento, já demonstraram um comportamento divergente do padrão social estabelecido. Nessa conjuntura o exame de DNA tornou possível o deslocamento do julgamento da moralidade da mulher para um apelo ao recurso da ciência. (THURLER, 2006. p.7).

O Código de Processo Civil estabelece que ninguém pode obstruir o trabalho da justiça. Uma exceção, entretanto, é admitida na prática, contrariando a lei: os processos de investigação de paternidade, homens indicados como pais, ainda se recusa fazer o teste de DNA, obstruindo o trabalho da justiça. Nessa situação as desigualdades nas relações sociais de gênero, na aplicação e produção das leis são muito fortes. Os homens garantem em todas as instâncias a posição de exigir das mulheres, legalmente, provas. As mulheres sofrem uma dupla discriminação. As leis brasileiras estabelecem que o ônus da prova da paternidade deva recair sobre elas. Em contrapartida, da paternidade e, ao mesmo tempo, se reservando o “direito” de não produzir essa “prova”. (THURLER 2006. p.7-10).

A possibilidade de uma ruptura no quadro da paternidade e da filiação (filhos havidos fora do casamento) somente acontecerá com o deslocamento do eixo do problema da mentira

presumida para presunção de verdade da palavra da mulher. (THURLER, 2006. p.7-10).

Realização do exame de DNA esvazia por completo a mulher como declarante da paternidade. Inserindo no campo jurídico e social uma reflexão ética. Essa ausência de garantia da mãe afeta profundamente direitos e garantias da criança usurpando efetivamente a dignidade humana de ambos no que se refere a filiação e declaração de paternidade. Conferir a mãe o direito de declarar o pai de seu filho põe fim ao princípio da mentira presumida da mulher e estabelece o imperativo da inversão do ônus da prova.

O Brasil não será o único e primeiro adotando a inversão do ônus da prova. (THURLER, 2006. p.7-10). No âmbito internacional, o conselho da união Européia aprovou, ainda em 15 de dezembro de 1997, a diretiva 97/80/CE, relativa a casos de discriminação baseada em sexo, estabelecendo a inversão do ônus da prova.

Na América Latina, em oito de janeiro de 2005, com a lei 28.457, o Peru regulamentou a filiação judicial de paternidade extra matrimonial: é apresentada a demanda diante do juiz, que expedira uma resolução declarando a paternidade. Se o pai indicado discordar, terá dez dias para contestar, submetendo-se a exame em DNA. Em Cuba, o Código da família, de 14 de fevereiro de 1975, propõe o procedimento da inscrição do nascimento feita pela mãe, limitando o prazo da manifestação do pai para 30 dias. Em caso de não-comparecimento, a paternidade lhe é atribuída. Ao homem indicado pela mãe será concedido ainda prazo de um ano para impugnar o registro e provar não ser o pai (VERUCCI, 2002).

Assim, a igualdade constitucional entre nossas crianças, quanto ao efetivo direito ao pai, convive com desigualdades muito claras. Uma legislação ainda androcêntrica, em meio a contradições, em última instância argumenta em favor da presunção da paternidade na união estável, deixando ao pai indicado, em caso de discordância, a possibilidade de demonstrar o contrário exigindo a prova da mulher.

3 FILIAÇÃO-PATERNIDADE-DIGNIDADE HUMANA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

3.1 Pessoa e personalidade

Ordenar direitos e deveres dos cidadãos, numa sociedade moderna sob a forma de Estado, tradicionalmente coube ao Direito Civil. Impunha-se necessário positivizar o direito subjetivo individual e as normas reguladoras da convivência social, imprimindo-as com as expressões verbais ordenatórias impor, proibir, estatuir e as facultativas postular, reclamar, defender.

O legislador brasileiro de 1916 constou no Código Civil as normas regulamentadoras das relações entre a pessoa natural, a pessoa jurídica e o poder institucional. Este diploma infraconstitucional, nos artigos 2º ao 12 conceitua e fixa o início e o fim da existência da pessoa natural, suas incapacidades, direitos e obrigações na ordem civil.

O Código Civil de 1916 estabelece no artigo 2º, que todo homem, ao nascer com vida, é considerado, pela lei civil, pessoa natural, dotada de personalidade e sujeito das relações jurídicas. A personalidade é um atributo inseparável da pessoa humana. Sobre ela, assim diz o jurista Caio Mário Pereira da Silva: "A personalidade civil é uma faculdade reconhecida à pessoa, independente do preenchimento de qualquer requisito psíquico que dependa da participação da consciência ou da vontade do indivíduo". Configura a personalidade civil, indubitavelmente, um direito personalíssimo, inalienável e imprescritível. Pertence ao recém-nascido, ao louco, ao portador de enfermidade física ou mental com ausência de discernimento da realidade, ou mesmo de qualquer reação psíquica.

Os jusnaturalistas entendiam que os direitos inatos ao nascimento eram concebidos como irradiados da personalidade. Modernamente, os direitos naturais foram positivados sob o nome de Direitos Fundamentais, e cristalizados no artigo 5º e no artigo 227, da Constituição Federal de 1988, como direitos inatos irradiados da personalidade.

È importante destacar a individualidade da personalidade civil, que se inicia com a oficialização do nome civil. Elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação social e jurídica. Portanto, o nome integra a personalidade, individualiza as pessoas e indica a sua origem e raiz familiar. Tal é a força da individualidade civil, que para alguns juristas o nome é um direito do qual seu titular goza de maneira absoluta, inalienável e imprescritível um direito de propriedade. Defendem que a integração do nome com a personalidade ocorre com caráter pessoal, e não patrimonial, servindo à fixação da personalidade.

O nome é, portanto, um direito individual e um interesse social. A pessoa natural no correr de sua existência passa por situações várias, ligadas à posição por ela ocupada na sociedade. Essas se perpetuam por interesse individual e público, nos registros públicos, e tem a finalidade de vincular com segurança aquela identidade declarada no nascimento às certidões futuras, exaradas pelos oficiais responsáveis por tais assentos. Nesse sentido é direito subjetivo, individual, personalíssimo. É direito subjetivo público. (PENTEADO, 2010, p.20-25).

O registro público da pessoa natural é uma norma ordenatória do direito positivo, como reza artigo 12 do Código Civil: "Serão inscritos em registro público: I. os nascimentos". Essa regra atribui ao direito ao nome uma conotação de direito público, disciplinando e regulamentando o exercício e a forma de utilização. Das regras institucionais, aflora a designação do indivíduo da forma inscrita nos livros dos registros públicos, servindo para identificar o portador daquele nome na sociedade com caráter de um direito inalienável integrando a personalidade civil, aliás, também outorgada pelo Estado.

Nesse contexto acontece um diálogo entre o Direito Civil codificado, e a constituição no que diz respeito à família, filiação, paternidade e direitos e deveres da criança e do adolescente.

Ficaram constitucionalizadas na Carta Magna de 1988 as matérias família, filiação e paternidade, tendo sua composição redefinida ao garantir "aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção", os mesmos direitos e qualificações, "proibidas

quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Esse olhar constitucional sobre tais matérias altera profundamente o tratamento jurídico destinado a essas questões. Doravante, o estado de filiação passa a ser regido por princípios gerais vinculados a uma maior repercussão na vida social, garantindo direitos civis e dessa forma refletindo a finalidade do Estado, qual seja, garantir e assegurar ao cidadão a dignidade humana.

Ressalte-se que o novo paradigma determinado em nível constitucional e infraconstitucional oferece proteção integral à criança e ao adolescente que orientará as relações familiares, os direitos e deveres, os interesses dos seus membros. Assim, a partir da vigência da Constituição de 88 e da Lei 8069/90, os conflitos de interesse porventura existentes entre os membros de uma família, não podem continuar sendo discutidos pelas normas do Código Civil, naqueles pontos não recepcionados pela lei nova e sim, pelas expressões ordenatórias ou facultativas positivadas nesses diplomas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ordena, em seu artigo 1º: "Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente" e em seu artigo 2º, esclarece: "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquelas entre doze e dezoito anos de idade". Os princípios aqui contidos se harmonizam com os dogmas constitucionais, princípios e valores, ao rezar o seu artigo 3º: "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade".

O artigo 27 da Lei 8069/90 estabelece que "o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça". Quando, porém, o reconhecimento formal dos filhos havidos fora do casamento não ocorre espontaneamente, subtraindo-se os pais da responsabilidade pela fixação do nome do filho e, por decorrência, negando-lhe proteção, afeto, sustento, educação e os direitos hereditários dali emanados, tem o sujeito/filho à sua disposição a ação de investigação de paternidade e de maternidade, fundamentada na exigibilidade de seu direito indisponível, inalienável e imprescritível.

3.2 Princípios da dignidade humana e filiação

O princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional. O filósofo Immanuel Kant procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele:

"No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade".

A dignidade humana é comum a todas as pessoas, é um imperativo de respeito e intangibilidade, inclusive em face do Poder Público.

Como princípio, a dignidade humana, é espécie do gênero norma jurídica constitucional a ser preenchida com a mediação concretizadora de quem o deva aplicar. A mediação não se compadece com juízos subjetivos de valor. Na lição de Gomes Canotilho esse princípio não fica a mercê da norma jurídica infraconstitucional regulamentadora. Dele brotam efeitos imediatos e determinantes, de três espécies: 1º. Imposição permanente ao legislador, para que o densifique com os conteúdos prevalentes em cada época, mediante normas infraconstitucionais (eficácia positiva); 2º. Conformação fundamental das normas infraconstitucionais, que devem ser aplicadas e interpretadas a partir e segundo o princípio constitucional (eficácia positiva); 3º. Compatibilização limitante das normas infraconstitucionais, que não podem com o princípio colidirem, sob pena de inconstitucionalidade ou de revogação (eficácia negativa).

Os juristas costumam dizer que os princípios constitucionais são expressos ou tácitos.

São tácitos quando emergem do sistema de normas e valores constitucionais. O princípio do reconhecimento e nome paterno na certidão de nascimento é fato jurídico-constitucional, pois é espécie do princípio da dignidade humana e emerge das normas acima referidas, que o sistematizam.

Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-as na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é pautado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, sobretudo com relação aos filhos. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa esse mandamento, configurando seu espírito cidadão, ao estabelecer que seja dever da família assegurar-lhe "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", além de colocá-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

3.3 O direito de filiação na Constituição Federal de 1988

O Código Civil de 1916 mencionava indiretamente a união fora do casamento, vedando o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos.

Com a evolução do direito brasileiro, através da jurisprudência, as novas normas davam maiores proteções à família extraconjugal, se adaptando à realidade.

A transformação da sociedade altera a base da família que foi se modificando, passando de uma concepção tradicional, ideológico e modelo monoparental, que a figura paterna tinha responsabilidade dentro da família e da sociedade.

Em face das mudanças na sociedade, hoje muito das vezes o único responsável pela família é a figura materna, no que tange tanto a responsabilidade financeira, educacional e social dos integrantes da família e tendo um relevante aumento no número de ligações concubinárias, veio a Constituição Federal no seu artigo 226 parágrafos 3º e 4º:

Art. 226. 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 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.

Pode-se reconhecer hoje tanto o filho natural como o “adulterino” ou o “incestuoso”, denominações banidas do vocabulário jurídico brasileiro através do fundamento constitucional igualando os filhos matrimoniais ou extras matrimoniais, conforme o artigo 227 parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, possuindo os mesmos direitos e obrigações, sendo vedada qualquer distinção:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º 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.

O direito de filiação, diante da Magna Carta de 88, tornou-se fruto do princípio fundamental da República brasileira, positivado na lei maior, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo direitos indisponíveis do autor da ação de investigação de paternidade (direito à filiação).

3.4 O Ordenamento Jurídico infraconstitucional posterior à Constituição Federal de 1988

Com o propósito de assegurar as garantias mínimas e os direitos fundamentais de todos os cidadãos, fez-se necessário a elaboração de normas infraconstitucionais. Fazendo surgir no ordenamento jurídico brasileiro, legislação específica como a Lei N. 8069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), com plenas condições de garantir cidadania absoluta a todas as crianças e adolescentes, com processo de transformação social, buscando grande desenvolvimento social no Brasil.

A presunção de paternidade está à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 3º, que ressalta os direitos inerentes às crianças e aos adolescentes:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Com o reconhecimento pleno do direito de conhecer sua verdadeira identidade genética, tem-se o exercício pleno do direito de personalidade, este direito personalíssimo do filho, sendo impossível de obstacularização, renúncia ou indisponibilidade por parte da mãe

ou do pai.

O Código Civil estabeleceu um capítulo específico a respeito do reconhecimento dos filhos, merecendo destaque o artigo 1609:

Art. 1609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I – no registro de nascimento;

II – por escritura pública ou escrita particular, a ser arquivado em cartório.

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV – por manifestação direta e expressa perante o Juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objetivo único e principal do ato que o contém.

A presunção legal de paternidade presume matrimoniais os filhos concebidos na constância do casamento dos pais. A presunção é relativa, *juris tantum*, pois a prova contrária é limitada, exceto em relação a terceiros que é absoluta, de acordo o seu artigo 1601 e seu parágrafo único:

Art. 1601 Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único: Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Outros ordenamentos legais garantem a cidadania, a Lei nº. 8560/92 institui a investigação de paternidade oficiosa dos filhos havidos fora do casamento e estabelece novas diretrizes para sua investigação dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

3.5 Do reconhecimento de filiação

A filiação é provada pelo Registro Civil, artigo 1603 do Código Civil: “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”. O registro torna público o nascimento e estabelece presunção de veracidade das declarações efetuadas.

Os filhos de pais casados não precisam ser reconhecidos. A paternidade dos filhos havidos na constância do casamento é presumida, o que não acontece com os filhos gerados fora do casamento. Além da existência do vínculo biológico, há de existir o vínculo jurídico de parentesco entre eles, que só obtém com o reconhecimento.

A mãe não casada desejando fazer o registro do filho não poderá exigir o nome do pai, caso este não esteja presente e consinta, ou através de procuração, com poderes específicos para tal declaração. Para nosso ordenamento legal apenas a maternidade é sempre certa.

O reconhecimento pode ser espontâneo ou forçado. O reconhecimento forçado ou judicial decorre de uma sentença, fruto de uma ação de investigação de paternidade, cujo objeto da ação é o pedido de reconhecimento do autor, no que afirma ser filho do suposto pai, o requerido.

O reconhecimento voluntário do filho havido fora do matrimônio é um ato de vontade da mãe e do pai, devendo ambos comparecer pessoalmente ao Cartório de Registro Civil, reconhecendo o filho, gerando efeitos bilaterais. Esse ato pode ser feito no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública ou por testamento.

Deve o pai comparecer ao Oficial de Registro Público e prestar declarações, assinando o termo de nascimento na presença de testemunhas. Sendo casados os pais pode ser feito conjunta ou separadamente, já que se observa a presunção de que o filho oriundo do matrimônio seja filho do casal. (CÓDIGO CIVIL).

Para que seja feito na escritura pública, basta que a paternidade seja declarada de modo incidente ou acessória em qualquer ato notário, assinado pelo declarante e testemunhas, não exigindo nenhum ato público especial. É válido o reconhecimento feito por escritura particular arquivada em cartório e autenticado.

A filiação pode também acontecer via testamento cerrado, público ou particular; o reconhecimento nele exarado vale *de per se*, inclusive se tratar de simples alusão à filiação, salvo se ocorrer algum caso de nulidade. (CÓDIGO CIVIL art. 1.609).

O reconhecimento da filiação é irrevogável, sendo impedido de haver arrependimento posterior a sua anuência e, embora o testamento seja um ato revogável, não poderá se der na parte em que o testador reconheceu o filho havido da relação extra-matrimonial. (CÓDIGO CIVIL, art. 1.610).

O reconhecimento judicial dar-se-á através da ação de investigação de paternidade, tendo caráter pessoal, embora os herdeiros dos filhos possam continuá-los. Para ingressar com a ação, observar-se-á os pressupostos legais de admissibilidade da ação, as chamadas presunções de fato. (GONÇALVES, 2003. p.97-98).

É solene qualquer ato da filiação, deve obedecer as formas prescritas em lei, pode proceder ao nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendente

3.6 Ações de investigação de paternidade

A ação de investigação de paternidade é o instrumento pelo qual uma pessoa reclama judicialmente o reconhecimento de filiação.

A evolução cultural e as transformações sociais provocaram a adequação do direito brasileiro. As novas normas dão maior proteção e igualdade às famílias estabelecidas extraconjugais, diferentemente do Código Civil de 1916 que distinguia os filhos havidos fora do matrimônio, definindo-os como adulterinos e incestuosos.

A ação de investigação de paternidade proporciona o reconhecimento forçado ou involuntário, em virtude de sua sentença judicial, sendo uma sentença declaratória, que declara a existência ou não de uma relação de filiação, de modo que, às vezes a relação já existe antes da declaração, servindo a sentença apenas para regularizar uma situação de fato, conferindo alguns efeitos jurídicos. (GONÇALVES, 2003. p.94-97)

Trata-se de uma ação judicial, promovida pelo filho ou seu representante legal, caso aquele seja incapaz. Em face do seu genitor ou seus herdeiros, muitas vezes cumulada com pedido de alimento, herança e anulação do Registro Civil. (GONÇALVES, 2003. p.100-109).

Apesar de ser uma ação personalíssima, o herdeiro do investigante, que já ajuizou a ação, tem legitimidade para prosseguir na ação, salvo se o processo já se extinguiu, conforme elenca o artigo 1606 do Código Civil:

Art. 1.606 - Ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único - Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

É uma ação imprescritível, o filho poderá em qualquer tempo propô-la, embora prescreva o seu direito patrimonial, tal como herança. De acordo com a Súmula Nº. 149 do Supremo Tribunal Federal: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

A ação deverá ser proposta pelo menor, sendo representado pela sua mãe ou tutor, assim transcreve Carlos Roberto Gonçalves (2006, p.306): “A legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de investigação de paternidade é do filho. O reconhecimento do estado

de filiação é direito personalíssimo, por isso, a ação é privativa dele. Se menor será representado pela mãe ou tutor”. O filho tem direito a ingressar em juízo para averiguar sua verdadeira paternidade biológica, tendo o direito de saber sua identidade genética. Hoje, com o advento do exame de DNA, que é a solução mais avançada para identificar a paternidade, com um grau de certeza quase absoluto, garantindo uma convivência familiar caso seja comprovada tal paternidade.

A causa de pedir nas ações de investigação ou reconhecimento de paternidade é o fato naturalístico da procriação biológica do filho pelo réu a quem a paternidade é imputada, perspectivado como fato natural dotado de relevância jurídica. Na investigação de paternidade, o juiz não deve se tornar homologador de laudos vindos de laboratórios, devendo também averiguar outras provas vindas ao processo. Logo, a averiguação da paternidade tem muita importância na vida do filho, autor da ação, porque, se positivo, o filho passa a ter o direito ao nome, educação, alimento, sucessão e a convivência familiar.

3.7 O Teste de DNA

O teste de DNA (ácido desoxirribonucléico) é o método mais preciso para identificação de paternidade, dispondo de uma porcentagem de acerto que varia de 99,99% a 99,9999%, o que, na prática, tomadas as devidas precauções de qualidade do teste, representa um número absolutamente preciso. Daí decorre o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2006, p.318).

O exame de DNA é hoje, sem dúvida, a prova central, a prova mestra na investigação filial, chegando a um resultado matemático superior a 99,9999%. Faz-se mister, no entanto, que seja realizado com todos os cuidados recomendáveis, não só no tocante à escolha de laboratório idôneo e competente, dotado de profissionais com habilitação específica, como também na coleta de material. É fundamental que tal coleta seja acompanhada pelos assistentes técnicos indicados pelas partes e o material

bem conservado e perfeitamente identificado. Se tais cautelas não forem tomadas o laudo pode ser impugnado, dada a possibilidade de erro.

Além de ser o meio mais eficaz, requer pouca quantidade de sangue, saliva, pele, fio de cabelo, etc., não necessitando que as células estejam vivas para a coleta do exame, podendo ser feito em crianças, bebês e até em feto, não tendo limite de idade para sua análise. É possível ainda, testar avós, irmãos, quando o suposto pai está morto ou não se dispõe em fazer o teste.

Após a descoberta do DNA, obtém-se o conhecimento de todo o material genético hereditário, transformando a ação de investigação de paternidade em um processo mais justo, trazendo a verdade ao Direito, principalmente naqueles casos em que é difícil comprovar o ato sexual que resultou o nascimento do filho. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a necessidade da verdade material, diante do acordo abaixo:

Processual Civil. Ação de Investigação de Paternidade. Prova. DNA. Princípio da Identidade Física do Juiz. CPC, art. 132. I - O juiz prolator da sentença somente veio a funcionar no feito após concluída a instrução processual em razão da convocação de seu antecessor para exercício do cargo de Corregedor do Tribunal de Justiça Estadual. Tal fato, por si só, excepciona a regra de vinculação esculpida no art. 132 do CPC.

II - Comprovado pela prova testemunhal que a mãe do autor manteve com exclusividade um namoro, ainda que breve, com o investigado, na mesma época da concepção e não afastada pelo único exame médico realizado a possibilidade de paternidade, é de se determinar o exame de DNA, que, por sua confiabilidade, permitirá ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão certeza, da efetiva paternidade. Não realizado, devem os autos retornar à origem para que o requerido exame seja feito esclarecendo-se que a recusa do réu, quanto à sua efetivação, implicará presunção da sua paternidade.

III - Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - 3ª T., R Esp nº 317.119/CE, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 03.10.2005, p.239 e RSTJ 199/315)

O julgador, antes da descoberta do exame do DNA, tinha seu convencimento através de presunções e indícios diante de um suposto relacionamento da mãe do investigante e o investigado.

Em investigação de paternidade, a prova pericial científica concernente ao exame de DNA constitui prova direta, e, quando seus resultados forem categóricos na afirmação da paternidade, deve ser considerada *prova superior e incontestável* na formação do livre convencimento do julgador, mormente quando somada à prova indiciária (Ap. 49.458/3 – 2ª Câm. – j. 18.09.95, rel. Des. Abreu Leite, DJ, 05.09.1996 e RT, 734/453).

A incerteza trazida aos antes pela exceção oposta pelo réu já não conduz, necessariamente, à improcedência da ação. Por essa razão, o novo código civil não especifica os casos em que cabe a investigação de paternidade. (GONÇALVES, 2003. p. 101).

Além de ser o meio mais eficaz, requer pouca quantidade de sangue, saliva, pele, fio de cabelo, etc., não necessitando que as células estejam vivas para a coleta do exame, podendo ser feito em crianças, bebês e até em feto, não tendo limite de idade para sua análise. É possível ainda, testar avós, irmãos, quando o suposto pai está morto ou não se dispõe em fazer o teste.

O exame do DNA hoje permite ao julgador um juízo de forte probabilidade da paternidade, capaz de excluir um homem de ser o pai biológico de um indivíduo ou de seguramente incluí-lo como tal, dando ao magistrado um maior grau de certeza e um veredicto mais justo além de possibilitar uma economia de tempo e dinheiro.

O Superior Tribunal de Justiça através da súmula 301 procura evitar excessos de recurso do suposto pai: A súmula 301 registra a presunção de paternidade para o suposto pai que se negar em realizar a perícia técnica, evitando desta forma excessos de recursos: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.” Conforme mandamento do Código de Processo Civil.

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor.

Ainda com referência ao exame do DNA a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, legalidade, são tão quanto obrigatórios quanto às regras. Quando impossível conciliar esses interesses, devem-se sopesar os valores em questão e decidir qual deve prevalecer. Assim, o Supremo Tribunal Federal acolhe o Princípio da Proporcionalidade, com cuidado para que o “interesse público” não desrespeite os direitos fundamentais privados, descaracterizando certa impunidade, eis a jurisprudência:

[...] O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma RE nº. 248.869. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Data do julgamento: 07.08.2003. De 12.03.2004).

Diante do Princípio da Proporcionalidade que analisa as vantagens e desvantagens de uma limitação ao direito fundamental, objetivando trazer mais benefícios do que prejuízos. A contradição dos princípios deve ser superada ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios.

O juiz, nas ações de determinação de paternidade, passa a ter o dever de impulsionar a produção de todas as provas possíveis, buscando a verdade real sobre a filiação biológica, podendo agir de ofício ou a requerimento das partes, determinando, a qualquer momento até a sentença final, a realização das provas que entenda necessária para a prolação da mais justa decisão, pois o interesse em questão é o do filho e também o direito público de apuração e proteção desse direito é de todo o cidadão.

3.8 Avançando na conquista do direito à paternidade

O direito à paternidade é um direito normativo de se garantir a identidade moral, uma socialização e amparo econômico ao menor, com o avanço da cidadania, começando pela efetivação do registro de nascimento.

Este direito está esculpido no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, demandando que o Estado assegure uma série de prerrogativas aos menores, especialmente a paternidade responsável e a dignidade humana. Lê-se: “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Tem o intuito de prevenir outros problemas sociais oriundos da falta de um pai, tais como situações financeiras da mãe, constrangimentos, etc.

O não reconhecimento contribui para outros graves problemas sociais da sociedade, refletindo em todos, como o aumento da marginalização.

Toda pessoa tem direito à identidade, à proteção integral, alimentos, merecendo viver com dignidade, assim como quer ter alguém para chamar de pai. Nesse sentido a paternidade deve ser indicada pela mãe no ato do registro civil. Não ficando o reconhecimento paterno condicionado à autorização do pai. Ou seja, garante-se a dignidade humana da criança e o pai discute a paternidade, se assim entender, posteriormente.

Observa-se pela prática do artigo 59 da Lei 6015/73 que o legislador visa proteger o pai, contrariando os mandamentos constitucionais a esse respeito. Observa-se pelas decisões dos tribunais que há sempre de prevalecer o interesse do filho nas ações de paternidade.

3.9 Algumas violações modelo atual de reconhecimento de paternidade

A paternidade pode ser reconhecida, é um ato pessoal, que não pode ser feito por ninguém além dos genitores, salvo por procuração, com poderes expressos, contida em declaração de vontade, outorgando poderes ao mandatário, que se limita a formalizar o reconhecimento.

O reconhecimento espontâneo ou voluntário é a mais simples e mais comum, o qual é um ato solene, pois só se aperfeiçoa mediante forma prescrita em lei e público, de modo que alguém declara que determinada pessoa é seu filho, sem intervenção da justiça. (GONÇALVES, 2003, p.97-100).

O reconhecimento judicial é decorrente de uma ação de investigação de paternidade, o qual o juiz sentencia que o autor da ação é filho do requerido, pedindo seu reconhecimento. A sentença tem eficácia absoluta, valendo contra todos, ao declarar o vínculo de filiação.

O reconhecimento, por força do artigo 1604 do Código Civil, que apesar de ser um ato irrevogável, pode ser anulado se não observar as formalidades legais ou estiver contido de vício de vontade, tais como erro ou coação.

Os efeitos de tal reconhecimento são de natureza patrimonial e moral, estabelecendo uma relação jurídica de parentesco entre pai e filho. São retroativos, *ex tunc*, gerando suas conseqüências de forma retroativa até o dia do nascimento do filho, ou de sua concepção.

Tem natureza declaratória, assim servindo para ingressar no mundo jurídico uma situação que já existia de fato. Mesmo que declarada depois de muito tempo, preenche o espaço decorrido em que não existiu o reconhecimento, retroage até a época da concepção, adquirindo todos os direitos que se tenham concretizado.

Este efeito retroagidor tem certos limites, quando há direitos de terceiros, por causa de proteção legal concedidos em certas situações.

Ambos os reconhecimentos, tanto o voluntário quanto o judicial tem efeito declarativo e não atributivo, só constando o que já existe, com direito a concorrer às sucessões abertas anteriormente à sentença. (GONÇALVES, 2003, p.92-93).

A retroatividade tem maior importância no âmbito patrimonial e sucessório. Com o reconhecimento, o filho passa a usar o sobrenome, com igualdade de condições com os demais filhos anteriormente registrados. Seu antigo registro de nascimento deve ser alterado, constando dados atualizados de sua ascendência. Se o filho reconhecido for menor, há sujeição do poder familiar, devendo os pais sustentá-lo, educá-lo e de ter sob sua guarda. O pai que reconhece também tem direito sobre o filho, como o de alimentos e sucessão. (GONÇALVES, 2003, p.97).

Em suma, pelo modelo de reconhecimento de paternidade atual o legislador continua a discriminar os filhos não havidos do casamento, impondo-lhes uma série de obstáculos na busca do direito à paternidade. Ferindo gravemente alguns direitos fundamentais tais como: Dignidade humana, personalidade e outros. É gritante a contradição entre o legislador constituinte e o legislador ordinário, pois na prática o filho precisa manejar uma ação para ter declarado um direito que é inerente a todos os filhos.

Os direitos fundamentais abrangem verdadeiros e próprios direitos subjetivos, expectativas, pretensões e interesses legítimos. (RUSSO, 2010, p.105).

Orientam pressupostos como o reconhecimento de uma esfera própria das pessoas frente ao poder político. Não há direitos fundamentais sem a presença do Estado, ou pelo menos de uma comunidade política integrada.

O direito fundamental é toda a posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto

consagra na lei fundamental. São direitos inerentes a cada indivíduo independente da posição política, social, religiosa, econômica e das circunstâncias de qualquer época e lugar.

Há também direitos resultantes da concepção da Constituição dominante, no sentimento jurídico coletivo, também direito não expresso na Constituição, nem na ordem política, pois os órgãos de execução do direito podem estipular outros direitos indiretamente conferidos pela Constituição.

A Constituição prevê uma ordem de valores que ultrapassam as disposições dependentes da capacidade ou da vontade do legislador constituinte, de modo que, ao invés de restringir, abre para outros direitos inerentes ou não.

Deve interpretar e integrar os preceitos relativos aos direitos fundamentais à luz dos princípios que informam, de modo a avaliar o alcance de cada direito e definir seu conteúdo essencial, relacionar a vários direitos e as diversas faculdades compreendidas em cada um, evitando ou resolvendo colisões, conferindo a todos uma adequada harmonização. (RUSSO, 2010, p.105).

Os direitos fundamentais, ou os imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana, radicam em valores éticos superiores ou na consciência jurídica comunitária. (RIBEIRO, 2007, p.20).

Os direitos de personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem, pelo simples fato de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem, sendo condições essenciais ao seu ser, direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*, não podendo ser comprimidos, pois o objeto da tutela é o indivíduo e sua dignidade, consagrando a proteção integral da personalidade, elencada no artigo 1º, III da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

É um direito de poder exigir de outrem o respeito da própria personalidade física, moral e jurídica, tais como o da existência, direito ao nome e pseudônimo, à imagem e a reserva sobre a intimidade da vida privada, principalmente à vida e à identidade pessoal.

Nenhuma constituição pode omitir o direito da personalidade, pois tem imediata relevância constitucional. Sendo um direito difuso, de interesses dispersos por toda comunidade, somente ela poderá prosseguir independentemente de determinação de sujeitos.

Há direitos que não são de todas as pessoas, mas apenas algumas categorias, em razão de fatores diversos, permanentes ou relativas a certas situações, como os direitos em razão familiar (direitos de pais e filhos).

Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder e os direitos de personalidade relações de igualdade, já que aqueles pertencem ao domínio do direito constitucional, prefixados pelas suas normas e atribuídos a todos que o possuem e estes ao do Direito Civil.

3.9.1 A Filiação enquanto direito fundamental

Toda pessoa tem o direito de saber sua identidade genética, saber o nome do pai e da mãe, e de ser sustentada, alimentada por eles.

A filiação é um vínculo existente entre pais e filhos, relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida. Hoje, havendo dúvida quando a filiação, o interessado pode ingressar em juízo para



investigar sua paternidade biológica. A ação de estado é imprescritível, de acordo com a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”, podendo o filho propô-la a qualquer tempo. O Estatuto da Criança e do Adolescente enfatiza o reconhecimento com caráter social, político e igualitário em seu artigo 27: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Ter o direito de saber a filiação é um interesse que nenhuma lei poderá frustrar por ser injusto privar alguém da utilização de todos os recursos possíveis na busca da sua identidade biológica, como indaga Maria Helena Diniz (2002, p.415): “[...] porque não obrigar ao teste de DNA o suposto pai, se o Estado, em nome do interesse público, deve garantir, com absoluta prioridade, à criança o seu direito à convivência familiar, que se dá na bilateralidade maternidade/paternidade”.

O direito do filho e a proteção à família evoluíram de acordo com a sociedade. o Código Civil de 1916, concedia a investigação de paternidade havida fora do casamento, mas com restrições, como, por exemplo, vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos (quando havia alguma causa de impedimento) e adulterinos (concebido em adultério), diferenciando os filhos legítimos, aqueles que procedem em núpcias e os ilegítimos, os nascidos fora do casamento, enumerando taxativamente os casos em que se permitia a investigação de paternidade. Assim, somente os filhos naturais e ilegítimos podiam investigar sua paternidade.

A Constituição Federal de 1988 igualou os filhos havidos ou não da relação de casamento, não havendo mais qualquer restrição para que se opere o seu reconhecimento, podendo, assim, reconhecer tanto o filho natural como o adulterino ou o incestuoso, como proclama o artigo 227, §6º, dando maior efetividade o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 26 e parágrafo único:

Art. 227. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado.

§ 6º. 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.

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendente.

A Constituição é detalhista na previsão de direitos e situações vantajosas à criança, especificando direitos em relação a elas, como os transcritos acima, proibindo qualquer forma de negligência ou discriminação contra a criança, aderindo um direito constitucional a paternidade responsável. Transcreve o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 5º: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. Assim, se mãe não tem dúvidas quanto a paternidade do filho poderá declara-lá sem o consentimento do pai e independente de ação de investigação de paternidade. Caberia ao pai contestar ou não a paternidade.

Nenhuma lei pode fazer com que um pai ame um filho, dê-lhe amor, carinho, um lar digno, mas pode fazer com que reconheça o filho de fato, fazendo o direito do filho se efetivar ao máximo, tendo a criança e o adolescente o direito de ser tratado com dignidade e respeito, cabendo ao poder público o papel principal de observar e fazer cumprir os direitos fundamentais a eles pertencentes.

Não ter a sua paternidade descrita como desconhecida no registro civil é um legítimo interesse do indivíduo, direito humano constitucional, no qual são elencados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil; é um direito inviolável, tendo

todos os deveres de respeitá-la e protegê-la, compreendendo dois preceitos fundamentais a pessoa humana e a dignidade, conforme o disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III-a dignidade da pessoa humana;

A pessoa humana é objeto de respeito, um princípio objetivo de valor absoluto, manifestando a idéia de dignidade de um ser racional.

A dignidade é necessidade geral do homem, superior a qualquer preço, não admitindo substituto equivalente, sendo um atributo intrínseco, da essência da pessoa humana, acompanhando até sua morte. Não é apenas um princípio de ordem jurídica, mas também de ordem política, social, econômica e cultural. Assim, tem natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional, atraindo todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, assegurando existência digna, justiça social, educação e o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania.

A dignidade é um direito fundamental previsto na Constituição Federal, devendo ser reconhecido à pessoa direito próprios de sua condição humana, assegurando-lhes bens e valores personalíssimos como à integridade física e psicológica, a honra e a imagem.

Os direitos fundamentais dos indivíduos não podem ser menosprezados, são direitos não intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer qualquer limitação voluntária quanto ao seu exercício a não ser nos casos previstos em lei.

Nos casos de conflito de princípios constitucionais é essencial a aplicação da técnica do sopesamento de valores, usando o princípio da proporcionalidade, ligado aos princípios da isonomia, razoabilidade e da legalidade.

O princípio da proporcionalidade não está expressamente contido na Constituição Federal. sua técnica é decorrente de outros países, como Alemanha e Estados Unidos. Tem como objetivo principal reduzir as desigualdades, de modo a impedir a restrição aos direitos fundamentais, conduzindo uma harmonização dos valores, respeitando a proteção da dignidade humana.

O pai ao reconhecer a paternidade do filho, muitas vezes sem a sua vontade, criando logo um laço de desprezo, não constituindo laços familiares afetivos que interessam ao conceito moderno de família, não atingindo seu principal objetivo, a constituição de uma família completa para o interessado, visto que, para gerar uma mínima responsabilidade ao pai biológico, a lei não garante a existência de um pai, porque não é mandamento da lei positiva a criação do calor paterno.

4-DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE APLICADA AO ARTIGO 59 DA LEI 6.015/73

4.1 Algumas observações sobre controle de constitucionalidade

É a forma de impedir que norma contrária à constituição permaneça no ordenamento jurídico. Cuida da eficácia dos preceitos constitucionais. Tem como base a supremacia da Constituição escrita, uma Lei maior que sobrepõe as demais normas do ordenamento jurídico. As normas infraconstitucionais devem estar em perfeita sintonia com a Lei Fundamental. (BARRUFFINI, 2005. p.12-15).

4.2 Das formas de inconstitucionalidade

São Formas de inconstitucionalidade ato ou norma legislativa ou administrativa contrárias à Constituição Federal. Que se divide em: por ação – produção ou execução de atos legislativos ou administrativos contrários à Constituição. Pode ser formal (inobservância das formalidades legais ou feitas por autoridade incompetente), e material (contrária ao conteúdo da norma constitucional); por omissão – não elaboração de atos legislativos ou administrativos previstos na norma constitucionais. (BARRUFFINI, 2005 p.10-15). As Formas de Controle dependem do momento em que o controle é realizado. Pode ser: controle preventivo – realizado antes da elaboração da lei, não vincula o judiciário. É exercido pelo poder legislativo e pelo poder executivo, para o STF pode ser exercido pelo judiciário. O Legislativo exerce o controle por meio de suas comissões, principalmente a Comissão de Constituição e Justiça. No Legislativo por meio do veto jurídico a projetos de lei inconstitucionais; controle repressivo - ela após a elaboração da norma. Tem como objetivo retirar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo inconstitucional, aqui também há entendimentos de que o Poder Legislativo exerce controle repressivo quando rejeitam uma

medida provisória inconstitucional. Quanto aos Órgãos de Controle dependem do modelo de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição, são as seguintes: político – é o controle político da constituição, não é exercido pelo poder judiciário; judicial – controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário (adotado no Brasil); misto – é exercido pelo órgão político e pelo órgão judicial.

4.3 Dos critérios de controle de constitucionalidade

São Critérios de Controle de constitucionalidade o difuso e o concentrado. O controle da constitucionalidade difuso é exercido por todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário; concentrado – o controle é exercido por um tribunal superior do país ou por uma corte constitucional. São Meios de controle incidental ou via de defesa - decide sobre um fato concreto declarando-o contrário aos preceitos constitucionais, neste caso, o juiz soluciona apenas o litígio posto à sua apreciação; principal ou via de ação – por meio de uma ação própria busca a declaração de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional. Natureza da decisão inter partes – produz efeitos somente em relação às partes. É uma consequência do controle incidental; erga omnes – decisão produz efeitos para todos. Verifica-se no controle pela via da ação. (TAVARES, 2002, p.13-15).

Forma de verificar a constitucionalidade abstrata ou direta – é o processo de natureza objetiva, em que é questionada a própria constitucionalidade ou não da lei, não se admitindo a discussão de situações de interesses meramente individuais; concreto ou indireto – é a satisfação de um direito individual.

Cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 92 e artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil – No controle incidental, os tribunais somente podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial (depende da estrutura do tribunal).

Suspensão de Lei pelo Controle difuso o STF após declarar inconstitucional determinada norma, no todo ou em parte, pelo controle difuso, comunica ao Senado Federal, para que ele, por meio de resolução, suspenda a vigência da norma ou dispositivo julgado inconstitucional.

4.4 Noções de inconstitucionalidade

A Noção de inconstitucionalidade decorre da afirmação de princípio da supremacia constitucional. A Constituição é a lei fundamental da ordem jurídica, ou melhor, explicando, uma norma, para ser válida, deve conformar-se à norma superior, a lei fundamental, considerada como de maior escalação. Sendo a norma fundamental a orientadora da produção de todas as demais normas de sistema, resulta daí a impossibilidade de uma norma inferior, que busca validade na norma superior, contrariar esta (a Constituição).

Logo, inconstitucional pode ser a ação ou omissão que ofende, no todo ou em parte, a Constituição.

Conforme ensina Jorge Miranda (Manual de direito constitucional, 3ª. ed., 1985, p.274), "não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou valores nele inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas, e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Esta violação podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado".

O que acontece é que a inconstitucionalidade por ação resulta da pratica de ato que

por qualquer de seus elementos viola a Constituição. O princípio da constitucionalidade consiste em apanágio dos Estados de Direto, sendo permeado por uma norma fundamental escrita e rígida a nortear o seu desiderato.

Em determinado ordenamento jurídico, se uma norma não busca sua validade na Constituição, ela não existe, já que foi produzida em desconformidade com sua norma fundamental. Toda que lei que desrespeite a Constituição não possui força obrigatória.

A inconstitucionalidade pode resultar da não-observância do processo previsto para a elaboração normativa, ou melhor, da não observância da forma prescrita pela Constituição para a elaboração da lei, quando estarmos em face de uma inconstitucionalidade formal; ou, em certos casos, contradição entre o conteúdo da lei e o da Constituição, configurado então um caso de inconstitucionalidade material.

Não podemos furtar ao posicionamento de J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, 2ª ed., 1980, p.448), que, “reconhecendo a inconstitucionalidade formal e a material, assevera que a primeira incide sobre o “ato normativo enquanto tal independe de seu conteúdo, tendo em conta apenas o processo seguido para sua exteriorização”. Assim, nesse caso, “viciado se forma final.” Já a inconstitucionalidade material advém de vícios que dizem respeito ao conteúdo do ato normativo, de não-concordância entre os princípios constitucionais.” Conclui o autor que no caso da inconstitucionalidade material “viciadas são as disposições ou normas singularmente consideradas.”

Por tudo que se observa, a inconstitucionalidade de uma lei é, pois, a circunstância de determinada norma infringir a Constituição quer no tocante ao processo a ser seguida na elaboração legislativa, quer pelo fato de, embora tendo a norma respeitado o processo de criação da lei, desrespeitar a Constituição quanto ao seu conteúdo.

4.5 Do cabimento de ADIN ao artigo 59 da Lei N. 6015/73

Cabe ADIN para que seja dada interpretação, conforme a constituição, ao artigo 59 da lei nº 6.015 de 1973, com a redação conferida pela lei ECA (Lei nº 8.069, de 13/07/ 1990 artigos 5º e 20) de modo a reconhecer o direito de filiação dos filhos havidos fora do casamento a ter os mesmos direitos de qualificação (assentado em seu registro civil, o nome do pai independente de autorização deste e de ação de reconhecimento de paternidade.) e pelo texto constitucional artigo 227 § 6º. Esse prisma refere-se apenas ao foco do direito à paternidade, ressalte-se também, que a violação do texto constitucional e de preceitos constitucionais a presunção de mentira da mãe de filhos não havidos do casamento. Observe que a pena do legislador ordinário deixa clara a discriminação de gênero no bojo do artigo 59 da lei N. 6015/73. Afrontando abertamente o artigo 5º inciso I da CFRB/88.

A norma do artigo 59 de Lei N. 6.015, de 1973, conferida pela ECA e pela Constituição Federal Brasileira de 1988 tem a seguinte redação:

Art. 59. Quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar, ou não sabendo ou não podendo, mandar assinar o seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas. (Renomeado do art. 60, pela Lei 6216, de 1975).

Sustenta esse trabalho que a ação alcança apenas os filhos cujos registros de nascimento não reconhecem o direito destes ao nome do pai. Ou seja, estabelece discriminação e lesa preceitos e fundamentos constitucionais referente às pessoas notadamente os princípios da dignidade humana (art. 1º inciso III), de vedação a discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), de igualdade (art. 5º caput.).

Impor a uma pessoa a manutenção do registro civil com o campo destinado a

indicação do pai preenchido como pai desconhecido em descompasso com a sua identidade atenta contra a dignidade e compromete a interlocução com terceiros em espaços públicos e privados. De modo que tal situação expõe a pessoa a situações constrangedoras e vexatórias.

No mérito buscar procedência da ação com vistas a que se dê ao artigo 59 da lei 6.015/73, interpretação conforme a constituição, de modo a reconhecer o direito desses filhos e de suas mães. Cabendo inclusive, subsidiariamente, também, nesse contexto a interposição de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Nesse questionamento restam saber da doutrina e de legislação os conceitos de paternidade, e filiação, e discriminação do gênero. A manutenção do mandamento do artigo 59 da Lei N. 6.015/73 é contrária a orientação desses conceitos com base constitucional e nos princípios que norteiam Direitos humanos.

A questão causa contradição, pois a doutrina, em sua maioria, afirma que o registro Público deve ser preciso e regular construindo expressão de verdade. Pois bem, qual é a expressão da verdade? Que o pai escolhe desconhecido porque não quer fazer-se conhecer? Que o filho para proteger o seu direito à paternidade deve manejar uma ação de reconhecimento de paternidade? Que o legislador ordinário estabeleceu discriminação para filhos e mães no que diz respeito à qualificação no registro civil? Nessa linha de raciocínio o direito à paternidade está condicionado à vontade do pai em aceitá-la? À provocação da justiça? É notório, na redação do artigo 59 da Lei N. 6015/73, o franco desrespeito aos princípios constitucionais que norteiam o nosso ordenamento jurídico e a presença de aparelhos estatais estabelecendo e regulamentando preconceitos, formas de discriminação e práticas sociais elitistas, conservadoras e hipócritas.

4.6 Da pretensão em abstrato

Uma instrumental, no sentido de que cabe, no caso, interpretação conforme via ação direta uma vez que não se pediria redução do texto. Caberia, também, subsidiariamente, no caso ADPF, ação de natureza autônoma, ante a excelência de lesão e ameaça a preceitos fundamentos derivados de atos (comissiva ou omissiva) do Estado. Sendo assim, em não cabendo as referidas ações não há instrumento de controle apto a sanar essa lesão.

Outra substancial, derivada de uma política de reconhecimento segundo a qual não pode o direito (ante seu conteúdo normativo referenciado pelo dever-ser) se esquivar. Em um Estado laico e democrático a interpretação jurídica deve ser cuidadosa e não se deixar influenciar dogmas ou mecanismos de exclusão social, de modo que o substrato fático levados à interpretação do direito contém, em si mesmo, uma força normativa (a chamada força normativa dos fatos).

Nessa ótica, as minorias (e assim são chamadas em virtude da carência de amplitude política e da diminuta tutela jurisdicional) não precisam apenas ser protegidas ou meramente reconhecidas, mas elevadas ao grau comum de dignidade que goza a maioria. (PENTEADO FILHO, 2010. p.22-29). A confecção e a manutenção de qualquer documento público, como são todos os registros de personalidade, cujo campo reservado ao nome do pai esteja escrito pai desconhecido causa humilhação, constrangimento e especialmente discriminação e ofendem por óbvio dispositivos fundamentais da CF/88 no que diz respeito à dignidade humana, a igualdade e a não discriminação entre filhos havidos e não havidos do casamento.

4.7 Do cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental

Nos termos do artigo primeiro da Lei 9852/1999 são três os pressupostos para o

cabimento da ADPF: I-ameaça a violação de preceito fundamental; II- ato do poder público capaz de provocar lesão; III- inexistência de qualquer outro meio para sanar a lesividade. Observe que no caso em tela a sugestão da ADPF é subsidiária focada na dignidade humana da mãe e do filho.

É apresentado como preceitos vulnerados o princípio da dignidade humana, da vedação da discriminação odiosa, e da igualdade. O ato do poder público de qual resulta a lesão é o artigo 59 da lei 6.015/73, visto que pressupõe que as mães solteiras faltem com a verdade em relação a identidade do pai de seus filhos, ou seja o legislador estabelece como regra geral que todas as mães solteiras podem agir de má fé e usar o registro civil dos filhos em prejuízo dos pais. O mesmo artigo também condena e descrimina os filhos não havidos do casamento de maneira pontual, veja que os termos ilegítimos e bastardos dão lugar ao termo pai desconhecido ou a um espaço vazio.

Há quem argumente que o risco da mãe solteira declara o pai de seu filho sem prévio consentimento deste, ou ainda sem o exame de DNA, é muito grande visto que poderia causar prejuízos morais e materiais ao suposto pai. Observa que uma vez declarado pai o juiz fixaria alimentos, a sociedade tomaria conhecimento, e se este suposto pai fosse casado seria revelada a sua família seu ato de adultério. Para tais prejuízos se confirmarem seria necessário que realmente todas as mães solteiras inveteradas, mentirosas e mal caráter, certeza esta que o legislador não possui, pois não há como estabelecer os princípios éticos morais e culturais de uma pessoa pelo fato dela ser uma mãe solteira.

Em suma, não há que se fala em prejuízos para o suposto pai, pois a mãe solteira mentir sobre a paternidade do filho não é regra, e sim exceção. Outrossim, a legislação penal e civil brasileira já prevêem sanções legais para essas possíveis criminosas. Sendo assim, fica evidente a necessidade e o cabimento da ação e descumprimento de preceito fundamental, objetivando o banimento do artigo 59 da lei 6.015/73 do ordenamento jurídico. Do contrário estaremos violando sistematicamente os princípios da dignidade humana e da igualdade.

4.8 Da interpretação teleológica do preceito constante do artigo 59 da Lei N. 6.015/73

Procedente de estudos desenvolvidos a formação teleológica na necessidade de serem as normas aplicadas atendendo a seu espírito e a sua finalidade, pelo que se procura revela o fim, o valor o bem jurídico visado pelo legislador ao promover de dado preceito.

Essas considerações confirmam a idéia de que a aplicação adequada da norma jurídica pressupõe a sua identificação da sua ratio legis, conceito este que revela o fundamento racional da norma e redefine ao longo do tempo a finalidade nela contida. A ratio legis é uma “força de ventio move” que anima a disposição e a acompanha em toda sua vida e desenvolvimento. A finalidade de uma norma, portanto, não é perene e deve evoluir.

Visualizando a legislação sobre o assunto, pode-se perceber que as regras de assentamento do nome do pai, de filhos não havidos do casamento, no registro civil negam preceitos e princípios legais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que Constituição Federal de 88, e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem que não haverá diferença entre os filhos havidos no casamento e os filhos havidos fora do casamento, principalmente no que desrespeito à qualificação.

Assim, é de se consignar que é necessária a aplicação do princípio da interpretação conforme a constituição como meio de se superar a incompatibilidade do preceito em comento com a ordem constitucional estabelecida, frente aos princípios apontados por violados.

4.9 Da interpretação conforme a constituição

A Interpretação conforme a Constituição determina ao aplicador de determinado texto legal que, quando se encontrar frente a normas de caráter polissêmico ou de vários

significados, deve priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição. Assim, existindo duas ou mais interpretações possíveis de uma norma, deve-se sempre adotar aquela interpretação que esteja em conformidade com o texto constitucional. Assim, se uma lei possuir duas interpretações, uma em conformidade com a Constituição e outra desconforme, não poderá ela ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com o texto constitucional.

Nesse contexto a possibilidade para interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes formas de interpretação, sendo algumas delas em desacordo com a Constituição.

4.10 A interpretação conforme a constituição como controle de constitucionalidade

A interpretação conforme pode ser considerada como princípio de controle da constitucionalidade, já que a sua aplicação traz como consequência o reconhecimento da legitimidade ou ilegitimidade do ato normativo analisado. Esse enfoque dado ao princípio da interpretação conforme a constituição é expressa por Canotilho, que alude ao instituto como *princípio de controle*, pelo qual se busca assegurar a constitucionalidade da interpretação da lei. Observa, no entanto, que o princípio da interpretação conforme não deve ser entendido como conducente à sua caracterização como simples meio de limitação do controle jurisdicional da constitucionalidade dos textos legais. O papel principal da interpretação conforme é o de princípio de prevalência normativo-vertical (das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais) ou de integração hierárquico-normativa. Jorge Miranda preleciona que a interpretação conforme a constituição não constitui propriamente regra de interpretação, mas um “método de fiscalização da constitucionalidade”.

A Doutrina assinala que “a interpretação conforme à Constituição não é mero preceito de hermenêutica, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual

se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.”. Vista pelo lado negativo, revela caráter invalida tório, pois “quando o Judiciário condiciona a validade da lei a uma determinada interpretação ou declara que certas aplicações não são compatíveis com a Constituição está, em verdade, declarando a inconstitucionalidade de outras possibilidades de interpretação.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A urgência de fazer valer o princípio da dignidade humana frente ao artigo 59 da lei de registros públicos é um imperativo para o judiciário brasileiro. Em pleno século XXI quando vivemos um dos momentos mais plenos da declaração dos direitos humanos possibilitando a cada indivíduo a fazer reivindicações legítimas de determinadas liberdades e benefícios não podemos conceber discriminação de gênero e discriminação na qualificação de filhos.

Os direitos humanos são uma idéia política com base moral e estão relacionados com os conceitos de justiça, igualdade e democracia. Devem, portanto ser reconhecidos em qualquer estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, e independente do sistema social e econômico que uma nação adota.

O ordenamento jurídico em cujo bojo tenha uma lei que não incorpore o conceito e prática dos direitos humanos não pode reivindicar legitimidade. O Estado da República Federativa do Brasil orienta-se no artigo 1º da Constituição Federal como estado democrático de Direito e um de seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana. Mas adiante no artigo 5º vemos consagrados direitos e garantias fundamentais a exemplo do princípio da igualdade.

Durante essa pesquisa monográfica verificou-se a dissonância explícita do artigo 59 da lei de registro públicos em relação a Constituição Federal/1988, o estatuto da criança e do adolescente e sobre tudo com os princípios e fundamentos de dignidade humana.

Sendo assim é inegável que a ilegitimidade do artigo 59 da lei 6.015/73. Essa assertiva confirma-se com a redação do artigo 20 da lei 8.069/90-Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o Parágrafo sexto do artigo 227 da Constituição Federal.

Embora esses diplomas estejam em vigor a perversidade do legislador ordinário continua perene. O fato é que a discriminação em relação aos filhos havidos fora do casamento e a presunção de má fé das mães solteiras, em relação a paternidade de seus filhos, continuam acontecendo diariamente.

A lei 8.560 de 29 de dezembro de 1982 - investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento, embora busque assegurar o direito de paternidade desses filhos, acabou por violar a dignidade humana das respectivas mães (presunção de mentira ou de não conhecimento da identidade do pai de seus filhos) e criou uma regra legal de discriminação para os filhos havidos fora do casamento terem o nome de seu pai assentado em seu registro civil.

A lei de 10.317 de 29 de dezembro de 2001- estabelece a gratuidade do exame de DNA é a confirmação de que a lei 8.560/92 não alcançou seu objeto pretendido, pois além de se tornar instrumento de discriminação de mães e filhos (respectivamente mães solteira e filhos não havido do casamento) possui em seu bojo, também, outro elemento segregador de direito a questão financeira.

Em suma, o artigo 59 da lei 6.015/73 trata-se de uma norma que devem ser atacada via controle de constitucionalidade de modo há sanar essa afronta ao texto constitucional. Visto que se trata de um ato emanado do poder público do qual resulta lesão a preceitos e princípios constitucionais. Sendo uma norma vigente devera passar pelo controle repressivo cujo objeto é retirá-la do ordenamento jurídico através do controle judicial. Estamos em face de uma inconstitucionalidade material, pois a contradição encontra-se entre o conteúdo da lei e a norma constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APASE, Associação de Pais e Mães separados. Texto Pai Porque me abandonaste. Disponível em: <http://www.apase.org.br> Acesso em: 19 de maio 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira Editora São Paulo: Saraiva (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.69/13/07/1990. Editora São Paulo: Saraiva 1991

BRASIL, Lei de Registros Públicos. Lei 6.015/1973 Editora Saraiva 2005.

BRASIL. Código Civil. Organização do texto por Juarez Neves de Oliveira. Editora São Paulo: Saraiva 1996.

BRASIL, Lei de investigação de paternidade Lei 8.560/92 Editora Saraiva 2006

BRASIL, Lei Estabelece Gratuidade do Exame de DNA. Lei 10.317/01.

BRASILIA. Departamento de Sociologia da Universidade. Texto: Sociedade e Estado Outros horizontes para a paternidade brasileira no século XXI. Disponível em: <http://www.scielo.br> Acesso em 19 de maio 2010.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almeida, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis G. S. Arguição de descumprimento de preceito e legislação regulamentadora. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

BARRUFFINI, Carlos José Tosetti, *Direito constitucional 1*, Coleção Curso e Concurso. Ed. Saraiva *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995

CANOTILHO, JJ Gomes . Direito Constitucional, 7ª ed. Editora Almedina 2008.

FONSECA, Cláudia. O Impacto do DNA Sobre Noções de Família e Filiação No Brasil Contemporâneo. Comunicação no I Congresso de direito de Família de Mercosul.

GOMES Orlando Direito de Família. 14ª ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito de Família, Volume 2 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito de Família, Volume 2 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatística de Registro Civil de 1969 a 2005. Vol. 20 a 32. Rio de Janeiro: IBGE, 2006.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV Direitos Fundamentais. Editora Coimbra 4ª ed.2008.

MURARO, **Rose Marie**. Breve Introdução Histórica. In: Kramer, Spreeger, James. O Martelo das Feiticeiras. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2004.

PENTEADO, **Filho, Nestor Sampaio** Direitos Humanos, São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

PEREIRA, **Rodrigues Cunha**, Pai Por que Me Abandonaste, Disponível em www.pontojuridico.com. Acesso em: 9 de maio de 2010.

QUEIRÓZ, **Victor Santos**. A Dignidade de Pessoa Humana no Pensamento de Kant. Disponível em: jus.uol.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-pensamento-de-kant. Acesso 20 de maio de 2010.

RIBEIRO, **Antonio Carlos Silva**: Sinopse de Direito Constitucional 3ª Ed. Editora e Distribuidora Jurídica Leme/SP, 2007.

RUSSO, **Luciana**, Direito Constitucional, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, **André Ramos**. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

THURLER, **Ana Liési**. Outros horizontes para a paternidade brasileira no século XXI. Disponível em: <http://www.scielo.br.php> Acesso em 18 de maio 2010

VENOSA, **Silvio Salvo de**. Direito Civil. Direito de Família. 3ª ed. Volume 6. Editora Atlas: São Paulo, 2003.

VERUCCI, **Florisia**. A Mulher e o Direito. Disponível em: [HTTP//WWW.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp](http://WWW.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp). Acesso em 18 de maio de 2010.