

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO**

**EVELISE LEITE PÂNCARO DA SILVA**

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA**

**Porto Alegre  
2012**

**EVELISE LEITE PÂNCARO DA SILVA**

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA**

Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação da Professora Doutora Cláudia Lima Marques.

Porto Alegre  
2012

**EVELISE LEITE PÂNCARO DA SILVA**

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA**

**APROVADO EM BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. (a) Dr. (a)**

---

**Prof. (a) Dr. (a)**

---

**Prof. (a) Dr. (a)**

## **AGRADECIMENTOS**

Na realização desse trabalho, contei com o apoio de pessoas a quem devo especial agradecimento.

À Professora Cláudia Lima Marques, agradeço o incentivo, a paciência e o entusiasmo, que permitiram o desenvolvimento dessa pesquisa. Como orientadora, ela acompanhou meu projeto, demonstrando amizade, empenho e paixão pela vida acadêmica, que foram decisivos para tornar realidade meu plano inicial. Devo a ela também os ensinamentos e importantes indicações bibliográficas.

À Daniela Dias Ebling, sempre disponível a auxiliar-me na digitação e organização desta dissertação, tornando reais minhas reflexões, agradeço sua imensa dedicação. Sou também grata aos professores do Curso de Mestrado, dotados de grande conhecimento jurídico, que me proporcionaram nova visão do Direito e enriquecimento pessoal.

Agradeço a todos os funcionários desta Universidade, especialmente aos ligados ao Programa de Pós-graduação, pela gentileza e dedicação com que sempre trataram a todos os alunos no decorrer do curso.

À bibliotecária Vera Lúcia Pressotto, do Tribunal de Justiça do Estado, o meu agradecimento pela atenção e pela presteza com que sempre atendeu às minhas solicitações, tornando possível essa pesquisa.

Ao Poder Judiciário, ao qual tenho a honra de pertencer, sou eternamente grata por proporcionar-me constante aperfeiçoamento e realização pessoal.

Agradeço a meus pais, Manoel e Leila, pela família que souberam formar e pelo exemplo de vida, e a todas as pessoas que contribuíram de alguma forma para o êxito desse projeto, a minha gratidão.

Ao Flávio, meu marido, amigo e companheiro de todas as horas, sempre presente em todos os momentos de alegria e de incertezas no meu mundo agitado, agradeço pelo apoio e pela generosidade demonstrada no sacrifício de inúmeras horas de lazer. Sua bondade é a razão do meu amor.

Às minhas queridas filhas Marjorie, Jordana e Louise, razões da minha existência, pelo carinho, compreensão e incentivo demonstrados em todos os momentos dos meus estudos, a elas dedico esse trabalho.

A Deus, que me fez chegar até aqui.

## RESUMO

O extraordinário progresso científico verificado a partir da segunda metade do século XX possibilitou a identificação individual e o estabelecimento de laços de parentesco com elevado grau de segurança e precisão, através do estudo comparativo das características genéticas transmitidas entre as gerações, pelo método avaliativo do DNA. O exame de DNA em pouco tempo revolucionou o mundo jurídico, afastando as inseguranças e a falibilidade das provas indiciárias e dos mecanismos processuais de presunção através da certeza robusta trazida pela prova pericial. Com a passagem para a pós-modernidade, o exagerado positivismo que marcou o século XIX foi substituído por novos valores, ocorrendo um retorno aos sentimentos e ao humanismo, que provocaram uma ruptura de padrões e criaram ambiente propício ao reconhecimento de múltiplas formas de constituição de família e do parentesco, baseadas no afeto e em critérios culturais. Mesmo diante da nova realidade, o exame de DNA manteve posição prioritária no esclarecimento da verdade sobre os laços de hereditariedade, notadamente diante das alternativas decorrentes dos avanços da biotecnologia. Possibilitando o acesso à verdadeira filiação biológica e ao conhecimento da origem genética, a chamada *soberana das provas* tornou-se indispensável na proteção de direitos da personalidade, garantindo o direito à filiação integral e à própria identidade, e apresentando-se, desta forma, como instrumento de concreção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: **DNA. Hereditariedade. Filiação. Identidade.**

## ABSTRACT

The extraordinary scientific progress verified starting from the second half of the century XX made possible the individual identification and the establishment of relationship bows with high degree of safety and precision, through the comparative study of the genetic characteristics transmitted among the generations, for the method avaliativo of DNA. The exam of DNA in little time revolutionized the juridical world, moving away the insecurities and the fallibility of the proofs indiciárias and of the procedural mechanisms of presumption through the robust certainty brought by the proof pericial. With the passage for the powder-modernity, the exaggerating positivism that marked the century XIX was substituted by new values, happening a return to the feelings and the humanism, that provoked a rupture of patterns and they created favorable atmosphere to the recognition in multiple ways of family constitution and of the relationship, based on the affection and in cultural criteria. Even due to the new reality, the exam of DNA maintained priority position in the explanation of the truth on the hereditariness bows, especially before the current alternatives of the progress of the biotechnology. Making possible the access to the true biological filiation and the knowledge of the genetic origin, the sovereign call of the proofs became indispensable in the protection of rights of the personality, guaranteeing the right to the integral filiation and the own identity, and coming, this way, as instrument of concretion of the beginning of the human person's dignity.

**Key- Words:** DNA. Hereditariness. Filiation. Identity.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
-------------------------	---

### **PARTE I – DA PATERNIDADE AO DIREITO DE FILIAÇÃO**

<b>1 O PAI COMO CENTRO DO “UNIVERSO FAMILIAR”</b> .....	12
1.1 20 SÉCULOS DE FAMÍLIA PATRIARCAL.....	12
1.2 O SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	17
1.3 A LEI 883 DE 21/10/1949.....	22
<b>2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O LIMAR DE UM NOVO MUNDO</b> .....	27
2.1 O PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL.....	27
2.2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	31
2.3 A LEI 8.560/92 E A AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DA PATERNIDADE.....	35
<b>3 O FILHO COMO CENTRO DO “UNIVERSO FAMILIAR”</b> .....	42
3.1 O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	42
3.2 O DECLÍNIO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA E A ASSUNÇÃO DA PATERNIDADE AFETIVA: art. 1.593 do CC/2002.....	50
3.3 AS NOVAS FORMAS DA PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE: art. 1.597 do CC/2002.....	60

### **PARTE II – O DIREITO À FILIAÇÃO EM FACE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

<b>1 CONSTITUIÇÃO , DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO</b> .....	73
1.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	73
1.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO FAMILIAR.....	86
1.3 ORIGEM GENÉTICA E ESTADO DE FILIAÇÃO: CONTRADIÇÕES E REALIDADE.....	99
<b>2 A VERDADE PROCESSUAL NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE</b> .....	109
2.1 O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO.....	109
2.2 O RECONHECIMENTO FORÇADO DA FILIAÇÃO.....	116
2.3 OS EFEITOS DO EXAME DE DNA E OS LIMITES DA COISA JULGADA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	126

<b>3 O DNA E A DIGNIDADE HUMANA COMO GARANTIDORES DO ESTADO DE FILIAÇÃO.....</b>	<b>145</b>
3.1 OS VALORES CONSTITUCIONAIS E AS PREMISSAS CIENTÍFICAS.....	145
3.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROPORCIONALIDADE.....	153
3.3 O BIODIREITO E SUA REPERCUSSÃO NO ESTADO DE FILIAÇÃO E NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	165

**PARTE III – O INTERESSE PÚBLICO DO INVESTIGANTE E O INTERESSE PRIVADO DO INVESTIGADO:**

<b>1 O EXAME DE DNA COMO SALVAGUARDA DA IDENTIDADE HUMANA.....</b>	<b>174</b>
1.1 A VALIDADE DO DNA COMO MEIO DE PROVA DA FILIAÇÃO.....	174
1.2 A LEGALIDADE DO EXAME DE DNA: O EXEMPLO DO DIREITO COMPARADO.....	184
1.3 O EXAME DE DNA COMO GARANTIDOR DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	199

<b>2 A LEGITIMIDADE (OU ILEGITIMIDADE) DA RECUSA AO EXAME DE DNA....</b>	<b>211</b>
2.1 A RECUSA COMO CARACTERIZADORA DE UM EVENTUAL ABUSO DE DIREITO.....	211
2.2 OS INTERESSES MORAIS X OS INTERESSES PATRIMONIAIS.....	215
2.3 A SUPREMACIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE CONHECER SUA ORIGEM.....	222

<b>3 O LIMIAR DE UM NOVO MUNDO.....</b>	<b>237</b>
3.1 OS LIMITES DOS PRINCÍPIOS LEGAIS EM FAVOR DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE HUMANA.....	237
3.2 OS FILHOS COMO CENTRO DO “UNIVERSO FAMILIAR”: CONSIDERAÇÕES METAJURÍDICAS EM FAVOR DA ABSOLUTA DIGNIDADE HUMANA.....	244
3.3 O RECUO RAZOÁVEL DO “LEGAL” E O PREDOMÍNIO DO “JUSTO”.....	250

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>253</b>
----------------------------------	------------

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>259</b>
-------------------------	------------



## INTRODUÇÃO

O ser humano tem necessidade imperiosa de viver em sociedade e de pertencer a um grupo, longe do qual não sobrevive. É o grupo que possibilita a sua sobrevivência e o desenvolvimento de suas faculdades e aptidões. Ser social por excelência, não teria condições de crescer sem o apoio da família, seu primeiro grupo social, formado por seus pais, pessoas capazes de proporcionar-lhe as condições materiais, psicológicas e afetivas necessárias para atingir a vida adulta.

No decorrer da vida, o homem conhece e se integra a outros grupos sociais maiores, assumindo diferentes papéis. Em sociedades arcaicas, chegou-se a considerar que os vínculos familiares eram indispensáveis para possibilitar o pleno exercício dos direitos de cidadania, o que provocava a dependência do indivíduo a seu grupo familiar, reputado como única forma de integrá-lo à sociedade. Esse modo de ver o papel da família na vida do indivíduo alterou-se no curso da história, chegando-se hoje a reconhecer os direitos de cada pessoa independentemente de seus vínculos familiares.

Todavia, os vínculos de filiação não perderam sua importância, sendo necessários para a efetivação de direitos subjetivos essenciais da pessoa humana, determinantes no reconhecimento de sua identidade, de suas origens e de seu *status* familiar. A determinação da identidade, por seu turno, auxilia a estabelecer direitos e obrigações, e constitui o acesso de integração social do indivíduo na comunidade, além de responder a seus anseios pessoais nos planos psicológico e sociológico, através do conhecimento das suas raízes.

No mundo jurídico, filiação e parentesco já se apresentaram como formas de discriminação da pessoa, dependendo das circunstâncias do seu nascimento. Passou-se da sociedade patriarcal romana à sacralização da família na Idade Média, chegando-se ao modelo patriarcal burguês da Idade Moderna, antes de atingir a pós-modernidade. Verificou-se que, no curso da história da humanidade, os direitos dos filhos foram quase sempre relegados a segundo plano, sofrendo restrições e

discriminações. Estabelecia-se um critério biológico de parentesco, mas praticava-se a paternidade presumida, através de critérios fictícios inseridos nas legislações, que nem sempre correspondiam à realidade.

A contemporaneidade, entretanto, apareceu trazendo novos valores, e contestando o antigo sistema, que privilegiava interesses patrimoniais da família em detrimento de direitos individuais superiores de seus membros. Os novos tempos são de reconhecimento de valores humanos, sociais, afetivos, da verdade e da justiça. O papel da família mudou, tornando-se o ambiente adequado a propiciar o desenvolvimento pessoal e a felicidade de seus componentes. Os filhos tornaram-se sujeitos de direitos, e receberam tratamento prioritário, elevando-se a dignidade da pessoa humana a princípio de ordem pública, norteador das relações privadas e do ordenamento como um todo.

Essa quebra de paradigma operou-se, no ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição Federal de 1988, embora já se verificasse antes os anseios da sociedade por uma mudança de valores, por maior respeito ao ser humano e aos seus direitos fundamentais.

O direito ao conhecimento da origem é considerado indicador de um modelo pós-moderno, e se encontra resguardado constitucionalmente através dos princípios da igualdade da filiação e do melhor interesse do filho, protetores dos direitos essenciais à própria identidade e à filiação integral.

Os avanços científicos ocorridos no século XX passaram a colaborar com o Direito, disponibilizando novas técnicas para a descoberta da filiação biológica, destacando-se a perícia realizada através das impressões digitais do DNA, capaz de conferir grau máximo de certeza ao vínculo genético entre pais e filhos.

Mas as novas técnicas provocaram também novos questionamentos sobre a filiação, ao disponibilizarem meios de procriação artificial, desvinculando o parentesco dos critérios meramente biológicos. Vieram as indagações decorrentes da fertilização *post mortem*, dos embriões excedentes, da maternidade de substituição, entre tantas outras, ainda não suficientemente regulamentadas no direito nacional. Até mesmo a máxima que estabelecia *mater semper certa est* restou contestada, devido à atual possibilidade de ter uma criança uma mãe biológica, uma mãe portadora, e uma mãe socioafetiva.

Diante da nova realidade, o exame de DNA adquiriu importância

fundamental na descoberta da identidade genética do filho, contribuindo na concretização de seus direitos da personalidade e na proteção da dignidade da pessoa em desenvolvimento, cujos interesses são prioritários e devem ser assegurados e, até mesmo, promovidos pelo Estado.

Mas, como por ironia do destino, ao mesmo tempo em que se passou a dispor de prova absolutamente segura e confiável no estabelecimento de vínculos de parentalidade, através do exame de DNA, anunciado no mundo jurídico como a solução perfeita para resolver demandas de investigação de paternidade, concluiu-se que a verdadeira paternidade é a socioafetiva, que se revela através da posse de estado e constitui a mais autêntica forma de parentalidade, renovada a cada dia.

É nesse ambiente que se inicia um novo mundo, com espaço para uma sociedade mais justa e igualitária, impregnada de novos valores que privilegiam o afeto nas diferentes relações familiares, sem desvalorizar os vínculos biológicos, tão relevantes na identificação e na formação da personalidade de cada indivíduo, a par de serem necessários à preservação da dignidade humana.

A importância da prova pericial para assegurar o exercício do direito fundamental ao conhecimento da própria origem, e a dignidade do filho, na pós-modernidade, é, em linhas gerais, o objetivo da presente dissertação.

## PARTE I – DA PARTERNIDADE AO DIREITO DE FILIAÇÃO

### 1 O PAI COMO CENTRO DO UNIVERSO FAMILIAR

#### 1.1 20 SÉCULOS DE FAMÍLIA PATRIARCAL

Os conceitos de paternidade e de filiação<sup>1</sup> sempre foram objeto de fundamental interesse na história da humanidade.

O termo “filiação”, originário da palavra latina *filiatione*, evoca a idéia de ligação, de vínculo entre os filhos e seus genitores, de conexão durável, dependência e encadeamento de gerações<sup>2</sup>. Um vínculo natural, mas também afetivo, psicológico, social e jurídico, fortemente associado às necessidades de sobrevivência da espécie e do grupo social como um todo<sup>3</sup>.

Da necessidade de reprodução<sup>4</sup> para perpetuar a espécie, na tentativa de superação da morte do indivíduo ou do desaparecimento do grupo, aliada à

---

<sup>1</sup> MARQUES, Cláudia Lima. LIXINSKI, Lucas. Family and Succession Law. In: DEFFENTI, Fabiano. BARRAL, Weber. (Org.) **Introduction to Brazilian Law. Kluwer Law International.**, p.49-69.

<sup>2</sup>“Filiação (Do lat. “filiatione”) S. F. 1. Ato de perfilhar. 2. Vínculo que a geração cria entre os filhos e seus genitores; relação de parentesco entre os pais e seus filhos, considerada na pessoa dos últimos. 3. Designação dos pais de alguém. 4. Admissão em uma comunidade. 5. Conexão; dependência; encadeamento.” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** p. 628.

<sup>3</sup>MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. **La Personne, La Famille et Le Droit.**, p. 154. “Le terme de *filiation*, comme celui de *parenté* qui lui est logiquement connexe dans l’ordre des faits généalogiques et des structures sociales évoque l’idée de *lien* plus encore que celle de relation. Lien de descendance entre celui qui engendre, celui que est engendré, ceux qu’il engendrera à son tour. Lien durable et non transitoire, comme celui plus précaire de l’alliance. Lien naturel, certes, mais aussi psychologique, affectif, juridique et social. Lien *vital* surtout, étroitement associé à la transmission de la vie, à la nécessité de survivre, et de *se* survivre.” O termo *filiação*, assim como o termo *parentesco*, que lhe é logicamente vinculado no que se refere aos fatos genealógicos e às estruturas sociais, melhor traduz a idéia de *ligação* do que a de relação. Ligação, ou vínculo, de descendência entre aquele que procria, aquele que recebe a vida, e aqueles que esse último, por sua vez, procriará. Vínculo durável e não transitório, como é aquele mais precário de uma união contratada. Vínculo natural, certamente, mas também psicológico, afetivo, jurídico e social. Vínculo sobretudo estritamente associado à transmissão da vida, à necessidade de sobrevivência, e de sobreviver a si próprio.

<sup>4</sup> MARQUES, Cláudia Lima. LIXINSKI, Lucas. Op. cit., p. 50.

incômoda incerteza a respeito da paternidade, imposta pela lei natural<sup>5</sup>, é que nascem os fundamentos sociais e jurídicos dos conceitos de filiação e de paternidade. Tais conceitos, carregam, portanto, forte conteúdo político e social, podendo ou não coincidir com o critério biológico de estabelecimento da descendência, e se traduzem em normas que buscam solucionar as preocupações de cada sociedade através da regulamentação do casamento e do parentesco.

Os critérios culturais de definição da paternidade, decorrentes da incessante preocupação do ser humano em corrigir a incerteza da procriação masculina, têm sido os mais variados no curso da história, privilegiando ora os vínculos de sangue ora os vínculos de afeto ou de conveniência, valorando interesses individuais e da coletividade.

No ocidente, a família viveu por longo período sob o modelo patriarcal<sup>6</sup>, de contribuição romanista, que se estendeu pela Idade Média, passando com poucas alterações pela Idade Moderna, até atingir o final do século XIX, quando se iniciaram os estudos biomédicos e os movimentos a favor da igualdade dos filhos e de liberação da mulher.

Na Roma antiga, utilizava-se a palavra *pater*, no sentido de pai, para significar aquele que “governava” a família<sup>7</sup>. O *pater familias* era ao mesmo tempo chefe político, sacerdote e juiz, e exercia seu poder sobre descendentes, esposa, mulheres de seus filhos e escravos. Tinha poder de vida e de morte sobre todos

---

<sup>5</sup>MEULDERS–KLEIN, M. T. Op. cit., p. 159/160. Ao discorrer sobre os segredos da procriação e incerteza da paternidade: “La nature a en effet si jalousement protégé, chez les mammifères supérieurs, le mécanisme de la transmission de la vie qu’en dehors des signes évidents de la grossesse et de la naissance qui désignent toujours la mère, il était en effet bien difficile d’en découvrir le processus exact et de soupçonner une réalité située à des niveaux infinitésimaux. Le caractère occulte de la conception, celui plus impénétrable encore de la paternité, la permanence de la sexualité humaine, affranchie de tout rythme saisonnier, justifiaient naturellement bien des spéculations hasardeuses, en même temps que les solutions plus variées.” A natureza efetivamente protegeu de maneira tão invejável o mecanismo de transmissão da vida nos mamíferos superiores que, afora os sinais evidentes da gestação e do nascimento que sempre distinguem a mãe, foi sempre bastante difícil identificar o processo exato e entrever uma realidade situada a níveis infinitesimais. O caráter oculto da concepção, aquele mais impenetrável ainda da paternidade, a permanência da sexualidade humana, independente de qualquer ritmo sazonal, justificavam naturalmente diversas especulações incertas, e ao mesmo tempo as soluções mais variadas.

<sup>6</sup>PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. p. 24.

<sup>7</sup>BART, Jean. Le Père absolu. In: TRICOT, Monique. FRITZ, Marie Thérèse. **Du père à la paternité.**, p. 35. Referindo-se ao papel que exercia o pai na Antiguidade Romana, o autor enfatiza: “Je m’interroge sur l’emploi du mot “Pater”, père, comme cela est traduit littéralement très souvent, et je ne vois pas comment on pourrait faire autrement. Mais on remarque tout de suite que “Pater” est un concept non biologique et simplement – c’est déjà beaucoup – juridique. En ce sens qu’il y a une dissociation entre celui qui donne la vie que l’on appelle en latin le “genitor”, géniteur, ou encore le “parens”, le parent, et celui qui gouverne, le “pater”. ” Eu me questiono sobre o emprego da palavra « Pater », pai, como ela é traduzida literalmente com frequência, e eu não vejo como se poderia fazer diferentemente. Mas logo se constata que « Pater » é um conceito não biológico e simplesmente – e já é muito – jurídico. Nesse sentido, há uma dissociação entre aquele que dá a vida e que se chama em latim o « genitor », genitor, ou ainda o « parens », o parente, e aquele que governa, o « pater ».

aqueles que pertenciam ao seu grupo familiar e estavam submetidos à sua autoridade<sup>8</sup>. Seu poder era absoluto e perpétuo, e independia de vínculos de consanguinidade. Só ele podia adotar uma criança. Podia aceitar ou repudiar o filho de sua mulher, deserdar seus filhos, impor-lhes sanções, repudiar a esposa por ato unilateral de vontade, e só ele era proprietário de bens. O patriarca romano era titular de um poder ilimitado sobre os seus familiares, como se tivesse sobre a mulher e os filhos um direito de propriedade, ao invés de um dever de proteção.

O *pater* era o ascendente masculino mais velho e, enquanto ele vivesse, os demais familiares deviam-lhe obediência e não podiam praticar sozinhos nenhum ato da vida civil. No dizer de Jacqueline Filgueras Nogueira<sup>9</sup>, “A família (romana) era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional” (grifei).

Com esse sistema, os romanos determinavam o parentesco, a hereditariedade (através dos filhos homens), garantiam a continuidade do culto familiar, a posição e o nome dos filhos dentro do seio da família, e a ordem social decorrente de uma rigorosa “estratificação matrimonial e familiar”<sup>10</sup>. Com efeito, ao assegurar a exclusividade do parentesco pela linha paterna<sup>11</sup>, o direito romano afastava toda e qualquer dúvida sobre a paternidade, mantendo a hegemonia da *gens* e a inabalável estrutura social, decorrente da rígida moral da época e da forte hierarquia familiar.

A presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, criada para atribuir certeza à paternidade, resolvia o problema da filiação, ao estabelecer que o pai dos filhos era o marido da mulher, o que não significava ser ele o genitor ou pai

---

<sup>8</sup>MEULDERS-KLEIN, M. T. Op. cit., p. 165. “Et peut-être est-ce le lieu de se souvenir que la présomption <<Pater is est>> fut initialement la marque d'un *droit de propriété* sur l'enfant né de l'épouse, bien avant de devenir un instrument de protection de celui-ci, et que l'émancipation ne fut pas toujours un bienfait.” E talvez seja o momento de recordar que a presunção « pater is est » foi inicialmente a marca de um *direito de propriedade* sobre a criança nascida da esposa, bem antes de se tornar um instrumento de proteção daquela, e que a emancipação não representou uma vantagem desde o início.

<sup>9</sup>NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico., p. 25.

<sup>10</sup>Expressão utilizada por LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família.**, p. 63. Ao tratar da origem e da evolução do casamento: “Uma estrutura de tal subordinação não se repetirá jamais na história da humanidade. Mesmo os conceitos bíblicos mais rígidos e a interpretação dos princípios do Cristianismo calcados em sólidas bases de hierarquia e subordinação da mulher ao homem, não reproduzirão, com tamanha intensidade, o rigorismo da estratificação matrimonial e familiar do direito romano.”

<sup>11</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 62. “Fica notório que, numa tal estrutura, o parentesco romano não se baseava apenas nos laços de sangue, mas no poder (potestas). Parentes seriam as pessoas que estivessem sob o poder do mesmo ‘pater’, ligadas pelo parentesco masculino. Essas pessoas eram chamadas ‘agnadas’, e o parentesco daí resultante denominava-se ‘agnatio’. O ‘pater’ e seus descendentes eram agnados entre si. Já o parentesco pelo sangue, com relação à família materna ou paterna, chamava-se ‘cognatio’ e não produzia efeitos civis. Era um parentesco natural.”

biológico<sup>12</sup>.

Esse critério de definição da paternidade, por ser prático e vantajoso para o indivíduo e para a sociedade<sup>13</sup>, prolongou-se através dos tempos, mesmo após o advento do Cristianismo e, mais tarde, da Revolução Francesa. Tanto o movimento cristão como o revolucionário, embora propagassem idéias de justiça, de igualdade e de respeito pela pessoa humana, acabaram reproduzindo na prática a mesma estrutura familiar patriarcal originária da antiguidade romana, centrando na figura paterna a condução e a representação da família<sup>14</sup>.

Na Idade Média, “a igreja transformou a família numa verdadeira instituição religiosa”<sup>15</sup>, regida pelo direito canônico, formada pelo casamento religioso de vínculo indissolúvel, através do sacramento, com a função de procriar e de gerar filhos legítimos. São dessa época a idéia de distinção entre os filhos nascidos do matrimônio ou fora dele (legítimos ou ilegítimos), e a criação dos impedimentos matrimoniais. Por influência da religião católica, o pai, além, de ser o chefe da família, passou a ser visto como “o senhor de seus filhos”<sup>16</sup>, que assim ficavam protegidos e abençoados por Deus.

Nesse período, o grupo familiar reduziu-se à família nuclear, formada por

---

<sup>12</sup>NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 28. “Desta forma, a presunção ‘pater is est’ servia justamente para favorecer e consolidar a família calcada no matrimônio, pois a incidência da presunção era a garantia legal de que todos os filhos gerados pela mulher casada teriam como pai seu marido, mantendo-se, assim, a família, como um conjunto de pessoas e bens subordinados a um chefe, que os administrava com a finalidade de transmitir o nome e o patrimônio familiar.”

<sup>13</sup>Como assevera LEITE, Eduardo de Oliveira. O Exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: **Repertório de doutrina sobre direito de família: Aspectos constitucionais, civis e processuais.**, p. 189. “Povo afeito à praticidade (e sem recursos científicos), resolvia assentado nos dados de experiência: o marido da mãe é, normalmente, o pai dos filhos desta. Ou seja, a presunção de paternidade se bilateraliza em duas inquestionáveis vantagens: ‘a de satisfazer o direito de cada ser humano a conhecer o seu pai, e de fazerem coincidir a paternidade jurídica com a paternidade biológica.’”

<sup>14</sup>MEULDERS-KLEIN, M. T. Op. cit., p. 165. “La tradition chrétienne et sa conception du respect dû à la personne de chaque être humain auraient pu apporter un changement plénier à cette conception, et le Christianisme, de fait, s’efforça d’améliorer le sort de l’enfant. Mais ses préoccupations étaient contradictoires et, en condamnant les relations hors mariage, il ne pouvait assimiler la situation de l’enfant né de telles relations à celle de l’enfant légitime.” A tradição cristã e sua concepção do respeito devido à pessoa de cada ser humano poderiam ter provocado uma mudança radical desta concepção, e o Cristianismo, de fato, se empenhou em melhorar o destino da criança. Mas suas preocupações eram contraditórias e, condenando as relações fora do casamento, ele não poderia igualar a situação da criança nascida de tais relações à da criança legítima.

<sup>15</sup>Expressão utilizada por Jacqueline Filgueras Nogueira. Op. cit., p. 29.

<sup>16</sup>Conforme LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: **Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação.** p. 69. “Durante toda a Idade Média e Direito antigo, o estatuto dos filhos permanecerá marcado pela desigualdade decorrente da legitimidade ou ilegitimidade do nascimento. O relacionamento entre pais e filhos é dominado pela assimetria, ‘todo pai terrestre, do camponês ao senhor, será, por analogia, vivido como Senhor.’ O pai é o chefe do grupo familiar e é igualmente o senhor de seus filhos.”

pais e filhos<sup>17</sup>, embora permanecesse como uma unidade política, religiosa e jurídica, sob o comando paterno, com o predomínio do elemento material sobre o afetivo e o biológico. Exemplos disto são a presunção de paternidade decorrente do casamento, a impossibilidade de reconhecimento dos filhos naturais, e a indissolubilidade do matrimônio.

Esse modelo familiar perdurou mesmo após a Revolução Francesa (1789), que, ao final de um período conturbado de transformações sociais e políticas, não logrou colocar em prática seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade no campo do direito de família. Com efeito, o Código Napoleônico de 1804 reafirmou o exemplo clássico de família patriarcal, organizada em torno da autoridade paterna, no interesse de manter a ordem e a paz das famílias legítimas burguesas e a proteção de seus patrimônios. Mais uma vez ficaram relegados a segundo plano os interesses dos filhos, que continuaram sofrendo todo tipo de distinções e discriminações, restando desprovidos de direitos, inclusive sucessórios, caso nascidos de relações extramatrimoniais.

Nesse contexto, em que a honra e a moral do genitor e da família legítima sobrepuja-se ao interesse do filho natural, não se podia falar em preocupação com a verdade biológica<sup>18</sup>.

Continuou prevalecendo o critério da presunção para a determinação do vínculo paterno-filial, sendo valorizados os laços de sangue apenas no casamento. E, em alguns casos excepcionais, era admitido o reconhecimento voluntário do filho natural pelos pais.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite<sup>19</sup>, “o Código Civil francês se inspira em uma filosofia desencarnada e consagra o primado da vontade na criação do laço de filiação.”

Essa organização familiar, cujas bases remontam à antiguidade romana, acrescidas de poucas variações oriundas do direito canônico, em que a figura do pai

---

<sup>17</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 26.

<sup>18</sup>MEULDERS – KLEIN, M. T. Op. cit., p. 167/168. “Le souci de véracité biologique ne surgit pratiquement qu’au détriment de l’enfant naturel : pour justifier l’absence de force probante des mentions de l’acte de naissance et même de la possession d’état, ou la briéveté des délais d’action offerts à l’enfant pour agir en justice, ou encore pour faciliter la contestation d’une reconnaissance, ou protéger l’honneur ou les intérêts d’un géniteur possible et celui des familles.” A preocupação com a verdade biológica só surgiu, na prática, em prejuízo à criança natural: para justificar a ausência de força probatória das declarações no registro de nascimento e mesmo da posse de estado, ou a brevidade dos prazos concedidos à criança para agir em juízo, ou ainda para facilitar a contestação de eventual reconhecimento, ou proteger a honra ou os interesses de um possível genitor e aqueles das famílias.

<sup>19</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 71.



e marido estava no topo da hierarquia familiar, acabou influenciando os códigos modernos, iniciando pelo Código Civil francês de 1804, que foi o primeiro a normatizar o modelo de família já existente há mais de 20 séculos.

## 1.2 O SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

No Brasil, o Código Civil de 1916, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1917, seguiu o modelo projetado pelo Código Civil francês de 1804, de caráter individualista e patrimonialista<sup>20</sup>, inspirado no direito romano, e com as características religiosas introduzidas pelo direito canônico.

Elaborado num período de transição da monarquia para o mundo moderno, o Código Civil, ignorando as tendências evolucionistas da sociedade brasileira, que já buscava um rompimento com o passado, acabou reproduzindo o tradicional modelo de família patriarcal, ao considerar o casamento como a única forma de constituição de família reconhecida pelo Estado, centrando na pessoa do chefe todo o poder de mando e de representação dos demais membros que compunham a unidade familiar (mulher e filhos)<sup>21</sup>.

Via de conseqüência, restou consagrada a distinção dos filhos em legítimos e ilegítimos, conforme concebidos ou não na constância do casamento, sendo mantida a tradição centenária do direito brasileiro que já vinha das Ordenações do Reino.

Atendendo aos interesses de uma elite minoritária com força no Congresso

---

<sup>20</sup>TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo**. p. 548. Sobre o caráter individualista e patrimonialista do Código Civil Brasileiro, menciona o autor: “A disciplina jurídica do Código Civil, pela qual a tutela dos filhos estava vinculada à espécie de relação pré-existente entre seus pais, respondia a uma lógica patrimonialista bem definida. Em primeiro lugar, os bens deveriam ser concentrados e contidos na esfera da família legítima, assegurando-se a sua perpetuação na linha consanguínea, como que resguardados pelos laços de sangue. Em seguida, e em conseqüência, por atrair o monopólio da proteção estatal à família, o casamento representava um valor em si, identificava-se com a noção de família (legítima), de sorte que a sua manutenção deveria ser preservada a todo custo, mesmo quando o preço da paz (formal) doméstica fosse o sacrifício da mulher e dos filhos sob o pátrio poder.” Nesse sentido, o Código se apresentava individualista, por discriminar todos os filhos oriundos de relações não vinculadas ao casamento, além de estabelecer nítidas diferenças e divisões de papéis entre o marido e a mulher na família.

<sup>21</sup>WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. p. 36. “Salientou-se que o Código Civil Brasileiro revela um direito ‘mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação’ (PONTES DE MIRANDA, Fontes e Evolução do direito civil brasileiro, p. 489), tendo mantido num Estado leigo uma técnica canonista e numa sociedade evoluída do século XX o privatismo doméstico, o patriarcalismo conservador do direito das Ordenações.”

Nacional, o texto aprovado visava a assegurar a perpetuação do patrimônio no seio da família legítima fundada no casamento<sup>22</sup>. Tratava-se de um Código conservador e materialista que refletia os valores éticos e morais da classe dominante da época, e que, em nome da *paz familiar*, impunha o sacrifício individual dos membros da família, em especial da mulher e dos filhos sob a autoridade de seu chefe<sup>23</sup>.

De acordo com Maria Berenice Dias<sup>24</sup>, ao comentar o Código Civil de 1916, o texto:

Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia a sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos.

O modelo de família que serviu de base à elaboração do Código Civil traduzia uma sociedade conjugal com diferentes funções entre seus membros, e hierarquizada nas relações entre homem e mulher.

O homem era o chefe da família (art. 233), em oposição à mulher casada, que era considerada relativamente incapaz. Cabia ao marido a representação legal da família (art. 233, I); o dever exclusivo de prover à manutenção e ao sustento de seus membros (art. 233, IV); a fixação ou modificação do domicílio da família (art.

---

<sup>22</sup>BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação**. p. 62/63. “Com a entrada em vigor do Código Civil no ano de 1917, tornou-se impossível o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos. Aliás, insta salientar que esse retrocesso em relação à legislação então vigente sobre o assunto não se deveu a Clóvis Beviláqua, já que em seu primitivo projeto era prevista, em algumas hipóteses, a possibilidade da investigação da paternidade ilegítima e, para efeitos de sucessão, aos filhos legítimos seriam equiparados os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos. Não se pode deixar de registrar o fato de que esse ilustre jurista defendia a idéia de que fosse reconhecida a plena igualdade entre os filhos, independentemente da origem matrimonial ou não da filiação, aduzindo que a culpa (ou o crime) dos pais não deveria ser punida na pessoa dos filhos, embora entendesse, também, que o resguardo dessa situação de igualdade não deveria prejudicar a honorabilidade das relações de família. Contudo, submetido à apreciação do Congresso Nacional, foi ele alvo de muitas críticas, especialmente tecidas com vistas a uma pretensa proteção da paz das famílias, à defesa do instituto do casamento e para evitar especulações e escândalos, que tiveram na pessoa do deputado Andrade Figueira o seu mais destacado porta-voz. Tanta foi a pressão exercida por esse grupo de legisladores que acabaram por ser retiradas do texto original as possibilidades de reconhecimento involuntário da filiação ilegítima, bem como do ajuizamento da ação de investigação de paternidade, em se tratando de filiação adulterina ou incestuosa, além da redução das hipóteses em que uma ação de investigação de paternidade seria admissível.”

<sup>23</sup>NOGUEIRA, Jaqueline Filgueras. Op. cit., p. 31/32. “A família e o sistema de filiação que repousa no Código Civil têm suas características e remontam ao Brasil Colônia e aos modelos de família vigente à sua época. Abrigava a noção de família patriarcal, funcional, hierarquizada e que refletia uma comunidade de sangue fundada no casamento, pois só através do matrimônio se poderia constituir família (art. 229), conferindo aos filhos deste o estatuto privilegiado da ‘legitimidade’ (art. 337), quase que impossibilitando o reconhecimento de filhos extramatrimoniais, os chamados ‘ilegítimos’, os excluídos, relegando o legislador a um plano marginal a questão da verdade biológica da filiação, tudo em favor de valores morais e éticos desenhados pelo sistema vigente em nome da ‘paz familiar’.”

<sup>24</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p. 28.

233, III); a administração dos bens comuns e, em regra, dos bens particulares da mulher, quando houvesse (art. 233, II); conceder autorização à mulher para trabalhar (art. 233, V); além de determinar o padrão de vida do grupo familiar, num indubitável sistema de poder e de gestão individuais centralizado, que não admitia alteração por pacto antenupcial. Tratava-se de um modelo imperativo e de interesse público<sup>25</sup>, em que se admitia o tolhimento de direitos e a prática de abusos contra os mais fracos (mulheres e filhos), em nome da paz e da tranquilidade da vida familiar.

Em decorrência desse sistema, a mulher ocupava posição de inferioridade na comunidade familiar<sup>26</sup>, e ficava submissa à autoridade marital, assumindo necessariamente com o casamento os apelidos do marido (art. 240). A ela cabia a administração do lar, a educação dos filhos e a organização da casa, onde deveria permanecer para garantir sua fidelidade ao marido e a legitimidade da prole. O capítulo que disciplinava os direitos e deveres da mulher mais continha proibições e restrições do que concessões<sup>27</sup>.

Como se observa, essa concepção de família estabelecia visível e preconceituosa repartição de funções entre seus componentes, colocando o homem em posição de absoluta superioridade, gozando de amplos poderes de direção e de administração do grupo familiar, no intuito de manter a continuidade e a coesão da família legítima, além da perpetuação dos bens em seu seio, o que revelava a nítida preocupação material e econômica da época<sup>28</sup>. Essa concepção patriarcal de chefia vedava à mulher o pleno exercício da cidadania, relegava a plano secundário os sentimentos e a vontade dos membros da família submetidos à supremacia masculina, e ignorava valores fundamentais referentes à personalidade e à

---

<sup>25</sup>WALD, Arnaldo. Op. cit., p. 36/37.

<sup>26</sup>NOGUEIRA, Jaqueline. Filgueras. Op. cit., p. 34.

<sup>27</sup>MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de Família e do Menor**. p. 70. “Mas há algo que precisamos pôr em destaque: é que, por virtude da posição de absoluta superioridade do marido, o Código Civil não só acolhe a idéia de incapacidade da mulher como lhe recusa legitimidade para, só por si, realizar determinados atos jurídicos. A mulher não pode, sem estar autorizada pelo marido, aceitar ou repudiar herança ou legado (art. 242, IV), aceitar tutela, curatela ou outro ‘munus’ público (art. 242, V), litigar em juízo cível ou comercial, a não ser nos casos indicados nos artigos 248 e 251 (art. 242, VI), e aceitar mandato (art. 242, X). No domínio das relações patrimoniais, o Código Civil restringe significativamente os poderes da mulher casada. Assim, não se lhe reconhece a possibilidade de contrair obrigações, sem o consentimento do marido, desde que possam importar em alheação dos bens do casal (art. 242, VIII). As desigualdades ressaltam no regime matrimonial de bens.”

<sup>28</sup>NOGUEIRA, Jaqueline. Filgueras. Op. cit., p. 33. “Havia nesse modelo de família uma nítida divisão de papéis entre os familiares, estabelecida em função do sexo e da idade, onde a chefia era sempre ocupada por um homem, autoridade suprema da família, que exercia tanto o papel de pai como de marido, cabendo-lhe a direção exclusiva da família, a sua administração e representação legal, decorrente de sua autoridade e poder, cuja origem tinha um caráter econômico, preocupada com sua sobrevivência material, biológica e cultural, fechada egoisticamente em si mesma.”

dignidade da mulher, considerada protagonista inferior naquela estrutura familiar <sup>29</sup>.

Como consequência da desigualdade entre os cônjuges, e do reconhecimento de uma única espécie de família formada pelo matrimônio (art. 229), o Código classificou os filhos como legítimos (gerados por pessoas casadas entre si) ou ilegítimos (decorrentes de outros relacionamentos). Havia, ainda, subdivisão dos filhos ilegítimos, como refere Márcio Antonio Boscaro:

Entre os ilegítimos, houve a distinção entre os naturais (aqueles cujos pais não tinham impedimentos matrimoniais quando o geraram) e os espúrios (subdivididos em adulterinos ou incestuosos, conforme, respectivamente, houvesse impedimentos matrimoniais entre seus pais, quando de sua concepção, relacionados ao fato de um deles, ou ambos, estar casado com outra pessoa, ou ligados entre si por laços de parentesco – nos termos do disposto no art. 183, incisos I a V, do Código Civil) e apenas os filhos naturais poderiam ser reconhecidos, sendo vedada tal possibilidade aos filhos adulterinos e incestuosos.<sup>30</sup>

Para preservar os interesses da família legítima e a sua estabilidade econômica, os filhos extramatrimoniais eram discriminados pelo sistema normativo. O Código proibia o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos, e o filho natural que fosse reconhecido por um dos cônjuges ficaria privado do convívio no lar conjugal, caso não houvesse o consentimento do outro. Não se admitia ação de investigação de paternidade referente a filiação ilegítima contra mulher casada. Não se admitia a fixação de alimentos ao filho ilegítimo, que ficava privado do necessário à sua sobrevivência. A adoção era dificultada, e os filhos adotivos em geral não gozavam dos mesmos direitos que tinham os filhos matrimoniais<sup>31</sup>. Em suma, a disparidade de tratamento da filiação era tamanha que os filhos extramatrimoniais eram condenados à exclusão social, como se punidos pela “falta” cometida por seus genitores, fato resultante de um moralismo hipócrita e irresponsável que dominou o sistema jurídico da época.

Por outro lado, mesmo as regras que tratavam da filiação legítima, única

---

<sup>29</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. O ensino do direito de família no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. **Repertório de doutrina sobre Direito de Família: Aspectos constitucionais, civis e processuais.**, p. 314. “O princípio da dignidade humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares. A Constituição, no artigo 1º, o tem como um dos fundamentos da organização social e política do país, e da própria família (art. 226, §7º). Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-os 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.”

<sup>30</sup>BOSCARO, Márcio Antonio. Op. cit., p. 63.

<sup>31</sup>OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família: direito matrimonial.**, p. 38.

merecedora do reconhecimento jurídico, determinavam a integral submissão dos filhos à autoridade paterna, que dirigia sozinho a família e decidia de forma despótica os destinos de seus membros. Os filhos, assim como a mulher, deviam obediência ao chefe. Caso contrariassem sua autoridade, poderiam ser punidos. Os filhos homens não escolhiam suas profissões. Os casamentos eram decididos de acordo com os interesses econômicos das famílias. Não havia igualdade das pessoas no interior da família, que era hierarquizada.

A preocupação do legislador em proteger a família legítima era tão intensa que o Código silenciou quanto às outras formas de constituição de família, que foram “simplesmente ignoradas, (e ficaram) sem nenhum amparo legal (art. 248, IV, 1.177 e 1.719, III, etc)”<sup>32</sup>. No dizer de Orlando Gomes:

A ‘família natural’ – até a que se constituía pela união estável de pessoas livres – era abominada. Tinha a repulsa do legislador, recusado qualquer direito aos parceiros e condenado o fruto de sua união através da proibição absoluta do reconhecimento dos filhos espúrios e limitado o direito hereditário do filho simplesmente natural se à sucessão do pai houvesse de concorrer com filho legítimo. Os filhos de desquitado eram considerados adúlteros e, em tempo algum, poderiam ser perfilhados, nem demandar a paternidade.<sup>33</sup>

Assim, no sistema de 1916, a relação paterno-filial era definida por um sistema de presunções de legitimidade, através do qual se estabelecia que seria filho legítimo todo aquele nascido na constância do matrimônio, ou nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação do casamento (artigos 337 e 338). Os artigos subsequentes previam formas de contestação da legitimidade, e formas de prova da filiação legítima. Todos os demais filhos, que não se encaixassem nesse modelo, eram considerados ilegítimos e condenados à exclusão do sistema, ficando desprovidos de direitos<sup>34</sup>.

Como se pode observar, o critério utilizado pelo Código, na realidade, parecia não ser o biológico e muito menos o afetivo. O sistema válido era o da presunção, sendo os laços de sangue valorizados apenas dentro do casamento,

---

<sup>32</sup>Expressão utilizada por Jacqueline Filgueras Nogueira. Op. cit., p. 34/35.

<sup>33</sup>GOMES, Orlando. **Direito de Família.**, p. 23.

<sup>34</sup>Ao comentar a origem do direito das famílias, Maria Berenice Dias entendeu conveniente usar o termo no plural, para abranger toda espécie de família, na atualidade, assim se expressando: “Como a linguagem condiciona o pensamento, é mister subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias. Assim, a expressão direito das famílias melhor atende à necessidade de passar-se, cada vez mais, a enlaçar no âmbito de proteção as famílias, todas as famílias, sem discriminação, sem preconceitos.” (DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 26).

única forma de constituição da família legítima<sup>35</sup>.

### 1.3 A LEI 883 DE 21/10/1949

O tratamento dispensado à família pelo Código Civil Brasileiro foi sendo aos poucos modificado pela edição de leis esparsas que buscaram eliminar desigualdades e preconceitos no casamento e na filiação.

O art. 358 do Código Civil trazia rigorosa restrição quanto ao reconhecimento dos filhos ilegítimos, admitindo apenas o reconhecimento dos naturais, e vedando expressamente o dos adulterinos e incestuosos.

A primeira tentativa de aproximar a lei à realidade, suprimindo preconceitos à filiação extramatrimonial, veio com a promulgação do Decreto-Lei 4.737 de 24/09/1942, que admitiu o reconhecimento de filho havido pelo cônjuge fora do casamento, por iniciativa do pai ou por demanda proposta pelo filho, após o desquite<sup>36</sup>. O dispositivo não previa a hipótese de extinção da sociedade matrimonial por morte de um dos cônjuges, sendo, portanto, bastante restrito. Todavia, houve quem defendesse, na época, que a regra poderia ser igualmente aplicada aos casos de encerramento da sociedade conjugal por morte de um dos consortes ou por anulação do casamento<sup>37</sup>.

As discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema acabaram dando origem a projeto de lei de autoria do Deputado Néelson Carneiro, que após dois anos de tramitação no Congresso Nacional, veio a ser aprovado com a edição da Lei 883, de 21/10/1949. Referido diploma legal ampliou de forma significativa as possibilidades de reconhecimento de filhos oriundos de relações extramatrimoniais, ao permitir o reconhecimento após o término da sociedade conjugal por qualquer

---

<sup>35</sup>RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.**, p. 408. Refere o autor: “De outro lado, o fato de nascer o filho enquanto perdura o casamento, ou até certo tempo após a sua desconstituição, faz presumir que o pai é aquele que convive com a mãe, porquanto dúvidas inexistem no pertinente à maternidade – ‘mater semper certa’. Já torna-se elemento definidor da paternidade o fato do matrimônio: ‘pater is est quem nupciae demonstrant’. Trata-se, aí, de filiação biológica presumida.”; MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: parte especial; direito de família, direito parental, direito protectivo.**, p. 21/27 – Ao descrever o sistema de presunções do antigo Código, o jurista deixa claro que: “A presunção só diz respeito à legitimidade. Se se prova que a pessoa não é filha dos cônjuges, ou da que se diz mãe, não cabe trazer-se à baila a presunção, pois falta a filiação. O que se presume é que, “certa a maternidade”, se tem por pai o marido, salvo se ocorrer algum dos casos previstos, na lei, para a impugnação.” (p. 24/25).

<sup>36</sup>CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade e DNA.**, p. 22/23.

<sup>37</sup>BOSCARO, Márcio Antonio. Op. cit., p. 66.

modalidade (desquite, morte ou anulação). Com efeito, assim dispunha o seu art. 1º: “Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação.”

No entanto, embora a Lei 883/49 autorizasse o reconhecimento dos filhos adulterinos, ainda assim restaram destituídos de proteção os filhos incestuosos, segundo o entendimento de alguns juristas<sup>38</sup>. Ademais, os filhos nascidos de relações extraconjugais permaneceram com tratamento diferenciado em relação aos legítimos ou legitimados<sup>39</sup>, em razão do disposto no art. 2º, assim redigido: “O filho reconhecido na forma desta lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado”.

Tal redação visava a conciliar os interesses sociais da época, conferindo ao filho ilegítimo algum direito sucessório, embora sem admitir expressamente que ele seria herdeiro. Segundo afirma Zeno Veloso<sup>40</sup>, essa foi a fórmula encontrada por Nélson Carneiro para possibilitar a aprovação da lei, que seria o primeiro passo na caminhada em direção a um sistema igualitário de tratamento da filiação, o que na época ainda não era aceito pela sociedade brasileira.

Ainda assim, ao admitir o reconhecimento dos filhos adulterinos e conceder-lhes o direito de receber metade da herança que coubesse aos filhos legítimos ou legitimados, a Lei 883 representou um avanço na lenta trajetória legislativa do direito de filiação que teve início no final da década de 40 e se prolongou até o advento da Constituição Federal de 1988.

De acordo com o novo diploma, que revogou, em seu art. 10, o Decreto-Lei

---

<sup>38</sup> VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial.**, p. 25. A autora entende que os filhos incestuosos restaram destituídos de qualquer proteção. Esse entendimento, todavia, não é unânime, pois, embora a lei parecesse destinar-se aos filhos de desquitados, que não eram nem adulterinos nem naturais, no rigor da definição, para alguns autores, ela também aproveitava aos filhos incestuosos, já que se destinava aos filhos ilegítimos em geral. Esse era o pensamento de Eduardo Espínola, jurista mencionado pela mesma autora.

<sup>39</sup> Legitimado era o filho que passava à condição de legítimo pelo matrimônio subsequente de seus pais.

<sup>40</sup> A esse respeito, manifestou-se VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade.**, p. 47: “O direito conferido ao filho adulterino, reconhecido na forma da Lei nº 883, de receber apenas a metade da herança que coubesse ao filho legítimo ou legitimado, afirmando-se que isto era deferido ‘para efeitos econômicos’, ‘a título de amparo social’, foi uma forma de aprovar, no momento, no contexto histórico e social, o que era possível, e o texto, caviloso e disfarçado, quis evitar a afirmação de que o filho, naquelas condições, seria herdeiro. ‘Não se rompe com a tradição sem lhe pagar certo tributo’, dizia sempre Nélson Carneiro, e ele aplicou esta sentença, com humildade e inteligência, em vários grandes embates que travou na sua longa e profícua vida pública.”

4.737/42, uma vez dissolvida a sociedade conjugal pelo desquite, poderia o pai reconhecer o filho oriundo de relação extraconjugal, ou poderia o filho ajuizar ação para ver declarada a filiação.

No caso de dissolução por morte da esposa, admitia-se o reconhecimento voluntário feito pelo viúvo, ou a propositura da ação investigatória por parte do filho. E, se o falecido fosse o cônjuge adúltero, só restaria ao filho o ingresso da ação declaratória do vínculo paterno-filial, por restar inviabilizado o reconhecimento voluntário.

Parte da jurisprudência, todavia, passou a aceitar a validade do reconhecimento do filho adúltero feito na vigência do casamento, entendendo que só passaria a surtir efeitos depois de dissolvida a sociedade conjugal. Da mesma forma, o reconhecimento feito em testamento era considerado válido, e deveria produzir efeitos após o óbito do testador, o que também encerraria o vínculo matrimonial.

Tais alterações legislativas foram realizadas através da Lei 6.515/77, que acrescentou o §1º no art. 1º da Lei 883/49, autorizando expressamente o reconhecimento voluntário de filho adúltero na constância da sociedade conjugal ou por testamento cerrado.

Um segundo parágrafo foi introduzido no art. 1º da Lei 883/49, através da Lei 7.250/84, dispondo sobre a possibilidade de reconhecimento de filho extraconjugal, em demanda investigatória, desde que os cônjuges já estivessem separados de fato por mais de cinco anos. O dispositivo, mais uma vez, resultou da evolução da jurisprudência na apreciação de casos em que a paternidade de fato vinha de tal forma comprovada que se impunha o afastamento da presunção *pater is est* na busca da verdade real<sup>41</sup>.

Entretanto, essa evolução foi lenta, pois a interpretação inicial dada pela doutrina e pela jurisprudência à norma do art. 1º era rígida e preconceituosa, o que acabava dificultando o estabelecimento do vínculo verdadeiro de filiação, privilegiando a falsa presunção legal.

Com efeito, embora o dispositivo fosse claro ao admitir o reconhecimento de filho adúltero por qualquer dos cônjuges – pai ou mãe - entendeu-se, nos primeiros tempos, que a mulher casada estaria impedida de reconhecer filho adúltero

---

<sup>41</sup>BOSCARO, Márcio Antonio. Op. cit., p. 67.



nascido na constância do casamento, caso não houvesse a contestação da paternidade pelo marido. Nesse caso, considerando que só o marido tinha o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 344 do Código Civil), deveria incidir a presunção legal *pater is est*, e estaria definitivamente inviabilizado o estabelecimento de qualquer outro vínculo de filiação, ainda que correspondesse à verdade biológica e de fato<sup>42</sup>.

Essa linha de pensamento sem dúvida revelava a enorme dificuldade demonstrada até mesmo pelos setores mais avançados da sociedade em romper com as tradições e em pôr fim ao tratamento diferenciado no âmbito do direito de família.

A chegada aos Tribunais de casos em que seria injusta a sobreposição do princípio *pater is est* ao reconhecimento da paternidade extramatrimonial *a matre*, principalmente quando a mulher já se encontrava separada de fato do marido há anos, conduziu os julgadores à tomada de decisões que passaram a valorizar a verdade biológica e a posse do estado de filho. E, diante da nova orientação da jurisprudência, mais adaptada à realidade social da época, foi acrescentado o referido §2º do art. 1º da Lei 883/49, que permitiu a relativização do princípio *pater is est*, no interesse e na defesa da dignidade da família.

Trouxe, ainda, a Lei 883/49, em seu art. 4º, a possibilidade de propositura de ação de alimentos, pelo filho ilegítimo contra seu pai, estabelecendo que o processo deveria tramitar em segredo de justiça.

A novidade estava em admitir a iniciativa da demanda alimentar ao filho, sem deixá-lo à mercê da boa vontade do pai, como antes previa o art. 405 do Código Civil.

E, tendo em vista que o pedido de alimentos impunha a apreciação da relação paterno-filial entre as partes, “a situação ficou conhecida como de ‘paternidade para efeitos de alimentos’ ou ‘paternidade alimentar’”, conforme esclarece Zeno Veloso<sup>43</sup>.

Com o passar do tempo, foi introduzido o § único do art. 4º, através da Lei 6.515/77, que autorizou a dispensa de ação de investigação de paternidade, depois de dissolvida a sociedade conjugal daquele que foi condenado a prestar alimentos. Assim, já estando demonstrada a paternidade para o fim de estabelecer os

---

<sup>42</sup>VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 50.

<sup>43</sup>VELOSO, Z. Idem, p. 48.

alimentos, tal prova também serviria para o reconhecimento do vínculo parental, o que representava um avanço no resguardo dos interesses dos filhos ilegítimos.

Dispôs também a Lei 883/49, em seu art. 7º, que seria proibida qualquer referência à filiação ilegítima (incluindo adúlteros e incestuosos) de pessoa, em seu registro civil, devendo ser feita remissão a esta Lei.<sup>44</sup> Ao vedar menção sobre a ilegitimidade, a norma visava a proteger os filhos ilegítimos de discriminação, constituindo um passo a mais para acabar com as desigualdades no sistema de filiação.

Entretanto, o dispositivo continha uma ressalva, em sua parte final, que determinava remissão à Lei, nas hipóteses de ilegitimidade, o que bastava para tornar “discriminatório o registro”<sup>45</sup>.

Conclui-se, desta forma, que o maior mérito da Lei 883/49 foi o de autorizar o reconhecimento de filhos adúlteros, ainda que lhes conferindo tratamento inferior ao dos filhos legítimos, o que, de certa forma, serviu para romper com a tradição, expressa no art. 358 do Código Civil, que proibia expressamente o reconhecimento dos filhos adúlteros e incestuosos. O caminho estava aberto para novas alterações legislativas que, de forma lenta e progressiva, procuravam eliminar os preconceitos e as desigualdades da filiação, substituindo princípios já superados do Código Civil, na busca de justiça e de maior adequação das normas aos costumes sociais.

---

<sup>44</sup> MARQUES, Cláudia Lima. CACHAPUZ, Maria Cláudia. VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno? In: **Revista dos Tribunais**.

<sup>45</sup> VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 28.

## 2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O LIMIAR DE UM NOVO MUNDO

### 2.1 O PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

A Constituição de 1988 trouxe grandes inovações para o direito brasileiro, contendo, em seu bojo, princípios definidores de direitos e garantias fundamentais, com força normativa e de eficácia imediata, que “passaram a informar todo o sistema legal”.<sup>46</sup>

Como base da República, consagrou em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana, provocando mudança radical na forma de interpretação das leis.

No campo do direito de família, em especial, a nova Carta Magna introduziu sensíveis alterações, ao reconhecer a igualdade entre os cônjuges e entre todos os filhos, além de tutelar as uniões de fato, incluídas no conceito de entidade familiar, e de assegurar como prioritário o interesse do menor. Desta forma, redimensionou a idéia de família, que passou a ser vista como uma estrutura mais justa e democrática.<sup>47</sup>

A família, entendida como base da sociedade (art. 226), passou a constituir uma estrutura social formada por laços de afeto, capaz de promover a realização pessoal de seus membros e de assegurar o acatamento à dignidade humana. Conforme preconiza Sérgio Gischkow Pereira: “A sinceridade nas relações familiares acarreta a igualdade na filiação e também influencia na paridade dos cônjuges.”<sup>48</sup>

Assim, a antiga organização hierarquizada e fundada no casamento foi substituída por outra mais sólida e igualitária.

Nesse sentido, merecem destaque os artigos 226 e 227, trazendo o primeiro a definição de entidade familiar, e o segundo, a nova idéia de filiação, que acabou com as discriminações entre os filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção. As antigas designações utilizadas para definir filhos legítimos, ilegítimos, legitimados, espúrios, adulterinos, incestuosos ou adotivos, passaram a ter mera importância histórica.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 47; e VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 88.

<sup>47</sup>VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 86.

<sup>48</sup>PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família.**, p. 48/49.

<sup>49</sup>CHAMELETE NETO, Alberto. Op. cit., p. 17; e NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 39.

Entre os princípios constitucionais que passaram a informar o direito de família está o princípio da paternidade responsável, estabelecido no art. 226, §7º, e reproduzido, de forma indireta, na legislação infraconstitucional, através da Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o planejamento familiar.<sup>50</sup>

Ao empregar o termo paternidade responsável, quis o constituinte, na realidade, referir-se à parentalidade responsável, pois:

o termo não se limita ao homem, mas logicamente se refere também à mulher que, desse modo, terá vários deveres decorrentes das conseqüências e efeitos jurídicos – no campo da filiação – do exercício dos direitos reprodutivos e sexuais.<sup>51</sup>

A norma ressalta a importância de ser a parentalidade exercida de forma responsável, protegendo os interesses das crianças, que passaram a merecer especial proteção do Estado, da sociedade, e do grupo familiar.

O princípio da paternidade (ou parentalidade) responsável garante a homens e mulheres a determinação livre e consciente do número de filhos e do espaço entre eles, a opção entre procriar ou permanecer a família sem descendentes, e também o acesso a recursos informativos, educacionais e científicos sobre métodos conceptivos e contraceptivos. Constitui a exigência de assunção das responsabilidades decorrentes do livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais, após a tomada de consciência a respeito da decisão de procriar, proporcionada através de ações governamentais.<sup>52</sup>

A norma envolve, portanto, interesses públicos e privados, pois reflete a preocupação do Estado com o tema do planejamento familiar, e sua relação com o direito ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana.

Assim, cabe ao Estado levar à população as informações e condições necessárias ao adequado desempenho reprodutivo e familiar. E cumpre a cada indivíduo, em particular, assumir as responsabilidades oriundas da sexualidade e da procriação, ficando os pais vinculados aos filhos, de forma definitiva e vitalícia, a partir do nascimento.

---

<sup>50</sup>Constituição Federal: “Art. 226, §7º, Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

<sup>51</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. In: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Revista de Direito Privado** nº 18., p. 29/30.

<sup>52</sup>NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 52.

Da parentalidade decorre um conjunto de deveres básicos para os pais em relação aos filhos menores, tais como o dever de suprir-lhes as necessidades de alimentos, vestuário, instrução, transporte, lazer, saúde física e mental, administrar-lhes os bens, e dispensar-lhes carinho e afeto.

Ainda, como conseqüência do princípio da paternidade responsável - que deve ser interpretado de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor - restou sepultada a possibilidade de furtar-se o pai de suas responsabilidades, invocando texto legal que inviabilize o reconhecimento de filhos ilegítimos e que privilegie a família formada pelo casamento. Tais hipóteses costumavam acontecer antes do advento da Constituição de 1988.<sup>53</sup>

O novo dispositivo faz nascer a responsabilidade de todo aquele que venha a gerar uma vida humana, seja casado ou não, viva ou não em união estável, priorizando o bem-estar físico e espiritual do novo ser. E a responsabilidade nasce não apenas quando a pessoa deseja tornar-se pai ou mãe por livre vontade, mas também quando corre o risco de gerar uma criança no exercício de sua liberdade sexual. Ainda que os pais não queiram assumir a paternidade ou a maternidade, a responsabilidade em relação ao filho passa a existir com o nascimento, pois a nova ordem constitucional protege os interesses e a dignidade do novo ser, estabelecendo que o simples risco já é capaz de formar vínculos de parentalidade e filiação.

Ao comentar tais princípios, Guilherme Calmon Nogueira da Gama observa que:

cabe ao Estado, em matéria de planejamento familiar, não apenas se abster de violar a dignidade da pessoa ou do casal que pretende exercer sua opção no exercício do direito ao planejamento familiar sem qualquer tipo de medida coercitiva por parte de órgãos públicos, como também impedir que o restante da coletividade – incluindo instituições privadas, tal como estão previstas no § 7º do art. 226 - possa macular a dignidade daqueles que optam por exercer o direito ao planejamento familiar.<sup>54</sup>

Entretanto, à dignidade dos pais muitas vezes contrapõe-se a dignidade da pessoa do filho, e nesse caso, ocorrendo conflitos de dignidades da pessoa humana, devem ser solucionados, em regra, “em favor daquela que poderá vir a nascer. Dessa forma, considerando o princípio do melhor interesse da criança, tal como visto, resta evidenciado que o interesse a ser protegido é o da criança, e não o de

<sup>53</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família.**, p. 101.

<sup>54</sup> GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 38.

seus pais.”<sup>55</sup>

Como consequência dos novos princípios constitucionais, que hoje norteiam a interpretação de todo o ordenamento jurídico, vislumbra-se também a preocupação do Estado em proteger a pessoa que ainda não nasceu, a futura pessoa. Nesse sentido, não se admite o uso de técnicas de procriação artificial que coloque em risco a vida ou a saúde de embriões, nem a utilização de seres humanos em experimentos ou pesquisas, por motivações especulativas ou voluntaristas, ou para a prática de eugenia. Há que prevalecer, como técnica interpretativa e de política legislativa, “o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar.”<sup>56</sup>

Conclui-se, portanto, que cabe ao Estado o papel de assegurar o exercício livre e consciente da atividade reprodutiva e do planejamento familiar por homens e mulheres ou casais, sem desrespeitar os interesses dos menores e das futuras pessoas (embriões), que também devem ter preservada sua dignidade. Por outro lado, a parentalidade decorre de ato voluntário ou do simples risco que se origina da prática sexual, pois toda criança deve ter um pai e uma mãe, responsáveis por provê-la dos suportes afetivo e material necessários para seu bom desenvolvimento.<sup>57</sup>

Com tais preceitos, a Constituição Federal de 1988 refletiu as transformações da sociedade contemporânea na vida familiar e nas relações de paternidade, atribuindo maior relevância ao afeto e ao cuidado, como formas de proteger a infância, que se tornou o centro das atenções do Estado e das ciências. O patriarcalismo e o patrimonialismo do antigo Código Civil cederam lugar à autenticidade e à cumplicidade nas relações familiares, buscando no amor, no afeto e no respeito, a defesa do interesse das crianças e da dignidade da pessoa humana.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 38.

<sup>56</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.**, p. 415.

<sup>57</sup> ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. **Tendências constitucionais no Direito de Família:** estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis., p. 43.

<sup>58</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. op. cit., p. 48; e FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.**, p. 28.

## 2.2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O direito de filiação foi objeto de avanços progressivos a partir da década de 40, com a edição de leis esparsas que procuraram atenuar o rigor da paternidade jurídica fundada na presunção *pater is est* decorrente do casamento, conforme disciplinada no Código Civil de 1916. A Lei 889/49 permitiu o reconhecimento de filhos adulterinos, conferindo-lhes alguns direitos, e mais adiante a lei 6515/77 ampliou esse conjunto de direitos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, abriram-se as portas de uma nova disciplina jurídica sobre o parentesco, que eliminou definitivamente a relação entre casamento e legitimidade da descendência, assim como todas as antigas categorias de filhos.

A nova Carta incorporou ao direito nacional princípios já consagrados por Convenções Internacionais, entre elas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959). Tais princípios encontram-se também inseridos em documentos posteriores de igual importância, como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, esta também conhecida como Pacto de San José (1990).<sup>59</sup>

Em todos esses documentos, ratificados pelo Brasil, previa-se a necessidade de proporcionar especial proteção, assistência e cuidado à população infanto-juvenil, em razão de sua falta de maturidade, para evitar exploração e marginalidade, impondo-se o reconhecimento desses direitos aos Estados, e também às sociedades e às famílias.

O art. 227, *caput* e § 6º, da Lei Maior<sup>60</sup>, recepcionou os princípios do melhor interesse da criança e da igualdade da filiação, transformando-os em base do novo ordenamento jurídico nacional, revogando tacitamente as limitações antes existentes para o reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio. A partir daí, os filhos passaram a ter os mesmos direitos e qualificações, nascidos ou não de relação de

---

<sup>59</sup> Ver NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 168/169.

<sup>60</sup> Constituição Federal: “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.”

casamento. Via de conseqüência, tornou-se possível o reconhecimento voluntário ou forçado de filhos naturais.

Seguiu-se a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei 8069, de 13/07/1990, que reproduziu o art. 227 do texto constitucional, trazendo mudança expressiva no tratamento da filiação, a nível infraconstitucional, e superando, desta forma, a estreita e arcaica visão do Código de Menores de 1979 sobre a paternidade, que não mais se aplicava desde a promulgação da nova Carta democrática.<sup>61</sup>

Tem, portanto, o ECA, como pano de fundo, a Constituição de 1988 que, através de seu art. 227, delineou o novo sistema de tratamento da infância e da juventude, colocando o menor como sujeito de direitos, com absoluta prioridade, e promovendo a sua proteção integral, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Essas garantias encontram-se presentes nos arts. 3º, 4º, 5º, 19, 20, 26 e 27 da legislação estatutária.<sup>62</sup>

Os três primeiros dispositivos asseguram às crianças e aos adolescentes direitos especiais, em decorrência da condição de pessoa em desenvolvimento; tratamento prioritário do Estado, da comunidade e da família, para a efetivação de seus direitos; e a prevalência de seus interesses, o que deve constituir prioridade

---

<sup>61</sup> Ver FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família:** elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro., p. 224.

<sup>62</sup> Ver VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 48/51.

Lei 8069/90:

“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.”

“Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

“Art. 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.”

“Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

“Art. 20. 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.”

“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.”



nacional. Os artigos 19 e 20 tratam do direito do menor à convivência familiar, preferindo a família natural à substituta, e repetem o princípio da unidade da filiação já estabelecido no artigo 227, § 6º, da CF, com total vedação às discriminações entre os filhos. E os artigos 26 e 27 admitem o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, qualquer que seja a origem da filiação, sendo o reconhecimento um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do filho.<sup>63</sup>

Desta forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal passaram a indicar os novos contornos jurídicos da família, da filiação e dos direitos dos menores, reproduzindo princípios básicos de igualdade e de justiça reconhecidos internacionalmente.

Todas as regras do antigo Código Civil e da legislação posterior, que estabeleciam discriminações, privilégios e disparidades entre cônjuges e filhos, foram revogadas. Um novo tempo se iniciou, com a superação da família patriarcal, fundada no princípio da desigualdade, que só atendia aos interesses dos varões. Reconheceu-se uma nova família formada por vínculos de afeto e de solidariedade, caracterizada pelo respeito à individualidade, à igualdade e ao bem-estar de seus componentes. Colocou-se o filho no centro das relações familiares, como sujeito de direitos e de garantias fundamentais. Como refere Zeno Veloso:

As denominações discriminatórias relativas à filiação não podem mais ser utilizadas. Filho, de qualquer origem ou procedência, qualquer que seja a natureza da filiação, é filho, simplesmente filho, e basta, com os mesmos direitos e deveres de qualquer outro filho.<sup>64</sup>

E acrescenta Sérgio Gischkow Pereira:

Consagrar a igualdade na filiação é inculcar responsabilidade social. Saberão os que pretendem manter relações extraconjugais que responderão por suas iniciativas, em diversos planos, em vez de se ocultarem atrás de pautas normativas discriminatórias aos filhos ilegítimos.<sup>65</sup>

Daí a importância do disposto no art. 227, § 6º, da CF, e repetido no art. 20 do Estatuto. Tais normas contêm o princípio da não-discriminação, e colocaram um fim a séculos de injustiças e de exclusões em matéria de filiação, pois não raro eram

---

<sup>63</sup> Ver VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 48/51.

<sup>64</sup> VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 87.

<sup>65</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., p. 52.

os filhos punidos pela falta dos pais.

Não menos importante é a franca possibilidade de reconhecimento voluntário ou coativo da filiação. Não há mais limitação para o reconhecimento dos filhos antes chamados de adulterinos e incestuosos, e qualquer filho pode demandar a filiação contra o pai, ou seus herdeiros, sem qualquer restrição.

A filiação hoje pode ser matrimonial ou extramatrimonial, e se estabelece pela incidência da presunção *pater is est* (que não é absoluta) ou pelo reconhecimento espontâneo previsto no art. 26 do ECA (feito pelos pais no termo de nascimento, ou por documento público ou particular, antes do nascimento, durante a vida, ou após a morte do filho, desde que deixe descendentes nesse último caso); por reconhecimento voluntário (na forma da Lei 8560/92, que disciplina a averiguação oficiosa da paternidade, quando o suposto pai assume a paternidade mediante provocação judicial); ou, ainda, por reconhecimento forçado (via ação investigatória de paternidade).<sup>66</sup>

No que se refere à filiação adotiva, o Estado igualmente aboliu as antigas formas discriminatórias de direitos, dispondo que a adoção implica na completa integração do adotado à família do adotante, podendo ser este casado ou solteiro.

A paridade entre todos os filhos, com vínculos de parentesco biológico ou civil, tornou-se possível por assentar-se o Estatuto em alguns princípios. Entre eles, destacam-se o princípio da prioridade absoluta (art. 4º) e o princípio da prevalência do melhor interesse do menor (art. 6º). O primeiro consiste na garantia de preferência das políticas sociais públicas voltadas aos interesses dos menores, que deve ser assegurada pela família, pela sociedade, e pelo Poder Público. Quanto ao segundo, estabelece critério hermenêutico regulador do direito de família, que assegura a prioridade absoluta à pessoa do filho, hoje não mais visto como simples objeto, mas como sujeito de direitos. Trata-se de regra de interpretação, a ser observada pelo juiz na apreciação de cada caso, em especial naqueles casos em que se discute a guarda de menores, com possibilidade do auxílio de equipe interdisciplinar<sup>67</sup>, incluindo assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras, entre outros.

---

<sup>66</sup> Ver FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 227/229.

<sup>67</sup> O recurso ao auxílio de equipe interprofissional está previsto no art. 151 do ECA, assim redigido:

“Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.”

A solução, sob a nova ótica do direito de família, que despatrimonializou as relações familiares e priorizou o afeto como formador de vínculos parentais, tende a buscar a estabilidade física e psíquica do menor, que tem direito a permanecer ao lado daqueles que lhe proporcionam os cuidados diários, carinho, amor e estímulo, adequados para um normal crescimento.

Decorrente desse princípio de ordem pública, que busca a satisfação dos interesses da criança, é igualmente o seu direito a ter um pai e uma mãe. Não importa mais se os pais biológicos têm impedimento para casar, por qualquer motivo, ou se o menor já teve a paternidade reconhecida voluntariamente pelo marido da mãe, ou se houve o estabelecimento da paternidade por presunção legal. A ação declaratória de paternidade contra o verdadeiro pai biológico pode ser intentada a qualquer momento, no interesse do filho (art. 27 do ECA). E, tratando-se de demanda que versa sobre o estado de pessoas, direito personalíssimo e indisponível, esta não admite transação nem renúncia, o que impossibilita os pais (representantes legais) de decidirem quem será considerado o pai do menor, alterando a paternidade a cada troca de marido ou companheiro da mãe.<sup>68</sup>

Assim, através de um conjunto de normas que transcrevem princípios constitucionais, transportando-os para a legislação infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente mostra uma configuração contemporânea da família, com lugar de destaque aos menores, e auxilia a sepultar por completo as difamantes disparidades entre os filhos que caracterizaram o antigo modelo do Código Civil de 1916 e da legislação posterior. Através dele, consolidou-se a tendência de publicização do direito privado que já se fazia sentir na Constituição Federal, por ser a família a base da sociedade, e objeto de preocupação da comunidade e do Estado, lugar onde “se definem os papéis sociais elementares dos indivíduos”.<sup>69</sup>

### 2.3 A LEI 8.560/92 E A AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DA PATERNIDADE

Conforme antes referido, a Constituição de 1988 marcou a passagem de um Estado liberal para um Estado democrático, atendendo às aspirações e às necessidades essenciais da sociedade brasileira do século XX. Nessa época,

---

<sup>68</sup> Ver VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 99/100.

<sup>69</sup> FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 278.

procurou-se superar o caráter individualista das leis vigentes, elaboradas para um país eminentemente agrícola, buscando o predomínio do interesse social sobre o individual, diante das enormes transformações sofridas pelo povo nas últimas décadas, que passou a viver nas cidades e a sofrer a influência dos meios de comunicação.

Com nova orientação e trazendo outros princípios estruturantes, a Constituição Federal revogou praticamente todo o Livro que tratava do direito de família no Código Civil de 1916, e as legislações esparsas posteriores, ao vedar desigualdades e designações depreciativas da família e da filiação.<sup>70</sup>

Foi o início de um novo mundo, onde os antigos preceitos que disciplinavam as relações familiares não poderiam continuar vigendo, por expressarem valores de outra época e de uma sociedade que elegeu como prioridade a proteção da família constituída pelo casamento.

O advento da nova Carta da República provocou profunda mudança de concepção na família e fez prevalecer, entre outros, os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do melhor interesse do menor, a serem assegurados pelo Estado. Tanto a família formada pelo casamento quanto a família informal passaram a merecer respeito e amparo da sociedade, por constituírem grupos afetivos capazes de proporcionarem o bom desenvolvimento de seus membros e ambientação adequada à criação e à educação dos filhos.<sup>71</sup> Vieram novos conceitos, que passaram a caracterizar as relações familiares, como a autenticidade, a sinceridade e a afetividade, passando-se a valorizar a “filiação real” e a facilitar o estabelecimento dos vínculos jurídicos de filiação, restando superado o significativo aspecto patrimonial do passado.<sup>72</sup>

Em decorrência dos novos postulados, em 1990, o legislador infraconstitucional promulgou o Estatuto da Criança e do Adolescente, que tratou de

---

<sup>70</sup> A respeito da redemocratização e da evolução social ocorridas no país, que influenciaram a Constituição de 1988, ver VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 86 e ss.; REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith. **História do Novo Código Civil.**, p. 46 e ss; e FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 44 e ss.

<sup>71</sup> PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais. In: PEREIRA, Tânia da Silva. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da conveniência familiar.**, p. 545. “No Direito de Família que tem suas bases delineadas na Constituição, a partir de princípios que reforçam as normas definidoras de direitos fundamentais, a família se apresenta, como vimos, com a finalidade essencial de facilitar a seus membros o exercício de seus direitos fundamentais. É sob essa ótica da funcionalidade do direito de família, que o legislador exerce o importantíssimo papel de aproximar as leis de família aos valores dos direitos fundamentais, estendendo a eficácia desses direitos às relações familiares.”

<sup>72</sup> VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 122.; e PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., p. 48.

dar proteção integral à população infanto-juvenil, cujos interesses passaram a ser prioritários.

E, mais tarde, em 29 de dezembro de 1992, surgiu a Lei 8560, que regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, possibilitando, desta forma, a almejada efetivação dos princípios constitucionais.<sup>73</sup>

O novo diploma constituiu “um passo a mais dado em favor da igualdade de direitos entre os filhos”, ao traçar os meios para a “inserção da pessoa em sua ancestralidade paterna”, conforme sustenta Maria Christina de Almeida.<sup>74</sup> De nada adiantaria a inclusão de princípios fundamentais de igualdade e de proteção dos filhos na Constituição Federal se não houvesse mecanismos para sua efetivação. Daí o caráter instrumental da Lei 8560/92. Sendo a determinação da paternidade de interesse público, cabe ao Estado o dever de disponibilizar os recursos necessários para tornar possível a inserção do filho nascido fora do casamento na linhagem paterna, e assim ter acesso aos direitos decorrentes desse vínculo de parentesco.<sup>75</sup>

Zeno Veloso<sup>76</sup> ao discorrer sobre o tema, assim se expressou:

A determinação da paternidade não é, assim, um interesse meramente individual, exclusivamente privado. Interessa ao Estado, interessa à sociedade, e interessa muito. Porque interessa que uma criança tenha pai, que se defina o seu genitor, que apareça o responsável pela sua geração, para que a crie, eduque, alimente, proteja, participe de seu desenvolvimento, oriente a sua vida. Se não com amor e afeto – porque esses nobres sentimentos não podem ser impostos -, pelo menos comparecendo com os meios e recursos para que a criança tenha uma existência digna e possa ser útil ao País.

---

<sup>73</sup> FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Averiguação e Investigação da Paternidade Extramatrimonial:** Comentários à Lei nº 8560/92., p. 09/10. Lembra o autor que, não obstante a aplicabilidade imediata da Constituição, os filhos havidos fora do matrimônio não lograram de pronto o reconhecimento sob a alegação equivocada da ausência de lei complementar que regulamentasse a matéria. Assim, manifestou-se o legislador ordinário em três oportunidades: 1ª) através da edição da Lei nº 7841/89, que revogou expressamente o art. 358 do Código Civil, que já se achava tacitamente revogado pela Constituição; 2ª) pela edição da Lei nº 8090/90 – ECA – que determinou direitos e qualificações iguais para os filhos havidos ou não dentro do casamento, e facilitou o reconhecimento daqueles havidos fora do casamento; 3ª) através da Lei nº 8560/92, que, além de modificar o ECA quanto à forma de reconhecimento, ainda ampliou as maneiras da sua realização. Desta forma, enfatiza o mesmo autor à p. 12 : “Entenda-se que a Lei nº 8560/92 não representa um novo sistema de estabelecimento da filiação, mas ela se constitui, isto sim, em um passo a mais dado em favor da igualdade dos direitos entre os filhos, num caminho que começou a ser aberto pelas leis e jurisprudência que a precederam.”

<sup>74</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família, e o Novo Código Civil.**, p. 421.

<sup>75</sup> FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 13. Lembra o autor que a referida Lei teve inspiração no Provimento nº 34, editado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul apenas vinte dias depois de ter sido promulgada a Constituição de 88, com a intenção de atender às reivindicações sociais concretizadas no art. 227, *caput*, e parágrafos 5º e 6º, “tendo como meta converter em realidade o nivelamento jurídico da filiação.”

<sup>76</sup> VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 123/124.

O novo texto legal, em complementação à Lei Maior, veio facilitar o exercício do direito subjetivo do filho de conhecer sua origem biológica, e de firmar os vínculos com sua família paterna, necessários para a completa formação de sua personalidade.<sup>77</sup> No dizer de Maria Christina de Almeida, restou consagrado um novo direito, “um direito a descender, com dignidade”<sup>78</sup>.

Em seu art. 1º, a Lei 8560/92 previu as formas de reconhecimento espontâneo dos filhos extramatrimoniais. Dispõe que o reconhecimento pode ser feito no registro de nascimento, por escritura pública, por testamento (formas tradicionais), ou ainda, por escrito particular a ser arquivado em cartório, ou por manifestação expressa e direta perante o juiz (formas novas).<sup>79</sup>

O escrito particular não pode ser confundido com bilhetes, cartões ou outras anotações que podem ser utilizadas como prova em ação investigatória de paternidade, devendo conter reconhecimento claro e inequívoco, embora sem formalidades.

A manifestação expressa e direta perante o juiz está regulada no art. 2º da Lei, que prevê a averiguação oficiosa de paternidade. Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, que independe da iniciativa da parte, e que constitui a principal inovação da lei.

Tal dispositivo determina que o Oficial do Registro Civil remeta ao juiz certidão integral do registro de nascimento de menor apenas com a filiação materna estabelecida, contendo o nome completo e a qualificação do suposto pai, a fim de ser averiguada a procedência da alegação.

Ao receber a certidão, o juiz deve instaurar o procedimento administrativo de averiguação oficiosa, e ouvir a mãe do menor sobre a paternidade indicada, sempre que possível, mandando notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe foi atribuída. Tal diligência poderá ser realizada em segredo de justiça, quando o julgador entender necessário. Ao ser ouvido, o suposto pai poderá confirmar expressamente a paternidade, sendo

---

<sup>77</sup> “O reconhecimento, como decorre da toda recente Lei 8560/92, não acarreta a mera 'entrada' na família de alguém, nem tampouco, o reconhecimento da existência de uma família natural, mas, certamente cria – assimilando-a à família legítima – toda uma rede de relações paterno-filiais e, especialmente, uma 'responsabilidade' pela geração de um sujeito de Direito, até então negligenciado.” LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais:** a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. p. 248/249.

<sup>78</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 425.

<sup>79</sup> Ver, sobre o tema, a obra de FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 228/237.

neste caso lavrado termo de reconhecimento e extraída certidão, que será remetida ao Oficial do Registro para averbação. Poderá também negar a alegada paternidade, ou não atender à notificação judicial no prazo de 30 dias, hipóteses em que os autos serão remetidos ao Ministério Público, para ajuizar ação investigatória de paternidade, havendo elementos suficientes. A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar a ação para obter o reconhecimento da paternidade.<sup>80</sup>

A nova Lei atribuiu legitimidade extraordinária ao Ministério Público, como forma de incumbir-lhe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, na forma do art. 127 da Constituição Federal<sup>81</sup>. Com isto, permitiu a materialização dos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana (art. 226, §7º, CF), priorizando o interesse do filho, sem restrições<sup>82</sup>.

Ficou claro que o estado civil do suposto pai não é mais obstáculo para a formação do vínculo paterno-filial. O reconhecimento voluntário ou forçado da filiação pode ser feito sem limites, devendo prevalecer o interesse do filho, que tem direito a um pai, e ao conhecimento de sua ascendência biológica. E tal interesse não é apenas privado, mas é também público, pois está consagrado na Constituição, e é viabilizado pela Lei 8560.

Mas, após entrar em vigor a Lei 8560, algumas dúvidas permaneceram. Verificaram-se divergências doutrinárias quanto à aplicação do art. 2º no caso de ser a mãe casada, e indicar como pai da criança outro homem diferente do seu marido.

---

<sup>80</sup>FACHIN, Luiz Edson.. Op. cit., p. 55/56. Convém lembrar que a legitimidade extraordinária conferida pela Lei ao agente do Ministério Público para intentar a ação de investigação de paternidade não descaracteriza o reconhecimento do estado de filho como um direito personalíssimo. Nas palavras do autor: “Os direitos de personalidade são, então, absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários. Destinados a resguardar a dignidade da pessoa humana, opõem-se *erga omnes*.”

<sup>81</sup> Constituição Federal: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

<sup>82</sup> Ao comentar o tema, e em especial o art. 229 da CF, Zeno VELOSO (Op. cit., p. 123) assim se manifesta: “Até para que seja viável o cumprimento desta regra, é necessário que se facilitem os meios para o estabelecimento da paternidade e, correlativamente, da filiação. Como poderão materializar-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (CF, art. 226, §7º) se a paternidade não está determinada? O interesse do filho – mormente o interesse da criança, do adolescente – é que se tem de levar, fundamental e prioritariamente, em conta, em alta conta. Nas questões de filiação entrou um novo ator, um novo protagonista, que, no passado – e por incrível que pareça – não atuava em papel principal: o filho. O *favor legitimitatis* foi, progressivamente, substituído pelo *favor filii*.” Destaca-se, também, o artigo de ROMANI, Carlos Gilberto Menezello. Considerações sobre a indisponibilidade da mãe em não apontar o suposto pai no registro de nascimento – Lei 8560/92. In: **Justitia**., p. 48/54, que entende indispensável a colaboração da mãe em apontar o suposto pai, como forma de possibilitar a concreção dos direitos fundamentais do filho.

Nesse caso, normalmente incidiria a presunção *pater is est*, decorrente do matrimônio. Tal paternidade, no entanto, entraria em conflito com aquela declarada pela mãe, ao efetuar o registro de nascimento de seu filho. Diante do impasse, alguns autores entenderam restar inviabilizada a averiguação oficiosa de paternidade, por não ser suficiente a confissão materna para excluir a paternidade do marido, na forma do art. 346 do Código Civil, ficando o Oficial de Registro Civil impossibilitado de enviar a juízo a certidão de nascimento do menor, e o Ministério Público, despido de legitimidade para atuar em eventual demanda investigatória. De qualquer maneira, nada impediria o futuro ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo próprio interessado. Outros autores consideraram não haver mais qualquer restrição para o reconhecimento de filhos adulterinos *a matre*, o que já vinha sendo admitido pela jurisprudência, quando demonstrada a separação de fato do casal na época da concepção ou do nascimento, estando revogado o art. 346 do Código Civil pela Constituição Federal. Essas interpretações decorreram da ausência da expressa previsão na lei.

Houve até quem sustentasse que a presunção *pater is est* estaria abolida do nosso sistema jurídico, enquanto outros preconizaram que estaria mantida, mas podendo ser afastada com maior facilidade. Em qualquer dos casos, não ficaria o interessado impedido de obter a declaração judicial de sua verdadeira ascendência genética.

Os demais artigos da Lei 8560 procuram assegurar interesses fundamentais, vedando referências à natureza da filiação no assento de nascimento ou o reconhecimento de filhos no ato do casamento, no sentido de preservar os princípios da unidade e da igualdade da filiação.

No art. 10, a Lei revogou expressamente os artigos 332, 337 e 347 do Código Civil de 1916, que, por conterem distinções entre a filiação legítima e a ilegítima, já estavam tacitamente revogados pela Constituição de 1988. A Lei não revogou o art. 338, donde se conclui não ter abolido a presunção *pater is est* que, no entanto, tornou-se mais frágil, admitindo prova em contrário<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Esses artigos do Código Civil de 1916 eram assim redigidos:

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

“Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se contraiu de boa fé (art. 221).”

“Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:



Luiz Edson Fachin<sup>84</sup> aduz que existe uma distinção entre a filiação matrimonial (que se estabelece pelo reconhecimento ou pela presunção *pater is est*) e a filiação extramatrimonial (que se estabelece pelo reconhecimento espontâneo, voluntário ou forçado).

Essa distinção não significa discriminação, e o reconhecimento dito “voluntário” é aquele realizado na forma da Lei 8560, distinguindo-se do “espontâneo”, por não decorrer da simples iniciativa do pai, e sim do procedimento de averiguação oficiosa da paternidade, e distinguindo-se do “forçado”, por não ser imposto através de decisão proferida em demanda investigatória de paternidade. Tal forma de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento constitui a principal novidade trazida pela Lei 8650/92, no incentivo à busca da verdadeira filiação, aspecto relevante da personalidade e da dignidade da pessoa humana<sup>85</sup>.

Desta forma, tanto a Lei 8650 como o Estatuto da Criança e do Adolescente viabilizaram a efetivação de princípios constitucionais, estabelecidos na Nova Carta, auxiliando na promoção da dignidade e na realização da personalidade de todos os membros da família e, em particular, dos filhos, merecedores de tutela jurídica prioritária do Estado e da sociedade.

---

I - os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339);

II - os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.”

“Art. 347. A filiação legítima prova-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no registro civil.”

<sup>84</sup> FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 227.

<sup>85</sup> Refere SILVA, Sandra Maria da. **Direito de filiação**: o valor do exame de DNA., p. 68 e 67, que: “O direito a uma paternidade determinada advém da própria natureza humana e possui um caráter inviolável e universal, por integrar a própria identidade do indivíduo. É inquestionável que o conhecimento da ascendência verdadeira é um aspecto extremamente relevante da personalidade individual e integra a identidade pessoal e ao nome familiar”. Daí porque a Lei nº 8560/92 “... deixa claro o objetivo do legislador de evitar paternidades ocultas, ao instituir a 'averiguação oficiosa', por meio da qual faz uma espécie de investigação sumária em juízo...”, o que demonstra... “que o direito à paternidade é um elemento integrante da dignidade humana”.

### 3 O FILHO COMO CENTRO DO UNIVERSO FAMILIAR

#### 3.1 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em 1969 foi instituída uma Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, para atualizar o Código de 1916. Verificada a inviabilidade de preservação do Código, devido aos novos princípios que deveriam orientar o sistema, passou-se à elaboração de um novo Projeto, baseado em três valores fundamentais: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. A tramitação do Projeto foi, no entanto, suspensa durante o período de elaboração da Constituição de 1988 “para aguardar possíveis alterações”, em especial no tocante ao direito de família<sup>86</sup>.

Desta forma, o Livro de Família, concebido na década de 70 por Clóvis do Couto e Silva, teve de ser adequado à nova visão introduzida por leis posteriores, entre elas a Lei do Divórcio (Lei 6515/77), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), a Lei do Reconhecimento de Paternidade (Lei 8560/92), e as Leis reguladoras da União Estável (Leis 8971/94 e 9278/96).

As maiores alterações, todavia, foram provocadas pela promulgação da Nova Carta de 1988, que revolucionou o Direito de Família, ao instituir a absoluta igualdade dos filhos, com a consequente ausência de restrições na busca da paternidade biológica (art. 227, §6º, CF); a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, *caput*, e Inciso I, da CF); e a pluralidade de comunidades familiares, incluindo os núcleos monoparentais e extramatrimoniais, além daqueles oriundos do casamento (art. 226, §3º, CF)<sup>87</sup>.

Passados alguns anos, após aprovadas várias emendas para melhorar a redação das normas, adequando o Projeto às novas diretrizes formuladas pela Constituição Federal, acabou sendo seu texto instituído através da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor um ano após a sua publicação

---

<sup>86</sup> REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 35 e 43. Segundo os autores, entende-se por eticidade a substituição do rigor formal decorrente de um tecnicismo excessivo por valores éticos expressos em “normas genéricas” ou “cláusulas gerais”, a fim de “possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juizes, para contínua atualização dos preceitos legais” (p. 37). Por socialidade entende-se a superação do caráter individualista do Código, com “o predomínio do social sobre o individual.” (p. 38). E, por último a operabilidade consiste em “estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito” (p. 40).

<sup>87</sup> GIORDANO, João Batista Arruda. Reflexões sobre o Direito de Família no Novo Código Civil. In: **Revista da AJURIS** nº 87, p. 186/187.

(10/01/2003). Como se observa, o Projeto tramitou por mais de um quarto de século.

Devido à sua longa tramitação, o novo Código, cuja redação iniciou numa época em que eram outros os conceitos da sociedade, contém imperfeições e lacunas, que devem ser supridas pela doutrina, pela jurisprudência e pelo aporte dos operadores do direito, enquanto não forem retificadas por leis posteriores.

Contudo, é possível afirmar que, apesar das falhas, o Código Civil de 2002 seguiu as linhas gerais referentes à igualdade entre os filhos e entre homens e mulheres, constantes na Lei Maior. Suprimiu expressões discriminatórias da filiação matrimonial ou extramatrimonial, substituiu o termo “pátrio poder” por “poder familiar”, elegeu como critério para a formação do vínculo de parentesco a verdade biológica ou a verdade real, e admitiu o reconhecimento sem restrições da filiação fora do casamento.

Entende Sérgio Gischkow Pereira<sup>88</sup> que “Sua grande falha (do Código) consiste em não ter aberto espaço para o critério da verdade socioafetiva. Optou pelo critério da verdade biológica, combinado com o critério da verdade real”, na pesquisa da paternidade. Acrescenta que “Fora isto, houve erro em manter artigos radicalmente inúteis, mas que, pelo menos, não trazem prejuízos jurídicos.” É também esse o pensamento de Márcio Antônio Boscaro, que chega a apresentar sugestões para modificar a redação de alguns artigos, e para incluir novas normas, seguindo as novas tendências sobre o direito de filiação no direito comparado.<sup>89</sup>

No que se refere aos critérios de estabelecimento dos vínculos paterno-filiais, existem três, em tese, conforme preconiza Luiz Edson Fachin: o critério da verdade legal, o critério da verdade biológica e o critério da verdade socioafetiva.<sup>90</sup>

O primeiro deles - critério da verdade legal ou presumida - era o que vigorava no Código Civil de 1916, calcado na idéia de proteger a “paz e a honra” das famílias legítimas, em detrimento da verdadeira relação de paternidade/maternidade, ou do interesse maior do filho. Presumia-se a paternidade do marido da mãe, na forma do art. 338 e seguintes do CCB, atribuindo-se legitimidade privativa ao marido para contestar a legitimidade dos filhos nascidos da sua mulher (art. 344), em casos

---

<sup>88</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família:** aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela., p. 78.

<sup>89</sup> BOSCARO, Márcio Antonio. Op. cit., p. 172/184.

<sup>90</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade – relação biológica e afetiva.** Essa classificação é também aceita por outros autores: PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., p. 79. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.**, p. 454.

restritos (arts. 339/343), e em curtos prazos decadenciais (art. 178, §3º e §4º).

O critério da verdade biológica ou genética foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, que alterou, de forma radical, o sistema anterior, desvinculando a filiação do tipo de relação entre os genitores, e privilegiando o interesse maior dos filhos, como decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, e da isonomia da filiação (arts. 1º, III; 226, §7º; 227, “caput” e §6º, todos da CF/88).

A nova Carta concedeu a todos “o direito de ter reconhecida a paternidade independentemente da sua origem”, acrescentando o Estatuto da Criança e do Adolescente a expressão, “sem restrições”, por ser a filiação um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível (art. 27 do ECA)<sup>91</sup>.

Por tal critério, entende-se que a filiação se define a partir dos laços de sangue, que podem ser estabelecidos independentemente do estado civil dos genitores, sendo esse o principal critério de formação de vínculos parentais previsto no Código Civil de 2002. Ao lado deste, permanece o critério da presunção legal, embora bem mais frágil, por admitir o novo Código amplas possibilidades de afastamento da paternidade presumida, como forma de facilitar o reconhecimento das verdadeiras relações paterno-filiais.

Por fim, o critério da verdade socioafetiva, ou da parentalidade sociológica, equivale à noção de “posse de estado de filho”, utilizada em sistemas jurídicos estrangeiros<sup>92</sup>, para definir relações de parentalidade estabelecidas e consolidadas por fatos que demonstram um reconhecimento espontâneo de filiação, ainda que não calcado em origem biológica. Por tal critério, considera-se que o estado de

---

<sup>91</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 154.

<sup>92</sup> A “posse de estado de filho” é utilizada no estabelecimento de vínculos de filiação em diversos países, sendo expressamente prevista na legislação de alguns deles, como nos casos da França e de Portugal. Destacam-se os comentários feitos sobre o tema por MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse (Op. cit., p. 175/197); MAULERIE, Ph et AYNÈS, L. (**Droit Civil – La Famille.**, p. 308/315); CARBONNIER, Jean (**Droit Civil, tome 2. La famille.**, p. 456/485); COURBE, Patrick (**Droit de la famille.**, p. 292/294); GUIHO, Pierre (**Droit Civil, 3 – La famille.**, p. 313/316); LABRUSSE – RIOU, Catherine. (**Droit de la famille, 1. – les personnes.**, p. 93/97, 137/139); BÉNABENT, Alain (**Droit Civil – La famille.** p. 335/339); CORNU, Gérard (**Droit Civil – La famille.** p. 380/384, 389/391); JUGLART, Michel de, et PIEDELIEVRE, Alain (**Cours de Droit Civil – Introduction, Personnes, Famille.**, p., 553/556); HAUSER, Jean, et HUET-WEILLER, Danièle (**Traité de Droit Civil: la famille – fondation et vie de la famille.** p. 440/446); OLIVEIRA, Guilherme de. O estabelecimento da filiação – mudanças recentes e perspectivas. In: **Temas de direito de família.**, p. 89/110; PIMENTA, José da Costa. (**Filiação.**, p. 161/167); PINTO, F. Brandão Ferreira (**Filiação natural.** p. 332/341); BOSCARO, Márcio Antônio (Op. cit., p. 22/59); NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras (Op. cit., p. 127/145); LÔBO, Paulo Luiz Netto (Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 505/530); e BOEIRA, José Bernardo Ramos. (**Investigação de paternidade: posse de estado de filho.** p. 95/105).

filiação decorre da convivência familiar e dos laços de afeto que unem o filho a seus pais.

Essa última forma de estabelecimento de relações de filiação não foi deliberadamente contemplada no Código Civil de 2002, embora se reconheça a relevância da verdade socioafetiva, que supera a verdade biológica e a verdade jurídica.<sup>93</sup> Nada impede, todavia, que se utilize o critério socioafetivo na definição de vínculos de parentesco, com fundamento no princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, III) e também com base no art. 227 da CF, havendo interesse de menor. Essa posição já vem sendo aceita e aplicada pela jurisprudência brasileira, sendo pioneiro o Estado do Rio Grande do Sul, como esclarece Sérgio Gischkow Pereira<sup>94</sup>.

Voltando aos critérios consagrados no novo Código, cumpre salientar que foi mantida a presunção da paternidade, no caso de serem casados entre si os pais da criança. O art. 1597 reproduz, em seus incisos I e II, a regra do art. 338 do Código Civil de 1916. E, nos incisos III, IV e V, introduz novas formas de presunção do estado de filiação, ao estabelecer que igualmente se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Trata-se de inovação legislativa referente às relações de parentesco derivadas de procriações artificiais, que busca indicar solução para filhos havidos

---

<sup>93</sup> A doutrina e a jurisprudência, todavia, vêm-se esforçando em detectar o critério socioafetivo no novo Código Civil, fundamentando-o nos artigos 1.593 e 1.605, II. O artigo 1.593 menciona que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou *outra origem*. Entende-se que, ao mencionar a expressão “*outra origem*”, diante de sua amplitude, o dispositivo poderia abranger a socioafetividade. No entanto, como afirma Sérgio Gischkow Pereira, para quem acompanhou o processo de elaboração do Código Civil no Congresso Nacional, sabidamente a expressão “*outra origem*” não queria aludir à filiação sociológica, e sim à inseminação artificial heteróloga (art. 1.597, V), o que veremos mais adiante. Quanto ao inciso II do artigo 1.605, apenas reproduz o artigo 349 do Código de 1916, e este não pretendia introduzir o critério socioafetivo no direito brasileiro. Contudo, ainda que o legislador não tenha cogitado expressamente do critério socioafetivo, entende-se que, “pela moderna hermenêutica, a lei, após editada, se desapega da vontade de quem a elaborou, mais importando a interpretação consoante o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.” De qualquer forma, existem propostas de alteração legislativa no Congresso Nacional, no sentido de introduzir expressamente tal critério na lei civil. PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. Cit., p. 86/87.

<sup>94</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., p. 85/87. “O Tribunal de Justiça gaúcho aderiu fortemente ao critério socioafetivo, que, em nosso Estado, em decorrência desta atitude, desfruta de grande prestígio. Vejamos exemplos: RJTJRGs 214/368, 196/191, 195/398, 196/236 (com alentado voto do Des. Luiz Felipe Brasil Santos sobre as bases jurídico-sistêmicas que permitem aceitação do critério no direito brasileiro), 207/355. O Tribunal de Justiça do Paraná também trouxe significativa contribuição: Boletim IBDFAM 13/2002, p. 10.”

por técnicas de manipulação biológica. Entretanto, a regulamentação mostra-se pobre e frágil, pois não traz resposta para infundáveis questões que podem aparecer nesta área, impondo-se a edição de lei especial que melhor regule a matéria.<sup>95</sup> Alguns autores defendem que os incisos III e IV deveriam ser suprimidos do Código, por apresentarem redação imprecisa e incompleta, pois permitem:

a utilização de sêmen de homem já morto, bem como de embriões excedentários, a qualquer tempo, desde que utilizados em processo de inseminação artificial homóloga, o que pode gerar ainda mais problemas do que propriamente equacioná-los.<sup>96</sup>

Portanto, as presunções estabelecidas nos incisos III e IV do art. 1597 não podem ser entendidas como absolutas, impondo-se a aceitação de prova em contrário nas hipóteses em que venham a contrariar os princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

No tocante ao inciso V, a doutrina tem entendido que a presunção da paternidade é absoluta no caso de haver o consentimento do pai com a inseminação heteróloga. Não havendo anuência prévia e expressa do marido, a presunção passa a ser relativa. O Código não oferece solução para os casos em que as pessoas não são legalmente casadas entre si.

Outra novidade do Código aparece no art. 1598, que estabelece presunções relativas de paternidade em casos de novas núpcias de mulher viúva ou que teve seu casamento declarado nulo ou anulado, antes de passados dez meses da dissolução da sociedade conjugal. Presume-se filho do primeiro marido o filho que nascer dentro dos trezentos dias a contar da data do término do casamento, e filho do segundo, se nascido após esse prazo e desde que já decorridos 180 dias do estabelecimento da nova convivência conjugal.

As presunções de paternidade de filho resultante de relação matrimonial, que subsistem em nosso ordenamento jurídico através dos arts. 1597, I e II, e 1598, são úteis, pois facilitam o reconhecimento da filiação. Ademais, tal critério (da presunção) também permanece sendo utilizado em países da América e da Europa

---

<sup>95</sup>Mais adiante trataremos da Lei nº 11.105/2005, a chamada Lei da Biossegurança, editada recentemente, que estabelece normas referentes às atividades de engenharia genética no Brasil.

<sup>96</sup>BOSCARO, Márcio Antônio. Op. cit., p. 173. Também Sérgio Gischkow PEREIRA (Op. cit., p. 88) refere que “O novo Código Civil trouxe regras muito escassas e que quase nada resolvem. Falta lei, falta jurisprudência... É urgente extensa lei que regulamente a matéria, até para impedir sua mercantilização, o que vem sucedendo em larga escala”.

ocidental, em conjunto com outros (critérios biológico e socioafetivo), uma vez que o objetivo comum é o de facilitar a definição de vínculos de parentesco e assim defender os interesses dos filhos.

Procura-se, entretanto, no estrangeiro e também no Brasil, suavizar ao máximo a aplicação desse critério, admitindo-se amplas formas de impugnação da paternidade presumida, por quem tenha legítimo interesse para tal, e ampliando-se o prazo para a propositura de demandas concernentes à relação paterno-filial. Em alguns países, chegou-se a aumentar a relação de pessoas legitimadas a contestarem a paternidade. Tudo foi feito no interesse de estabelecer a verdade real, a verdadeira filiação, que, em nosso sistema, está ligada à verdade biológica.

O nosso Código, nos artigos 1599 a 1602, trata das causas de afastamento da presunção *pater is est*, merecendo maiores comentários, entre estes, o art. 1601, que está relacionado ao art. 1614<sup>97</sup>, já que ambos tratam de prazos para a modificação de estados de filiação já estabelecidos.

O art. 1601 substituiu o art. 344 do Código Civil de 1916, retirando de sua redação a expressão “privativamente”, e acrescentando ser a ação de contestação de paternidade “imprescritível”. Assim, não sendo mais privativa do marido a ação de contestação de paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, é possível sustentar a legitimidade de terceiros interessados para postularem a anulação de paternidade já estabelecida, como é o caso da mãe e do verdadeiro pai biológico, além, é claro, do próprio filho.

Tal dispositivo, por outro lado, ao estabelecer expressamente a imprescritibilidade da ação de contestação de paternidade, pôs fim às intermináveis discussões jurisprudenciais sobre o tema, que continuavam sendo travadas mesmo após o advento da Constituição de 1988. A Nova Carta, em seu art. 227, § 6º, já proibira designações discriminatórias e desigualdades entre os filhos, prescrevendo que todos deveriam ter os mesmos direitos. Na esteira dos novos princípios jurídicos que passaram a orientar o direito de família, em face da Lei Maior, já se poderia sustentar a inconstitucionalidade de prazos prescricionais ou decadenciais que

---

<sup>97</sup> Código Civil de 2002:

“Art. 1.601. 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.”

“Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.”

limitassem o estabelecimento dos verdadeiros vínculos biológicos de filiação, privilegiando presunções irrealis e contrárias ao melhor interesse do filho<sup>98</sup>. Portanto, o art. 344 do Código Civil Brasileiro (CCB) já havia sido tacitamente revogado pela Constituição Federal, da mesma forma que inúmeros outros artigos do Livro do Direito de Família.

Posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 27, dispôs ser o reconhecimento do estado de filiação direito “personalíssimo, indisponível e imprescritível”, podendo ser exercitado contra o pai ou seus herdeiros, “sem qualquer restrição”. Com isto, mais uma vez ficou clara a vontade do legislador de não dificultar o acesso à real paternidade biológica.

E, por último, essa mesma idéia de facilitar o reconhecimento da paternidade genética e a formação dos verdadeiros vínculos de parentalidade, veio expressa na Lei 8560/92, que disciplinou a investigação oficiosa de paternidade.

Sendo assim, o art. 344 do antigo Código, que fazia menção a exíguos prazos decadenciais para a contestação da paternidade fictícia (que deveria ser mantida a todo custo pelo sistema patriarcal anterior), já não se coadunava com a nova orientação constitucional e com o critério da verdade biológica.

A imprescritibilidade prevista nos novos diplomas legais é a regra que melhor atende aos interesses dos filhos, pois admite o reconhecimento dos verdadeiros vínculos de filiação a qualquer momento, desprezando a perpetuação de situações falsas pelo simples decurso do tempo.

Convém enfatizar que também a ação do filho para impugnar o reconhecimento, disciplinada no art. 1.614 do novo Código Civil deve ser entendida como imprescritível, segundo a orientação da melhor doutrina nacional. A regra hoje, em nosso sistema jurídico, é a imprescritibilidade<sup>99</sup>.

No entanto, referido dispositivo, que substituiu o art. 362 do antigo Código, refere que o filho menor pode impugnar o reconhecimento nos quatro (4) anos que se seguirem à maioridade ou à emancipação.

Tal artigo deve ser interpretado de acordo com os novos princípios do nosso ordenamento jurídico elencados na Constituição Federal, que trazem entre eles a regra da imprescritibilidade das ações de estado. Assim, não há prazo para a

---

<sup>98</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p. 468/469.

<sup>99</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., p. 101/114; PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., p. 91/100; BOSCARO, Márcio Antonio. Op. cit., p. 162/163; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 454/472.



impugnação do reconhecimento, o que também se deduz da Súmula nº 149 do Supremo Tribunal Federal, assim redigida: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”

Quanto ao prazo de quatro anos mencionado no art. 1614:

[...]nada tem a ver com a inexistência, nulidade, anulabilidade e mesmo impugnabilidade por ser o reconhecimento contrário à verdade. Trata-se de hipótese de ineficácia por não aceitação do reconhecido. Este ângulo do tema é muito importante: o reconhecido pode rejeitar o pai registral, nos quatro anos, sem apresentar alegações de inexistência, nulidade, anulabilidade ou falsidade registral: basta que não concorde com a paternidade que lhe foi, digamos assim, imposta. Constitui direito do filho maior ou emancipado rejeitar imotivadamente o pai, no contexto dos arts. 362 e 1614, mesmo que se entenda ser imprescritível uma ação com tal escopo.<sup>100</sup>

É o que afirma Sérgio Gisckow Pereira, esclarecendo ter sido tal solução dada por Pontes de Miranda, comungando da mesma orientação J. M. de Carvalho Santos, Arnaldo Rizzardo e Belmiro Pedro Welter, entre outros nomes de influência nacional.

Conclui-se, diante desse raciocínio, que tanto a ação de contestação da paternidade (art. 1604) como a ação de impugnação ao reconhecimento (art. 1614), e até mesmo a ação de investigação de paternidade, são imprescritíveis, por serem ações de estado, sendo inviável, na atualidade, qualquer tipo de impedimento ou obstáculo na busca da verdade científica. Esse último critério é o que deve prevalecer, por ser considerado aquele que melhor revela a realidade acerca dos vínculos de parentesco, e o que mais se ajusta aos princípios da dignidade humana e do interesse prioritário do filho.

No que se refere ao reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, está disciplinado nos artigos 1607 e seguintes do novo Código Civil.

O art. 1609 reproduziu o art. 1º da Lei 8560/92, disciplinando o reconhecimento voluntário da filiação. Via de consequência, a Lei 8560/92 prossegue sendo usada apenas para regular o procedimento da averiguação oficiosa da paternidade, na forma do seu art. 2º.

E, na ausência do reconhecimento espontâneo (feito por iniciativa própria do reconhecedor) ou do reconhecimento voluntário (feito na forma da Lei 8560/92), continua sendo possível o reconhecimento forçado (via ação investigatória de

---

<sup>100</sup> PEREIRA, Sérgio Gisckow. Op. cit., p. 97.

paternidade, produzindo a sentença os mesmos efeitos do reconhecimento – art. 1616). Releva enfatizar que foram eliminadas todas as restrições que impediam o reconhecimento de certas categorias de filhos, existentes na legislação anterior, por serem inconstitucionais.

Nos demais artigos, o novo Código não trouxe maiores alterações, mantendo redação semelhante à do antigo Código, com a substituição de expressões discriminatórias por outras que melhor traduzem os novos fundamentos da contemporaneidade.

Destarte, pode-se dizer que o Código Civil de 2002 procurou assegurar a absoluta igualdade entre os filhos e a completa ausência de restrições para o estabelecimento da real paternidade biológica. Entretanto, ainda repetiu em demasia normas do Código de 1916, e deixou de disciplinar de forma mais detalhada os casos de procriação assistida, silenciando quanto à “posse de estado de filho”, forma mais verdadeira de constituição de relações paterno-filiais.<sup>101</sup>

### 3.2 O DECLÍNIO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA E A ASSUNÇÃO DA PATERNIDADE AFETIVA: art. 1.593 do CC/2002

Todo filho tem direito a ter um pai. No entanto, embora existisse certeza quanto à maternidade até pouco tempo (antes de surgirem os problemas derivados das procriações artificiais), a paternidade sempre foi considerada incerta.

Essa incerteza exigiu o estabelecimento de critérios de definição da paternidade, que variaram ao longo da História, de acordo com os interesses e as concepções de cada sociedade.

Já se viu que, por mais de vinte séculos, prevaleceu o critério da presunção *pater is est*, oriunda do direito romano, que solucionava perfeitamente a dúvida derivada dos segredos da procriação<sup>102</sup>, atribuindo ao marido da mãe a paternidade dos filhos desta. Como bem se expressou Eduardo de Oliveira Leite:

Que a fórmula era inteligente e imantada de significação não resta a menor

---

<sup>101</sup>Sobre a evolução normativa da família no ordenamento jurídico brasileiro, ver: STEIN, Thais Silveira. O estabelecimento da paternidade e a dignidade da pessoa nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 560/565.

<sup>102</sup> MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Op. cit., p. 159/160.

dúvida, tanto é que atravessou incólume os séculos e só começou a ser contestada quando do surgimento dos primeiros experimentos biomédicos. Antes, a presunção revelou-se suficiente e, praticamente, encontra respaldo normativo em quase todos os Códigos de orientação romanista.<sup>103</sup>

Essa fórmula, por ser prática e apresentar vantagens para o pronto estabelecimento da paternidade dos filhos resultantes de relações matrimoniais, ainda hoje se mantém nos ordenamentos jurídicos de inúmeros países, embora sem o rigor excessivo de épocas passadas.

No Brasil, a presunção *pater is est* era prevista no Código Civil de 1916 para atribuir legitimidade ao filho nascido de pais unidos pelo casamento, constituindo uma forma de proteção à paz e ao patrimônio das famílias legítimas patriarcais. Todos os outros filhos, nascidos fora do casamento, eram denominados ilegítimos, e enfrentavam sérias restrições quanto ao reconhecimento do vínculo parental. Por tal sistema, inviabilizava-se a correspondência entre a verdade jurídica e a verdade biológica, em muitos casos, criando-se obstáculos à descoberta da verdadeira paternidade.

Ao longo do século passado, fatores sociais e ideológicos contribuíram para suavizar o rigorismo demasiado de aplicação da regra *pater is est*, gerando a edição de leis esparsas, que visavam à inclusão de alguns filhos ilegítimos.

Mas foi com a Constituição de 1988 que se operou uma mudança radical na concepção da família, que passou a ser vista como um núcleo formado por pais e filhos, com iguais direitos e deveres, capaz de propiciar a realização e a felicidade de seus membros. Homens, mulheres e filhos passaram a merecer igualdade de tratamento, sendo priorizado o interesse dos menores, por serem pessoas em desenvolvimento. Consagrou-se a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, e aboliram-se as expressões classificatórias de filhos, diversificando-se as formas de constituição de família.

Leis posteriores vieram para regular os interesses de crianças e adolescentes (Lei 8.069/90) e para ampliar as possibilidades de reconhecimento da paternidade (Lei 8.560/92), adequando o sistema infraconstitucional ao novo modelo e aos novos princípios constitucionais. Aboliram-se as restrições ao reconhecimento de filhos extramatrimoniais, as desigualdades entre famílias legítimas e ilegítimas, e abriram-se novos horizontes para a proteção dos interesses maiores da criança e do

---

<sup>103</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 189.

adolescente. Passou-se a priorizar a busca pela origem genética, como forma de fixar a verdadeira paternidade.

Ao lado dessa tendência à democracia e à humanidade, expressa na Lei Maior, que alterou de forma radical a realidade da família, outro fenômeno contribuiu para que se passasse a supervalorizar os laços biológicos: o surgimento da biotecnologia, com técnicas precisas de descrição do genoma humano, o que viabilizou o conhecimento da origem humana.

Como conseqüência dos avanços científicos e tecnológicos, desenvolveram-se os testes de paternidade, que passaram a ser utilizados para determinar a filiação, com grau de segurança e de certeza quase absolutos. Essas técnicas “vão praticamente esvaziando a validade da presunção da paternidade, já que à velha fórmula *pater incertus*, substitui-se a novíssima noção de *pater et mater certa sunt*.”<sup>104</sup>

No início, os testes se limitavam a concluir, com certeza, pela exclusão da paternidade. No entanto, a rápida evolução da medicina genética levou à descoberta do revolucionário exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), que conduziu a uma probabilidade positiva de paternidade equivalente a 99,9999%, índice considerado cientificamente como uma certeza.<sup>105</sup>

O novo sistema tornou possível não apenas a identificação do pai de sangue de uma pessoa, sem deixar qualquer margem de dúvida, mas também a formação do vínculo com a mãe, embora essa última hipótese fosse mais rara.

Em pouco tempo o teste de DNA tornou-se o mais poderoso método de resolução dos casos de disputa de paternidade, com a vantagem de ser igualmente útil em outras áreas do direito, como no direito penal, servindo como meio de prova na apuração de homicídios, seqüestros, estupros, e trocas de bebês em maternidade, entre outros delitos.

Por ser apta a gerar certeza e transparência quanto aos vínculos genéticos dos envolvidos em demandas investigatórias, a nova tecnologia provocou transformação radical na esfera familiar e na sociedade. Até mesmo a jurisprudência passou a considerar que “a paternidade biológica deve preponderar sobre a

---

<sup>104</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 190.

<sup>105</sup> SANTOS, Silas Silva; NEGRÃO, Sonia Regina; GUIMARÃES, Angélica Bezerra Manzano. **Paternidade x Paternidade socioafetiva**; [www.direitodafamilia.net/listaartigo](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo), 26/12/2006; BOEIRA, Alfredo Gilberto. O perfil do DNA como prova judicial – uma revisão crítica. In: **Revista dos Tribunais**, p. 290/297.

paternidade jurídica”<sup>106</sup>, priorizando a verdade de sangue no interesse do filho.

Mas, se de um lado, o sistema clássico restringia as possibilidades de investigação da paternidade genética, como forma de proteger a “paz familiar”, impondo à sociedade uma verdade jurídica, de outro lado, passou-se a questionar se o vínculo biológico por si só seria suficiente para determinar a relação paterno-filial. Alguns autores passaram a falar em “sacralização” do exame de DNA, por estar sendo usado de forma abusiva e indevida, com excesso de valorização quanto aos laços biológicos, embora as relações entre pais e filhos não se encerrem unicamente no aspecto hereditário, devendo ser igualmente considerados os laços sociais, afetivos e jurídicos.

É verdade que, ao possibilitar a definição do vínculo biológico entre o filho e seu genitor, o exame de DNA garante as necessidades básicas do menor, de ordem pessoal (direito ao nome) e patrimonial (alimentos e sucessão), mas parece não ser suficiente para garantir o vínculo amoroso na relação paterno-filial, apresentando, portanto, efeito limitado.

Ao comentar a valoração dos testes de DNA, afirmou Maria Christina de Almeida:

É o momento para repensar a verdadeira sacralização e divinização de que se reveste, nos tempos atuais, o exame pericial do DNA, como se fosse uma prova milagrosa capaz de pôr termo a todos os problemas pertinentes à investigação de paternidade. É evidente que o exame pericial é útil e se mostra relevante no contexto probatório. Seria absurdo negá-lo, mas há que se estabelecer uma distância baseada no critério da razoabilidade entre reconhecer o exame como prova importante que traduz a evidência da paternidade, e transformar tal reconhecimento em divindade infalível, com poder de dar por encerrada toda e qualquer discussão.<sup>107</sup>

Algumas questões começaram a ser colocadas. Ainda que fosse possível a determinação da paternidade com confiabilidade absoluta, através das impressões digitais do DNA, seria ela recomendável em todos os casos? Aquele que forneceu o próprio esperma a banco de sêmen para ser utilizado em procriação artificial deve ser considerado como o verdadeiro pai da criança gerada a partir de seu material genético? Os laços biológicos são sempre mais importantes do que os laços

---

<sup>106</sup> Expressão utilizada por Jacqueline Filgueras Nogueira, ao comentar o voto do Ministro Athos Gusmão Carneiro em julgamento no STJ. (Op. cit., p. 82)

<sup>107</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Prova do DNA: uma evidência absoluta? In: **Revista Brasileira de Direito de Família** n° 2., p. 148.

culturais e afetivos? Quem é o verdadeiro pai de uma criança?<sup>108</sup> Qual a diferença entre pai e genitor?

Paulo Luiz Netto Lôbo, em estudo que delineou, com absoluta clareza e precisão, os contornos do direito ao estado de filiação e do direito ao conhecimento da origem genética, enfatizou que “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue.” E, ao comentar o critério do melhor interesse do filho para a solução do conflito entre a filiação biológica e a não-biológica, acrescentou:

O princípio inverte a ordem de prioridade: antes, no conflito entre a filiação biológica e a não-biológica ou socioafetiva, resultante da posse do estado de filiação, a prática do Direito tendia para a primeira, enxergando o interesse dos pais biológicos como determinantes, e raramente contemplando os do filho ... O (novo) princípio impõe a predominância do interesse do filho que norteará o julgador, o qual, ante o caso concreto, decidirá se a realização pessoal do menor estará assegurada entre os pais biológicos ou entre os pais não-biológicos. De toda forma, deve ser ponderada a convivência familiar, constitutiva da posse do estado de filiação, pois ela é prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227 da Constituição Federal).<sup>109</sup>

Esse mesmo posicionamento mostra Cláudia Lima Marques, que considera a verdade biológica como um dos aspectos dos direito da personalidade, não sendo suficiente para esclarecer a verdadeira paternidade. Refere a autora:

Desta análise retiramos que a submissão ao teste de DNA pode ser considerada uma regra pós-moderna, a privilegiar os direitos (de personalidade e fundamentais) da criança a uma identidade cultural e a saber sua origem. A bagagem genética é hoje parte da identidade de uma pessoa.<sup>110</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Luiz Edson Fachin argumenta:

Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que apenas laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade sócio-afetiva que se capta juridicamente na expressão da posse de estado de filho. Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no

---

<sup>108</sup> Ver, nesse sentido, o estudo feito por BRUNO, Denise Duarte. O nome do pai. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org.). **Direito de Família: diversidade e multidisciplinariedade.**, p. 161, em que ela discorre sobre as formas de desempenho do papel parental, e a formação dos vínculos de parentalidade, distinguindo o pai do genitor; e, ainda, artigo específico sobre o tema de LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 61 e ss.

<sup>109</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 513 e 517.

<sup>110</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em direito brasileiro – direito pós-moderno à descoberta da origem? In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 45.

tratamento (quer em público, quer na intimidade do lar) revelam no comportamento a base da paternidade. A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética, que deveria pressupor aquela e serem coincidentes.<sup>111</sup>

E conclui Eduardo de Oliveira Leite:

A relação paterno-filial é extremamente complexa e movediça; não se esgota na fragilidade de um momento capaz de decidir toda uma vida, ou na fecundação do óvulo pelo espermatozóide; ela é experiência de vida, ela evolui e se desdobra com a vida, de acordo com as modalidades constantemente imprevisíveis, cuja única constância, precisamente, é a imprevisibilidade.<sup>112</sup>

Seguindo a tendência manifestada na mais recente doutrina estrangeira,<sup>113</sup> no sentido de valorizar a filiação sociológica, com a predominância dos fatos sobre a verdade científica, diversos autores nacionais debruçaram-se sobre os estudos da família socioafetiva e da repersonalização do direito de família, alertando sobre a complexidade e a extensão dos temas.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais.**, p. 178.

<sup>112</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 193.

<sup>113</sup> Destacam-se os trabalhos levados a efeito na Université Catholique de Louvain, sob a coordenação de Christiane HENNAU-HUBLET e Bartha Maria KNOPPERS, reunindo aspectos médico-científicos, éticos e jurídicos sobre o emprego dos testes de DNA como meio de prova em juízo (**L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme.**), em que as referidas autoras, em artigo intitulado "*La preuve génétique et les droits de l'homme: des points de méditation ?*" sintetizam: "Bref, toute réflexion inhérente aux tests d'identification génétique à des fins de filiation nous ramène à la primauté de l'intérêt de l'enfant. Verité, efficacité et justice en droit de la filiation impliquent donc un remaniement et une réinterprétation du droit positif, mais surtout une meilleure compréhension de la dynamique des relations familiales et du droit de l'enfant à une vie familiale sécuritaire et affective." "Enfim, toda reflexão inerente aos testes de identificação genética para fins de filiação nos conduz à primazia do interesse da criança. Verdade, eficácia e justiça em direito da filiação implicam, portanto, em uma modificação e uma nova forma de interpretação do direito positivo, mas sobretudo numa melhor compreensão da dinâmica das relações familiares e do direito da criança a uma vida familiar com segurança e afetividade." Não é demais apontar, entre outros, os estudos realizados por ocasião de Encontro sediado em Dijon, em 1996, para discutir, com profissionais de várias áreas, a função do pai nas famílias contemporâneas, visando à proteção e à saúde da família e da infância. As conferências resultaram na publicação da obra "*Du père à la paternité*", sob a coordenação de Monique TRICOT e de Marie-Thérèse FRITZ, e a idéia filosófica resultante desses estudos pode ser resumida em expressão de Marcel Pagnol, lembrada pelo prof. E. LOQUIN, em seu artigo ("*Le père en droit positif français*"): "Quand il est né, il pesait quatre kilos... de la chair de sa mère. Mais aujourd'hui, il pèse neuf kilos, et tu sais ce que c'est que ces cinq kilos de plus ? C'est cinq kilos d'amour. Comment! mais Nom de Dieu, qui est le père? Celui qui a donné la vie ou celui qui a payé les biberons? - Le père, mon petit, c'est celui qui aime". "Quando ele nasceu, ele pesava quatro quilos...da carne de sua mãe. Mas hoje ele pesa nove quilos, e tu sabes o que significam esses cinco quilos a mais? São cinco quilos de amor. Como! mas, em nome de Deus, quem é o pai? Aquele que deu a vida ou aquele que pagou as mamadeiras? O pai, meu pequeno, é aquele que ama." Merecem, ainda, ser mencionados, entre outros, os autores portugueses Guilherme de OLIVEIRA (Op. cit.). Orlando de CARVALHO (**A Teoria Geral da Relação Jurídica: seus sentidos e limites.**); e José da Costa PIMENTA (Op. cit.).

<sup>114</sup> Entre nós, além dos autores já apontados, estão Maria Christina de ALMEIDA (**DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana.**); Belmiro Pedro WELTER (**Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.**);

A tendência, em nossos dias, é a de valorizar a paternidade socioafetiva, quando conflitante com a paternidade biológica, por ser aquela que melhor atende ao interesse do filho. Pai é aquele que ama, educa, ampara, protege, cuida, impõe limites, que é responsável e supre, enfim, as necessidades materiais e psicológicas do filho. Sua ausência pode desestruturar o filho. O verdadeiro pai cria uma história de vida ao lado do filho, estabelecendo com ele vínculos que não se desfazem. Dá ao filho segurança, carinho e proteção, tanto nos momentos de alegria como nos momentos de tristeza. É presente na vida do filho, e ocupa seu lugar simbólico de pai. “Esse vínculo, por certo, nem a lei nem o sangue garantem”.<sup>115</sup>

Na base da verdadeira paternidade (socioafetiva), está o desejo do pai de assumir seu papel, a sua vontade desinteressada, declarada e vivida, de assumir a criança. Trata-se de reconhecimento voluntário, não imposto, aquele que realmente interessa e beneficia o filho.<sup>116</sup>

Importa salientar que esse vínculo sociológico, em muitos casos, coincide com o liame biológico e com o liame jurídico que unem pais e filhos (quando o marido da mãe é o autor genético da fecundação e trata a criança como filho). As dúvidas surgem, na prática, quando não se verifica essa correspondência. E, nesse caso, a solução deve ser indicada pelo Direito, segundo os valores e modelos de cada sociedade. Daí a importância de se elaborar uma atenta e profunda reflexão a respeito dos limites de aplicação dos testes de identificação científica, sob o ponto de vista dos princípios fundamentais, dos direitos humanos e, em especial, do interesse prioritário do menor.

Privilegiar o exclusivo critério biológico, sem levar em conta a realidade sociológica, seria um lamentável retorno ao passado, à época em que mais importava dar ao filho um genitor do que um verdadeiro pai que o desejasse e amasse.<sup>117</sup>

---

Gustavo TEPEDINO (Op. cit.); Sérgio Gischkow PEREIRA (Op. cit.); Rodrigo da Cunha PEREIRA (Op. cit.); Jacqueline Filgueras NOGUEIRA (Op. cit.), João Baptista VILLELA (O modelo constitucional de filiação: verdade e superstições. In: **Revista Brasileira de Direito de Família n° 2.**), entre outros.

<sup>115</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 84.

<sup>116</sup> MEULDERS-KLEIN, M. T. Op. cit., p. 182.

<sup>117</sup> HENNAU – HUBLET, Christiane, et KNOPPERS, Bartha Maria. Op. cit., p. 430: “Si la vérité biologique semble s'être forgée une place au sein de nos législations entre une stabilité assurée et une vérité tempérée, la question se pose néanmoins de savoir dans quelle mesure la technique de l'identification génétique ne remet en cause, ou ne risque de remettre en cause près de vingt ans d'évolution favorable à l'émergence d'une reconnaissance de la filiation sociale. Ainsi, même si le droit s'arroge la faculté de reconnaître la vérité scientifique quand il estime nécessaire, tendre exclusivement vers cette fin n'est pas le maître-mot vu le besoin de s'assurer de la stabilité socio-affective de l'enfant. Pour cette raison, reconnaître de façon illimitée les tests



Por outro lado, tanto na adoção como nas procriações artificiais mostra-se mais relevante o afeto do que o vínculo de sangue, pois nas duas hipóteses a paternidade se assenta na vontade livre e pensada daquele que deseja o filho. Nesses casos, formam-se vínculos poderosos entre pais e filhos, baseados em responsabilidade e afeto, o que muitas vezes não ocorre quando o filho biológico não é desejado.<sup>118</sup>

Por tal razão, observa-se forte tendência hoje, nos países de cultura ocidental, em dar predominância à posse de estado de filho <sup>119</sup>, na busca da real

---

d'ADN et les privilégier à d'autres paramètres parviendraient à nous ramener à une conception ancestrale de la famille." Se a verdade biológica parece ter conquistado um lugar no centro das nossas legislações, entre uma estabilidade garantida e uma verdade moderada, coloca-se, todavia, a questão de saber em que medida a técnica de identificação genética não questiona, ou não leva a questionar, quase vinte anos de evolução favorável ao desenvolvimento de um reconhecimento da filiação social. Assim, ainda que exista a possibilidade jurídica de reconhecer-se a verdade científica quando necessário, direcionar-se exclusivamente nesse sentido parece não ser a solução mais indicada, tendo em vista a necessidade de assegurar-se a estabilidade socioafetiva da criança. Por esse motivo, o reconhecimento ilimitado da validade dos testes de DNA e o privilégio de seus resultados, acima de outros parâmetros de avaliação do vínculo de parentesco, nos reconduziria a uma concepção ancestral da família.

<sup>118</sup> Jacqueline Filgueras NOGUEIRA, ao afirmar que a filiação adotiva é o maior exemplo de que a filiação deve ser alicerçada no amor, e não apenas em laços biológicos, assim se expressa: "É assim, a adoção, a prova mais cabal de que não é o vínculo consanguíneo, unicamente, que deve ser levado em conta, mas também a realidade da afeição, do amor sedimentado na convivência, na assistência, na amizade, na simpatia; a paternidade adotiva é a mais pura expressão de veracidade, é o amor por excelência, é a filiação querida e vivida". (Op. cit., p. 91). Convém lembrar, ainda, a lição de Gustavo TEPEDINO, ao apreciar a filiação assistida à luz do direito civil – constitucional, sintetizando as controvérsias entre verdade biológica e verdade afetiva da seguinte forma: "Daí decorre que, uma vez estabelecidas a paternidade e a maternidade de quem encomendou, voluntária e deliberadamente, material genético, pouco importará a origem genética do sêmen doado, para efeito de estabelecimento da filiação – a doação, como visto acima, não acarreta qualquer vínculo parental. A autorização para a procriação assistida, portanto, prova o vínculo de parentalidade, determinando quem são os genitores, por vínculo não sangüíneo, e do mesmo modo, como na adoção plena, cancela-se a origem biológica em favor da integral recepção voluntária na família adotiva (art. 46, §3º, da lei nº 8069/90)." (Op. cit., p. 474/475).

<sup>119</sup> Ao discorrer sobre o conceito de posse de estado de filho, M. T. MEULDERS-KLEIN (Op. cit., p. 201/203) registrou a célebre trilogia que constitui seus elementos principais: *nomem* (o fato de alguém ostentar o sobrenome do pai), *"fama"* (o fato de ser reputado como filho no meio social), e *tractatus* (o fato de ser tratado pelo pai como filho), trazendo ainda duas citações de DEMOLOMBE que bem caracterizam a posse de estado, conforme concebida no direito francês: "la possession d'état, écrit-il, est une véritable reconnaissance. Lorsqu'un homme a constamment et publiquement traité un enfant comme le sien, lorsqu'il l'a présenté comme tel dans sa famille, dans la société, lorsqu'il lui a donné son nom, lorsqu'il a, en qualité de père, toujours pourvu à ses besoins, à son entretien, cette reconnaissance n'est pas consignée dans un acte. Tout ce qu'il faut conclure, c'est qu'elle est plus complète et plus décisive encore". "a posse de estado, ele escreve, é um verdadeiro reconhecimento. Desde que um homem tenha tratado constante e publicamente uma criança como sua; desde que ele a tenha apresentado como tal na sua família, na sociedade; desde que ele tenha dado a ela o seu nome; desde que ele tenha sempre, na qualidade de pai, suprido às suas necessidades, à sua subsistência; e que esse reconhecimento não tenha sido consignado em um registro público. O que importa concluir é que ele é ainda mais completo e mais decisivo." E, para provar as vantagens da posse de estado sobre a filiação jurídica: "Le titre ne prouve pas l'identité: la possession d'état la prouve nécessairement. Le titre est l'ouvrage d'un moment, d'un aveu instantané qui peut être le fruit de la surprise ou des obsessions: la possession d'état est une reconnaissance continue, persévérante, de tous les jours, de tous les instants, offrant aussi au plus haut point toutes les garanties possibles de liberté et de sincérité. Le titre est le plus souvent ignoré, secret; la possession d'état est une reconnaissance publique, notoire, qui a pour témoin la famille, la société toute entière" "O registro não prova a identidade: a posse de estado a prova necessariamente. O registro é obra de um momento, de uma confissão momentânea, que pode ser fruto de uma surpresa ou de obsessões: a posse de estado é um

filiação, em sua dimensão cultural, social e afetiva, que decorre da estabilidade dos laços construídos a cada dia entre pais e filhos.

Essa mesma orientação já se faz sentir na doutrina e na jurisprudência nacionais, existindo reiteradas decisões, em especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, atribuindo maior valor ao vínculo sociológico como forma de proteger o interesse do menor.<sup>120</sup> Entre outras, podem ser citadas as seguintes: RJTJRGs, 196/236; 221/334; 248/229; AC 70025630468, da Sétima Câmara Cível, proferida em 22-01-2009, em que foi Relator Ricardo Raupp Ruschel; AC 70024957607, da Oitava Câmara Cível, proferida em 11-12-2008, em que foi Relator Rui Portanova; AC 7003354669, da Oitava Câmara Cível, proferida em 29-11-2001, em que foi Relator José Ataídes Siqueira Trindade; AI 599296654, da Sétima Câmara Cível, proferida em 18-08-1999, em que foi Relator Luiz Felipe Brasil Santos; AC 70011086956, da Oitava Câmara Cível, proferida em 05-05-2005, em que foi Relator José Ataídes Siqueira Trindade; AC 70024811614, da Sétima Câmara Cível, proferida em 18-02-2009, em que foi Relator André Luiz Planella Villarinho; AC 70041057712, da Sétima Câmara Cível, proferida em 13-07-2011, em que foi Relator André Luiz Planella Villarinho; AC 70041923061, da Oitava Câmara Cível, proferida em 28-07-2011, em que foi Relator Luiz Felipe Brasil Santos<sup>121</sup>; e AC 70040230336, da Sétima Câmara Cível, proferida em 25-05-2011, em que foi Relator André Luiz

---

reconhecimento contínuo, perseverante, de todos os dias, de todos os momentos, oferecendo também em grau máximo todas as garantias possíveis de liberdade e de sinceridade. O registro é normalmente ignorado, secreto; a posse de estado é um reconhecimento público, notório, que tem por testemunhas a família, a sociedade inteira.”(Demolombe. **Cours de droit civil.**, p. 459). Também tendem a dar lugar de destaque à posse de estado de filiação, em suas legislações, outros países como a Bélgica, a Espanha, a Itália, a Argentina, Portugal, Uruguai e Rússia, entre outros (BOSCARO, Márcio Antonio, Op. cit., p. 22/59. BOEIRA, José Bernardo Ramos. Op. cit., p. 95/105).

<sup>120</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., p. 85/86. MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 56/60. BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito n. 27.**, p. 72/73.

<sup>121</sup> APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILHO. VÍCIO DE VONTADE NÃO COMPROVADO. IRREVOGABILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONFIGURADA. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável e irretroatável, e não cede diante da inexistência de vínculo biológico. A ausência da origem genética, por si só, não basta para desconstituir o vínculo voluntariamente assumido. 2. A relação jurídica de filiação é construída também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue. Inteligência do art. 1.593 do Código Civil. 3. O reconhecimento voluntário de paternidade, com ou sem dúvida por parte do reconhecente, é irrevogável e irretroatável (arts. 1609 e 1610 do Código Civil), somente podendo ser desconstituído mediante prova de que se deu mediante erro, dolo ou coação, vícios aptos a nulificar os atos jurídicos em geral. Considerando que a instrução não trouxe qualquer elemento que corroborasse a tese de erro, ou outro vício qualquer de vontade, prevalece a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário de paternidade. Precedentes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70041923061, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/07/2011)

Planella Villarinho.

Convém igualmente citar reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça que comprovam estar a filiação socioafetiva plenamente recepcionada pela jurisprudência nacional, com fundamento nos direitos da personalidade e nos princípios da proteção integral da criança e do adolescente e da igualdade da filiação. Entre outras decisões, estão as seguintes: RESp. 1000356, de 25-05-2010, de lavra da Min. Nancy Andrighi, publicado no DJe de 07-06-2010, e na LEXSTJ, Vol. 251, p. 125; RESp. 709608, de 05-11-2009, de lavra do Min. João Otávio de Noronha, publicado no DJe de 23-11-2009, e na RT, Vol. 893, p. 194; RESp. 234833, de 25-09-2007, de lavra do Min. Hélio Quaglia Barbosa, publicado no DJ de 22-10-2007.

O fundamento de tais decisões encontra-se nos artigos 1º, III, e 227, da Constituição Federal de 1988, que trazem os princípios da dignidade da pessoa humana e da absoluta prioridade à convivência familiar do menor.

A paternidade socioafetiva já foi igualmente recepcionada em nosso ordenamento jurídico através da aprovação do Enunciado nº 256 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal na III Jornada de Direito Civil, assim redigido: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”

Alguns autores e julgadores tentam, ainda, fundamentar a paternidade socioafetiva nos artigos 1.593 e 1.605, II, do Código Civil de 2002, interpretando-os em consonância com as normas constitucionais. Entendem que, ao mencionar a expressão “ou outra origem”, o art. 1.593 estaria abrangendo as relações socioafetivas.<sup>122</sup> E, ao se referir a “veementes presunções de fatos já certos”, o inciso II do art. 1.605<sup>123</sup>, da mesma forma, estaria prevendo a posse de estado de filiação, situação de fato cuja idéia é bastante remota, pois já era usada por sociedades arcaicas, quando ainda não havia sido criado o sistema de registro de nascimentos.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> A idéia será melhor trabalhada na seção seguinte, ao tratarmos das novas formas de presunção da paternidade.

<sup>123</sup> Código Civil de 2002:

“Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”

“Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.”

<sup>124</sup> BRAUNER, Maria Claudia Creso. Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. In: **Revista da AJURIS** nº 78, , p. 205. E, ainda, MEULDERS-KLEIN, M. T., Op. cit., p. 201.

A argumentação parece válida, na medida em que procura suprir de alguma forma a omissão do novo Código Civil, que não contemplou expressamente a posse de estado de filho (ao contrário do que já ocorreu em países europeus), buscando uma interpretação mais adequada aos princípios constitucionais.

Releva notar, contudo, haver discordância de certos juristas quanto a essa construção hermenêutica, o que evidencia a necessidade de urgente regulamentação da matéria, que introduza, de forma objetiva, a filiação sociológica em nosso ordenamento jurídico.

Sérgio Gisckow Pereira, mesmo entendendo ser razoável a forma de interpretação dos dispositivos legais apontados, menciona que:

Não custa, entretanto, para fazer o contraponto, lembrar o seguinte: a) a expressão “ou outra origem”, sabidamente, para quem conhece o processo de sua elaboração (do Código de 2002) no Congresso Nacional, queria aludir à inseminação artificial heteróloga (art. 1597, inciso V) e não ao critério socioafetivo; b) o art. 1605, inciso II, reproduz o art. 347, inciso II, do Código de 1916, e este não queria introduzir o critério socioafetivo no direito brasileiro.<sup>125</sup>

De qualquer forma, pode-se afirmar que o critério socioafetivo já está incorporado ao direito pátrio, através da doutrina e da jurisprudência, que mostram uma linha contemporânea de interpretação das normas de direito de família, buscando sua compatibilização com os princípios e direitos fundamentais que norteiam o nosso sistema jurídico.

### 3.3 AS NOVAS FORMAS DA PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE: art. 1.597 do CC/2002

Conforme antes referido, após tramitar por 26 anos no Congresso Nacional, foi finalmente sancionada, pelo Presidente da República, a Lei nº 10.406/2002, que instituiu o novo Código Civil.

Devido à sua longa tramitação e à manutenção de praticamente a mesma estrutura do Código Civil de 1916, não faltaram críticas ao novo texto, que foi rapidamente taxado de velho, ultrapassado e incompleto, por operadores do direito.

---

<sup>125</sup> PEREIRA, Sérgio Gisckow. Op. cit., p. 86. Também corrobora essa afirmativa Márcio Antonio BOSCARO (Op. cit., p. 158/166).

Todavia, essas críticas mostram-se em grande parte descabidas, pois, ao longo de sua tramitação, inúmeras emendas foram incluídas no Projeto, no sentido de aperfeiçoar e atualizar a redação inicial.<sup>126</sup> Por outro lado, não havia a pretensão de incluir, no sistema de um código, questões de alta especificidade técnica, ainda pendentes de maior amadurecimento e de estudos mais aprofundados, inclusive de outras áreas do conhecimento. Por tal motivo, “foram deixados de lado assuntos momentosos como banco de sêmen, comodato de útero, adoção de ovos, clonagem humana, transgenia, homossexualismo, transexualismo, internet, etc.”<sup>127</sup> Temas como esses, por não se revestirem da estabilidade característica de um código, deveriam ser objeto de leis especiais, tal como ocorre nos países desenvolvidos.

A idéia da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, sob a coordenação do culto jurista Miguel Reale, era a de manter, sempre que possível, as disposições do Código de 1916, como forma de preservar o patrimônio jurídico existente no país, incorporando ao texto os valores e princípios da atualidade, e alterando unicamente os dispositivos que demonstrassem falta de correlação com os ideais da sociedade contemporânea e com o desenvolvimento decorrente das novas conquistas científicas. Com efeito, entre as diretrizes assentadas para a elaboração dos trabalhos estava a de:

[...]somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam do Código Civil.<sup>128</sup>

Sendo assim, percebe-se ter sido consciente a decisão de preservar aquilo o que ainda havia de válido no sistema anterior, como forma de manter o “acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu”<sup>129</sup>, incluindo no Projeto os novos valores sociais, culturais e constitucionais da nação, mas dentro de certos

---

<sup>126</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 196/197. Enfatiza o autor, ao comentar as críticas ao novo Código Civil: “Por outro lado, o fato de a aprovação do Código Civil pelo Congresso Nacional ter demorado 26 anos não significa que, durante todo esse tempo, não tenham ocorrido incessantes atualizações, tanto na Câmara dos Deputados – onde cerca de 1.100 emendas foram objeto de magnífico relatório do Deputado Ernani Satyro – como no Senado Federal, várias alterações devidas a sugestões dos membros remanescentes da originária Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, como se deu comigo, pois continuei a prestar colaboração ao Poder Legislativo.” E mais adiante acrescenta: “É absurdo, por conseguinte, proclamar-se a inatualidade do novo Código Civil somente por ter havido tanta demora em sua aprovação final.”

<sup>127</sup> GIORDANO, João Batista. Op. cit., p. 184.

<sup>128</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 36.

<sup>129</sup> REALE, M. Idem., p. 35.

limites, ou seja, sem inserir questões que pendessem de maiores estudos.

Como bem observou Eduardo de Oliveira Leite, “A redação de um novo Código não acarreta a destruição de tudo que existia e, muito menos, a implosão de princípios que, natural, legítima e justificadamente sempre caracterizaram e regeram a sociedade brasileira.”<sup>130</sup>

Nesse sentido, pode-se afirmar que o novo Código Civil, apesar de conter lacunas e imperfeições – o que seria praticamente impossível evitar, diante da extensão e da grandeza da obra – alcançou as metas gerais traçadas pela sociedade brasileira, atualizando conceitos e valores fundamentais, e reunindo num só corpo legislativo todo o direito civil e empresarial.

É importante lembrar que o Direito de Família sofreu profundas transformações ao longo do século XX, o que provocou crescente número de leis esparsas que, ao final, não mais apresentavam coerência entre si, dificultando o trabalho dos profissionais da área. A situação agravou-se ainda mais com o advento da Constituição Federal de 1988 que, em apenas dois artigos (arts. 226 e 227), revogou praticamente todo o Livro de Família do antigo Código. Assim, havia necessidade urgente de recodificar e sistematizar a matéria, com observância dos novos princípios e da nova realidade social brasileira.

O Código de 2002, portanto, reorganizou o Direito de Família, em seu Livro IV, assimilando conceitos contemporâneos, já consolidados na doutrina e na jurisprudência, e alterando velhos dispositivos que caíram em desuso.

Mas o Código foi ainda mais longe, ao introduzir em nosso ordenamento jurídico uma nova fonte de parentesco (através do art. 1.593) e novas formas de presunção da paternidade (no art. 1.597, incisos III, IV e V), resultantes de procriações artificiais (homóloga ou heteróloga).

Ao dispor que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, o art. 1.593 afirmou a possibilidade de formação de novo vínculo de parentesco civil, decorrente da vontade, além daquele resultante da adoção, e do parentesco natural que se estabelece pelos laços de sangue. Essas duas últimas fontes de parentesco sempre existiram no nosso sistema jurídico, pois o Código de 1916 já previa a formação de vínculos paterno-filiais por laços de sangue ou pela adoção. E, pouco antes da aprovação do Projeto, o art. 1.593,

---

<sup>130</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade: considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito.**, p. 18.

reproduzindo a parte final do antigo art. 332, estava assim redigido: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consangüinidade ou adoção.”

A expressão “outra origem”, que substituiu a palavra “adoção” do texto original do Projeto, foi incluída por proposta do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM<sup>131</sup>, na fase final de sua tramitação, para incluir no sistema codificado as relações de parentesco derivadas da prática de inseminação artificial heteróloga, que já vinha sendo utilizada no país. A permanecer a redação anterior, os filhos oriundos de procriação assistida heteróloga “não teriam relação de parentesco possivelmente nem sequer com o marido da mãe (e com os parentes deste), o que configuraria evidente absurdo”, observou o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos<sup>132</sup>.

Por outro lado, como bem lembrou Sérgio Gischkow Pereira<sup>133</sup>, esse mesmo dispositivo (1.593), juntamente com o art. 1.605, inc. II, já vem sendo invocado para reconhecer a socioafetividade em nosso sistema, embora não fosse a intenção do legislador que, como se sabe, ao incluir a expressão “outra origem”, pretendia contemplar a inseminação artificial heteróloga.

Deste modo, como decorrência do disposto no art. 1.593 do novo Código, e da interpretação que vem sendo dada ao seu enunciado, conclui-se que a filiação pode ser atualmente classificada em: consangüínea (incluindo os filhos originados da concepção e aqueles havidos por inseminação artificial homóloga), ou civil

---

<sup>131</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 281/282. Ao tecer comentários sobre o histórico do art. 1.593, o autor reproduziu trecho de obra lançada após o III Congresso Brasileiro de Direito de Família, apresentando sugestões para aperfeiçoar dispositivos do Código, em especial a respeito das relações de parentesco, assim redigido: “Vale ressaltar que, a despeito da aprovação do texto projetado pelo Congresso Nacional, na redação do art. 1.593, algumas questões terão que ser enfrentadas, especialmente relacionadas às novas fontes dos vínculos de filiação que, logicamente, por serem espécies de relações de parentesco, produzem outros vínculos com os parentes em linha reta e em linha colateral dos pais, ainda que não fulcrados na consangüinidade ou na adoção. Vislumbra-se, sobre o tema, o nascimento de criança fruto de técnica de reprodução assistida com a utilização de material genético de terceiro que não do casal que resolveu se socorrer de tal técnica. É descabida a afirmação de que, nesses casos, o vínculo de parentesco existirá apenas entre os pais e o filho, pois se assim se pensar, haverá direta afronta à igualdade entre os filhos daquele casal, o que se afigura inconstitucional, restaurando regra espúria anteriormente contida no art. 336 do atual Código Civil, que somente estabelecia parentesco civil entre adotante e adotado.”

<sup>132</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A inseminação artificial heteróloga na união estável.** <[http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=55](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=55)> acessado em 26/12/2006, às 22h.

<sup>133</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., p. 86. Afirma o autor não ter sido inserido no sistema do novo Código o critério socioafetivo, vislumbrando-se hoje o esforço de alguns juristas e magistrados no sentido de detectá-lo nos arts. 1.593 e 1.605, II, através de interpretação mais ampla. Acrescenta que “são argumentos razoáveis, mesmo porque, ainda fosse outra a intenção do legislador, pela moderna hermenêutica, a lei, após editada, se desapega da vontade de quem a elaborou, mais importando a interpretação consoante o art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil.”

(resultante da vontade, calcada no afeto, incluindo os filhos adotivos, os socioafetivos e os havidos por inseminação artificial heteróloga).

Trata-se de importante inovação incluída no corpo do Código pelo legislador, que soube compreender, ainda que à véspera de sua aprovação, as conseqüências das novas técnicas de reprodução assistida no âmbito do direito de família e da filiação.

O art. 1.593, em conjunto com o art. 1.597, incisos III, IV e V, fazem referência, pela primeira vez em nosso sistema codificado, às procriações artificiais, incitando intérpretes e juristas a mergulharem no estudo da bioética e a repensarem antigos conceitos de parentalidade e de presunção dos vínculos de filiação.<sup>134</sup>

Com efeito, o art. 1.597 complementando o art. 1.593, trata de forma mais clara e específica as questões referentes à fecundação ou inseminação artificial homóloga e heteróloga, ao presumir a paternidade dos filhos resultantes dessas novas técnicas de reprodução humana dispondo que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

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

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

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

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.<sup>135</sup>

<sup>134</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 20/21. Nesse sentido, refere o autor: “O ineditismo da nova proposta codificada não só revela o quanto o Direito se encontrava defasado no tempo e no espaço, em relação às novas revoluções científicas, 'demonstrando quão frágil é a estrutura de uma ciência que se passava por sólida, duradoura e inquestionável', como já afirmáramos em 1995, mas – o que é mais importante – faz eco ao disposto no importantíssimo artigo 1.593 (“O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”) revelando ao jurista um dado negligenciado e que está a exigir a sua real avaliação: a paternidade não se estabelece exclusivamente sobre um suporte biológico, como sempre se entendeu, mas também sobre um suporte psicossocial. Diante do novo quadro que começa a se esboçar, os adágios *mater semper certa est* e *pater semper incertus est* tornam-se relativos, conduzindo o jurista e os aplicadores da lei a se interrogar sobre a validade de certos princípios tidos como adquiridos.”

<sup>135</sup> Convém mencionar que, na Jornada I, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foram propostas mudanças de interpretação quanto ao artigo mencionado. Uma delas refere-se à mudança de terminologia das expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e inseminação artificial”, constantes nos incisos III, IV, e V do art. 1.597 do CC, que deveriam ser interpretadas como “técnicas de reprodução assistida”. Segundo Edison Tetsuzo NAMBA (**Manual de Bioética e Biodireito.**, p. 121), “As técnicas de reprodução assistida são basicamente de duas ordens: aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vivo*, ou seja, no próprio organismo feminino, e aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vitro*, ou seja, fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório, após o recolhimento dos gametas masculino e feminino. As expressões ‘fecundação artificial’ e ‘concepção artificial’, utilizadas nos incs. III e IV, são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meio das técnicas de reprodução assistida é natural, com auxílio



Os dois primeiros incisos repetem a antiga presunção de paternidade resultante da convivência conjugal, que vinha expressa no art. 338 do Código Civil de 1916, e que hoje deve ser interpretada como relativa, admitindo ampla possibilidade de contestação. Nos outros três incisos, estão previstas as novas formas de presunção da paternidade, decorrentes das modernas técnicas de procriação em laboratório, dissociadas da tradicional concepção, que partia da certeza quanto à maternidade para após presumir a paternidade.

A revolução gerada pelo avanço das ciências médicas e biológicas tornou relativa até mesmo a antiga certeza da maternidade, ao possibilitar a intervenção no processo de procriação humana, permitindo a fecundação e a formação de embriões fora do útero, a utilização de material genético (óvulos ou espermatozoides) por muitos anos, a doação ou transferência de embriões para o corpo de outras mulheres, entre outros procedimentos antes inexistentes. Temas como esses vêm impondo aos juristas reflexões mais profundas sobre a transformação da família e do sistema de parentalidade no mundo contemporâneo, e estão a exigir regulamentação completa e detalhada através de lei especial, além de melhor adequação de outros dispositivos legais à inovação trazida pelo art. 1.597 do novo Código Civil.<sup>136</sup>

O art. 1.597, inciso III, dispõe ser presumida a paternidade decorrente de inseminação artificial homóloga, “mesmo que falecido o marido”.

Homóloga é a procriação realizada com gametas do casal, em que a mulher recebe sêmen do próprio marido ou companheiro. E, nesse sentido, a norma não gera maiores problemas, eis que apenas admite o uso de técnica artificial de

---

técnico, é verdade, mas jamais artificial. Além disso, houve ainda imprecisão terminológica no inc. V, quando trata da inseminação artificial heteróloga, uma vez que a inseminação artificial é apenas uma das técnicas de reprodução *in vivo*; para fins do inciso em comento, melhor seria a utilização da expressão ‘técnica de reprodução assistida’, incluída aí todas as variantes das técnicas de reprodução *in vivo* e *in vitro*. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Maria de Andrade. Código Civil comentado e legislação extravagante, p. 764-765)”.

<sup>136</sup> GAMA, Guilherme Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.**, p. 272/295. O autor faz estudo comparativo detalhado entre o novo Código Civil, o ECA e a Constituição Federal, argumentando que, diante da introdução, no sistema codificado, das novas formas de parentalidade resultantes da engenharia genética, vários outros dispositivos deveriam ter sido modificados antes da aprovação do Código, o que não ocorreu, ocasionando lacunas e incorreções. Diante dessa irregularidade, sugere formas de interpretação, no sentido de compatibilizar os textos dentro de um único sistema, que alargou as formas de estabelecimento do parentesco civil. Ver também, do mesmo autor: GAMA, Guilherme Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga.**

procriação para viabilizar o desejo de ter filhos de casal estéril, e a formação de família, garantindo um parentesco biológico.

Conforme assevera Eduardo de Oliveira Leite:

A inseminação artificial homóloga não tem encontrado maiores objeções, tanto no ambiente médico, como no mundo jurídico, porque independentemente da intervenção de um terceiro na intimidade do casal é encarada como um serviço que a medicina presta à vida humana.<sup>137</sup>

No entanto, a parte final do dispositivo, ao admitir a fecundação mesmo após o falecimento do marido, provoca questionamentos quanto à forma e ao prazo de utilização do sêmen, e de ordem sucessória.

Paulo Luiz Netto Lôbo entende que deve haver autorização expressa deixada pelo marido, para a utilização de seu sêmen após o óbito. A utilização não consentida do sêmen afastaria a presunção de paternidade, por equiparar-se à situação do doador anônimo.<sup>138</sup> Também nesse sentido é o Enunciado 106 do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, que exige autorização escrita do marido para a utilização de seu sêmen após a morte.

Por outro lado, haveria a necessidade de fixar-se um prazo para a utilização do sêmen do marido, pela mulher viúva, sob pena de abrir-se a possibilidade de ocorrência das mais variadas e imprevisíveis situações ainda não regulamentadas, e de difícil solução.<sup>139</sup>

Questão polêmica é a referente ao direito sucessório, uma vez que o filho resultante dessa técnica ficaria impossibilitado de participar do inventário dos bens deixados por seu pai, já que sequer existia como nascituro na época do falecimento deste.

Para alguns juristas, a questão deve ser solucionada à luz das normas do direito sucessório, sem olvidar que a intenção do legislador sempre foi a de facilitar a

---

<sup>137</sup> LEITE, Eduardo de oliveira. Op. cit., p. 28.

<sup>138</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado.**, p. 50/51.

<sup>139</sup> É importante lembrar a opinião contrária de renomados juristas a respeito da utilização da técnica de inseminação *post mortem*, por se tratar de procedimento contrário ao maior interesse do menor. Nesse sentido, ver: LEITE, Eduardo de Oliveira. Inseminação post mortem e a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina: do Equívoco Ético ao Comprometimento Jurídico. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. (Org.) **Bioética e Direitos Fundamentais.**, p. 187-207. Segundo o autor, “A possibilidade da inseminação homóloga é plenamente válida, tanto no mundo científico quanto no jurídico, porque minorando a tragédia da esterilidade é capaz de dar filhos a quem a natureza os negou. Mas sua validade decorre de um projeto parental que inexistia na inseminação *post mortem*, quer porque a criança tem direito a seus dois genitores, quer porque o Direito não tem interesse em fomentar a geração de crianças órfãs. Causa espécie, senão perplexidade e repúdio, a sustentação de tal hipótese.”

partilha e evitar o prolongamento do condomínio entre herdeiros. Com esse intuito, teria incluído o parágrafo 4º do art. 1.800 no Código, estabelecendo um prazo máximo de dois anos para ser concebido o “herdeiro esperado” que menciona o inciso I do art. 1.799, ao tratar da sucessão testamentária. Por tal raciocínio, pode-se afirmar que o Código admite estarem “legitimados a herdar as pessoas nascidas, as já concebidas (art. 1.798) e as ainda não concebidas (até dois anos após a abertura da sucessão)”<sup>140</sup> (grifei).

Outros autores, todavia, sustentam ser “mais correto admitir a possibilidade de o filho (resultante da procriação artificial) herdar, levando em conta a igualdade constitucional entre todos os filhos.”<sup>141</sup>

As dificuldades no campo do direito sucessório verificam-se igualmente quanto às procriações resultantes de embriões excedentários (inc. IV), que também possibilitam a formação de vidas humanas a qualquer tempo, mesmo após o óbito dos fornecedores dos gametas.

O tema é complexo e induz a indagações e reflexões nunca antes enfrentadas pelo mundo jurídico que, até pouco tempo, desconhecia as técnicas inovadoras disponibilizadas pela medicina genética.

Segundo Gláucia Savin, a adoção dessas novas técnicas:

Implica, também, profunda alteração de relações e presunções de há muito preservadas e estabelecidas como corretas, impondo a necessidade de se perceber, em primeiro lugar, que, hoje, estamos diante de 'novos tempos' e que, diante das novas questões que nos são colocadas, surge inevitável confronto com os nossos antigos, e, por vezes, milenares postulados.<sup>142</sup>

O inc. IV do art. 1.597 refere-se a tema ainda mais polêmico, ao dispor que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

O embrião resulta da fecundação de um óvulo por um espermatozóide. No caso de concepção artificial homóloga, coletam-se óvulos da mulher e espermatozoides do marido ou companheiro, que são preparados para a fecundação em um tubo. Ocorrida a fecundação, o embrião é transferido para o útero da mulher.

---

<sup>140</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 25.

<sup>141</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., p. 89.

<sup>142</sup> SAVIN, Gláucia. Críticas aos conceitos de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial. In: **Revista dos Tribunais**. V. 659, p. 234.

A técnica, todavia, não é totalmente segura e plenamente dominada pela ciência, o que resulta na coleta de diversos óvulos a serem fecundados ao mesmo tempo, gerando os chamados embriões excedentários ou supranumerários. Desse fato decorrem inúmeras questões de ordem ética, médica, religiosa, jurídica, moral e psicológica, a serem enfrentadas pelas sociedades contemporâneas e do futuro.<sup>143</sup>

Questiona-se, em linhas gerais, o que fazer com os embriões não implantados na mulher (excedentários): se deveriam ser descartados, destruídos, aplicados em pesquisas ou experimentos ou doados, sendo várias as soluções encontradas nos diferentes países, e mais recentemente no Brasil, através da Lei da Biossegurança.<sup>144</sup> A discussão se estende à definição de vida humana, e do momento de seu início. Para alguns, o embrião, ao formar-se, já constitui uma vida humana; para outros, torna-se um ser humano depois de 14 dias, ou depois de três semanas; e há quem sustente que o embrião é um ser humano em potencial desde a fecundação.<sup>145</sup>

Diante de tantas incertezas, parece mais adequado o entendimento de que os embriões excedentários devem permanecer congelados em laboratório para eventual implantação no útero da mãe, ou para doação de ambos a outro casal,

---

<sup>143</sup> Eduardo de Oliveira LEITE traz amplo estudo sobre o tema em sua obra: **Procriações artificiais e o Direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos., p. 63/64. As mesmas questões foram amplamente debatidas, no Brasil, por ocasião do julgamento da ADIn nº 3.510, pelo Supremo Tribunal Federal, em 29 de maio de 2008, oportunidade em que se discutiu a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, a chamada Lei da Biossegurança. Na ocasião, o STF julgou, por maioria de votos, improcedente a ação, entendendo não ser inconstitucional o artigo da lei que permite a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no procedimento, para fins de pesquisa e terapia, desde que preenchidas certas condições, elencadas nos incisos e parágrafos do referido dispositivo legal.

<sup>144</sup> No Brasil, admite-se a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. É o que dispõe o art. 5º da Lei nº 11.105/2005, assim redigido:

“Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

<sup>145</sup> Sobre o tema, merece referência artigo de Judith MARTINS COSTA, em que a autora demonstra a necessidade de compatibilizar os novos modelos e regras decorrentes do progresso científico com a ética, a dignidade da pessoa humana, e os direitos de personalidade. (**Bioética e dignidade da pessoa humana:** rumo à construção do biodireito.)

abrindo-se “a possibilidade de adoção de um 'ser humano em potência'.”<sup>146</sup> Comungam dessa linha de raciocínio renomados juristas como Maria Helena Diniz, Eduardo de Oliveira Leite e Gláucia Savin, que consideram inconstitucional a Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, por admitir o descarte de embriões excedentários, tendo em vista que estes constituem pessoas humanas em potencial.

Além da questão referente aos embriões excedentários, o inciso IV exige comentários em torno da expressão “a qualquer tempo”, da mesma forma que o inciso III. O dispositivo afirma que o embrião pode ser utilizado mesmo após o óbito de um dos cônjuges, ou companheiros, o que acarreta os mesmos problemas sucessórios antes referidos.

Por fim, o inciso V do art. 1.597 estabelece a presunção da paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido.

A inseminação artificial heteróloga é aquela em que o material genético utilizado pertence a outra pessoa que não o cônjuge ou o companheiro. Entretanto, o doador do esperma não será o pai da criança, pois prevalecerá a verdade jurídica, decorrente da vontade, em detrimento da verdade biológica. Daí a relevância do consentimento do marido (ou companheiro) em relação à inseminação de sua mulher (ou companheira) com esperma de terceiro.

Nesse sentido é o Enunciado 104 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, assim redigido:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou, eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo de manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento.

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “a melhor técnica legislativa seria a de considerar a certeza da paternidade (ao invés de simples presunção):

---

<sup>146</sup> SAVIN, Gláucia. Op. cit., p. 239.

o que significaria a insuscetibilidade do marido impugnar a paternidade relativamente à criança concebida e nascida de sua esposa através da técnica de procriação assistida heteróloga previamente consentida. A hipótese não é de presunção relativa (ou *iuris tantum*), mas de presunção absoluta (*iuris et de iure*) ou certeza da parentalidade, levando em conta a impossibilidade jurídica de se admitir a impugnação da paternidade relativamente àquele que manifestou vontade no bojo do desenvolvimento do projeto parental dos cônjuges e posteriormente pretende se retratar de tal consentimento. A paternidade já havia se constituído desde a época da concepção e do início da gravidez, tal como ocorreria na hipótese de procriação carnal – pressupondo a relação sexual.<sup>147</sup>

O mesmo entendimento é esboçado por Sérgio Gischkow Pereira e por Luiz Felipe Brasil Santos, que consideram ser absoluta a presunção da paternidade se o marido consentiu com a inseminação heteróloga. Na ausência de prévia autorização, incidirá a presunção relativa *pater is est*, desde que nascido o filho na constância do casamento. Nesse último caso, acrescenta Luiz Felipe Brasil Santos que a presunção não se aplicaria a casais que vivem em união estável:

[...]pela singela razão de que na relação de companheirismo sabidamente não vige a presunção *pater is est*, pois, diferentemente do casamento (de predominante natureza contratual), a união estável é fato. Assim, em ocorrendo fecundação heteróloga na constância da união estável, não há que se falar em presunção sequer relativa de paternidade. Logo, o reconhecimento da paternidade deverá decorrer de um ato voluntário por parte do companheiro da mãe, no assento de nascimento, ou posteriormente.”<sup>148</sup>

Na mesma esteira, acrescenta Judith Martins Costa que:

A concreção do princípio da dignidade da pessoa pode solucionar, ainda, algumas questões ligadas ao direito de família, resultantes, por exemplo, da exigência de consentimento do marido ou companheiro e à irrevocabilidade deste consentimento. Assim como ninguém pode ser compelido a ser doador de sêmen, ou a aceitar a paternidade da criança que é biologicamente descendente de outra pessoa, pois a autonomia é conseqüência do reconhecimento da dignidade, assim também o é a auto-responsabilidade. Por isto, nos casos em que houve inseminação heteróloga, com o consentimento do companheiro, gerado o novo ser este tem a sua dignidade reconhecida. Nesta perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa conduz a uma interpretação conforme à Constituição das demais regras do sistema acaso não perfeitamente compatíveis e dos demais princípios, inclusive os bioéticos, tais quais os constantes do Código de Ética Médica, de modo a poder-se concluir pela preclusão do direito do homem que consentiu com a inseminação artificial heteróloga em sua mulher a impugnar posteriormente a paternidade, que é presumida.<sup>149</sup>

<sup>147</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 275.

<sup>148</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Op. cit.

<sup>149</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 38/39.

É também esse o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira, que acrescenta não ter sido regulamentada, no Código Civil de 2002, a utilização das técnicas de reprodução assistida por pessoas não casadas, como são os conviventes, os solteiros, os homossexuais, ou as pessoas sem um relacionamento estável.<sup>150</sup>

Mais recentemente, foi formulado o Enunciado nº 258 na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos do Judiciário, do Conselho da Justiça Federal, ocorrida no final do ano de 2004, assim redigido:

Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V, do art. 1597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

Sendo assim, entende-se hoje que a paternidade não pode mais ser negada sob o argumento da não existência da relação biológica, ficando o filho amparado pela presunção estabelecida neste artigo.<sup>151</sup>

Ao contrário da inseminação homóloga, a inseminação heteróloga não gera problemas sucessórios, pois deve ser realizada na constância da sociedade conjugal, e não a qualquer tempo.

Percebe-se, destarte, que os artigos 1.593 e 1.597 possibilitaram a introdução, no Código Civil, de um novo modo de ver a família e a filiação, calcado na vontade e na afetividade, e não mais unicamente nos laços biológicos. Trata-se de introdução ainda acanhada do critério socioafetivo, cujo reconhecimento deve-se em muito ao esforço da doutrina e da jurisprudência pátrias, no sentido de adaptar as disposições do novo Código aos princípios constitucionais, mas sem dúvida de grande importância, por constituir o passo inicial para a contemplação da socioafetividade no país.

---

<sup>150</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos.**, p. 171.

<sup>151</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 168/169. Lembra o autor que cumpre ainda editar, com urgência, no Brasil, legislação que cuide de outros aspectos relevantes referentes à reprodução humana assistida e, em especial, à inseminação artificial heteróloga, como por exemplo, lei que regulamente os requisitos formais necessários a que o doador do sêmen consinta, no ato da doação, com a atribuição da paternidade ao marido, renunciando a qualquer tipo de vínculo para com a criança. Destaca, ainda, que tramitam, no Congresso Nacional, alguns projetos de lei que visam à regulamentação jurídica dos procedimentos de reprodução humana assistida, sendo o projeto mais importante e discutido de autoria do Senador Lúcio Alcântara: PLS nº 90/1999. Através dele, busca-se regulamentar “as formas de utilização das técnicas de reprodução assistida, o consentimento livre esclarecido, as responsabilidades dos serviços de saúde que realizam a reprodução assistida, as doações de gametas, as regras para a implantação dos embriões, a filiação da criança, as infrações penais e penalidades.” (fls. 170/171).

De outro lado, a complexidade das questões decorrentes da bioética estão a exigir intensa participação de juristas e magistrados na interpretação e na complementação de normas que regulam os efeitos das procriações artificiais, sem perder de vista o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso na Constituição Federal, e a importância da Ética para o Direito, pois “os grandes temas jurídicos são também os grandes temas éticos.”<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> Expressão utilizada por Judith MARTINS COSTA. Op. cit., p. 44.



## **PARTE II – O DIREITO À FILIAÇÃO EM FACE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

### **1 CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO**

#### **1.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O Código Civil de 1916 foi fruto da doutrina individualista e voluntarista incorporada nas codificações do século XIX, que seguiram o modelo do Código de Napoleão de 1804, considerado como verdadeiro “ícone do potencial criador da razão moderna”<sup>153</sup>. Na época, o valor fundamental era o indivíduo, e o direito civil identificava-se com o próprio Código Civil, que procurava regular, de forma completa e rigorosa, as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade.<sup>154</sup> Desta forma, afirmava-se, com algum significado, que “o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos da época, era a Constituição do direito privado.”<sup>155</sup>

Cumpria ao direito civil garantir a atividade econômica privada e proporcionar a estabilidade necessária ao sujeito de direito através de regras fixas e estáveis, afastadas da ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação das riquezas. Assim, o direito público não interferia na esfera privada, e o Código Civil assumia “o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas.”<sup>156</sup>

No entanto, os movimentos sociais iniciados na Europa na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira do século XX, e as

---

<sup>153</sup> DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.) **Princípios do Direito Civil Contemporâneo.**, p. 549.

<sup>154</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana:** estudos de direito civil-constitucional., p. 04.

<sup>155</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 02 e 03. “Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil de 1916, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como ‘o mundo da segurança’...” “Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas.”

<sup>156</sup> Tepedino, G. Idem, p. 3.

novas conquistas da ciência e da tecnologia, acabaram provocando o declínio da era de estabilidade e segurança proporcionada pelos códigos modernos, assentados no positivismo<sup>157</sup>, tornando inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia.

Já na primeira metade do século XX, o Estado brasileiro passou a intervir na economia, inicialmente através da edição de legislação de emergência - incapaz de alterar a centralidade do Código Civil - e, mais tarde, por meio de legislação extravagante - que passou a formar um direito especial, paralelo ao direito comum codificado. Desta forma, deu-se início a uma proliferação dos chamados microsistemas<sup>158</sup>, ou leis com a característica de especialização, que representaram uma profunda alteração na dogmática e no papel do Código Civil, que aos poucos foi perdendo a sua posição de Constituição do direito privado.

Inteiros setores da atividade privada passaram a ser disciplinados através das leis especiais, também chamadas de estatutos, que não se limitavam a tratar apenas do direito substantivo, contendo igualmente normas de direito processual, e muitas vezes tipos penais ou regras de direito administrativo, além de “princípios interpretativos”.<sup>159</sup>

Finalmente, a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 representou o início de uma nova fase no direito brasileiro, ao definir princípios e valores específicos concernentes às relações de direito civil e, em particular, referente aos direitos da personalidade e à propriedade. O novo texto constitucional interveio nas relações de direito privado, através de princípios e normas, determinando os critérios de interpretação do desatualizado Código Civil e de cada uma das leis especiais. Com isso, proporcionou a reunificação do sistema, já desfeito pela existência dos diversos estatutos setoriais, “deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.”<sup>160</sup>

A nova Carta veio com nova tábua de valores, demonstrando intensa

---

<sup>157</sup> Na época, a característica fundamental do direito era o seu caráter positivo. O positivismo constituía, em síntese, na limitação da ciência ao que era dado “positivamente”. “Comumente, fala-se em positivismo jurídico como a doutrina que preconiza o respeito à regra independentemente do seu conteúdo e das conseqüências de sua aplicação (o adágio ‘*gezetz is gezets*’), a total aversão aos valores, a sua imposição pela força, etc.” (DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.) Op. cit., p. 551.) Ver também: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.**, p. 89-90.

<sup>158</sup> Como exemplos dos chamados microsistemas podemos citar o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, a Lei do Direito Autoral, o Estatuto da Terra, entre outros. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 8; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 8).

<sup>159</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 8.

<sup>160</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 13.

preocupação com as questões sociais, o que se verifica na maior intervenção do Estado na busca da justiça distributiva, especialmente na esfera familiar, onde houve alterações profundas provocadas pelos artigos 226 (que incluiu na concepção de família o conceito de entidade familiar) e 227 (que redimensionou a idéia de filiação).

Em seu art. 1º, III, a Carta Magna consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, que antecede todo o texto constitucional. Desta forma, trata-se de um princípio fundamental, a que foi atribuído o valor supremo de alicerce da nova ordem jurídica democrática, objetivando a construção de uma sociedade pautada na liberdade, na justiça, na solidariedade e na igualdade formal e material, para a promoção do bem de todos.<sup>161</sup>

A especial proteção da pessoa, enquanto ser dotado de dignidade, passou a primeiro plano a tutela dos interesses existenciais, em contraposição aos interesses patrimoniais, posto que a dignidade da pessoa humana tornou-se valor fundante do Estado Social contemporâneo.

Com efeito, na passagem do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito verificou-se substancial alteração de valores, sendo o exagerado patrimonialismo que caracterizou os códigos modernos substituído pela tutela privilegiada da pessoa humana, que passou a constituir o centro de referência da nova ordem constitucional.

A dignidade, como valor existencial, inerente ao ser humano, foi elevada a valor máximo que passou a permear todo o ordenamento, impondo novo critério hermenêutico de abrangência significativa, no sentido de proporcionar o ambiente necessário ao desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo e da humanidade em geral. Como sintetizou Cristiano Chaves de Farias, “ruiu o império do 'ter', sobressaindo a tutela do 'ser' ”.<sup>162</sup>

Essa alteração de valores apareceu como marca do direito contemporâneo, a partir de acontecimentos históricos, em nível internacional, que apontaram os riscos do poder detentor Estado em contraposição à fragilidade dos indivíduos humanos isolados, e da complexidade das relações decorrentes do desenvolvimento da ciência e da tecnologia.

As atrocidades praticadas contra indivíduos e contra a humanidade como

---

<sup>161</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana., p. 85.

<sup>162</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família.,** p. 04.

um todo pelo nazifacismo, durante a II Grande Guerra, conduziram à necessidade de criarem-se mecanismos garantidores de efetiva proteção e respeito pela pessoa humana, vista de forma individualizada ou como componente de um grupo social. Essa preocupação em coibir condutas abusivas e atentatórias à integridade humana motivou a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948 que, inspirada na concepção kantiana<sup>163</sup>, proclamou serem os homens livres e iguais em dignidade e direitos.<sup>164</sup>

O desejo de assegurar a todos uma existência digna restou igualmente expresso em textos constitucionais editados ao longo do século XX – notadamente na segunda metade, que passaram a reconhecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, norteador de toda a ordem jurídica positiva e das relações humanas.

Entre os países da Europa que introduziram, de forma expressa, em suas Constituições, a dignidade da pessoa humana, podem ser citados a Alemanha, a Espanha e Portugal, salientando-se que o enquadramento adotado pelos dois últimos serviu de inspiração ao constituinte brasileiro de 1988.<sup>165</sup> Como assevera

---

<sup>163</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.**, p. 77. O filósofo defendia a necessidade de engrandecer o ser humano que, por ter natureza racional e possuir autonomia de vontade para agir e autodeterminar-se, deveria estar no destino final de todas as coisas, existindo como um fim em si mesmo. Para ele, os seres irracionais possuíam valor relativo, como meios, podendo ser chamados de coisas, diferindo das pessoas, que existem como fins em si mesmas, sendo merecedoras de respeito e de dignidade. Dentro dessa linha de raciocínio, todo e qualquer ser humano é digno. Para melhor explicar seu pensamento, argumentou Kant, apoiado no racionalismo do séc. XVIII: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.” A doutrina de Kant, além de constituir um marco, que deu novo rumo ao pensamento filosófico em relação a épocas anteriores, costuma ser vista como oposta à concepção de Hegel, para quem a dignidade estava obrigatoriamente ligada à idéia de eticidade, devendo ser conquistada, já que “o ser humano não nasce digno” (expressão utilizada por SARLET, Ingo Wolfgang., em sua obra **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.**, p. 37). Ver também: CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia.**, p. 394/395; BIRLEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos.**, p. 61 e ss.

<sup>164</sup> O Artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 está assim redigido: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.**, p. 235).

<sup>165</sup> Lembra Maria Celina Bodin de MORAES (Op. cit., p. 82/83) que a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, costuma ser apontada como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana em termos mais incisivos, ao dispor, no seu art. 1, 1, “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais.” E prossegue a autora: “Do mesmo modo, a Constituição portuguesa de 1976, promulgada após o longo período de ditadura salazarista, estabelece, em seu art. 1º: ‘Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.’ Igualmente, a Constituição espanhola de 1978, adotada em seguida ao fim da república franquista, estabelece no art. 10, § 1: ‘A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.’”. Sobre o tema, em especial sobre a Constituição espanhola, ver: SEGADO, Francisco Fernández. “La dignidad de la persona como

Ingo Wolfgang Sarlet, o constituinte de 1988, inspirando-se, neste particular, especialmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, “preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, pela primeira vez à condição de princípio (e valor) fundamental...”<sup>166</sup>

Com efeito, a dignidade humana, entre nós, restou positivada logo após o preâmbulo da Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, na qualidade de princípio fundamental orientador do ordenamento como um todo, e não apenas como um dos direitos e garantias individuais essenciais, como aconteceu em outros países dos continentes europeu e americano.<sup>167</sup>

Percebe-se, desta forma, que o reconhecimento e a positivação da noção de dignidade, como valor intrínseco da pessoa humana no âmbito jurídico-constitucional, são recentes, já que datam do século XX.<sup>168</sup> No entanto, na Antiguidade clássica, a expressão dignidade da pessoa humana já era utilizada para

---

valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. p. 99 e ss. Ver também: SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, p. 89.

<sup>166</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 69. Segundo refere o autor, “a positivação na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional luso-brasileiro e espanhol, apenas para mencionar os modelos mais recentes e que têm exercido – ao lado do paradigma germânico – significativa influência sobre a nossa própria ordem jurídica.”

<sup>167</sup> SARLET, I. W. Idem, p. 64/66. A fim de ilustrar como a dignidade da pessoa humana ainda não foi completamente absorvida pelas Constituições contemporâneas, o autor relaciona alguns países ou grupo de países que já reconhecem tal valor como fundamental e vinculante de toda a ordem constitucional, o que demonstra existir hoje uma “irresistível tendência a ser (a dignidade humana) saudada com entusiasmo e esperança”, no plano internacional, por todas as Constituições dos Estados Democráticos. (p. 67). Entre os exemplos citados, estão a Alemanha, a Espanha, a Irlanda, a Grécia, Portugal, a Itália, e a Bélgica, no ocidente europeu, além da Rússia, na Europa oriental, e do Brasil, do Paraguai, de Cuba, Venezuela, Peru, Bolívia, Guatemala e Chile, na América. Lembra o autor, ainda, que, no âmbito supranacional, a União Européia também já assumiu o compromisso de respeito à dignidade humana, intenção que ficou consignada na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de 2000, e que vem firmemente ratificada em reiteradas decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. Ver também: MORAES, Maria Celina. Op. cit., p. 83. Transcreve a autora o disposto no artigo primeiro da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, assinada em Nice em dezembro de 2000, e incorporada como Título II à Constituição Européia: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. A Carta tem um capítulo dedicado à dignidade (Capítulo I), onde se encontram tutelados o direito à vida, à integridade do ser humano, a proibição de torturas e de tratamentos desumanos ou degradantes, e a proibição à escravidão e ao trabalho forçado.

<sup>168</sup> A respeito do histórico e da evolução do pensamento em torno da idéia de dignidade da pessoa humana, o que parece necessário para a melhor compreensão de seu significado e conteúdo, diante da complexidade do tema, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 29/62; PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. p. 61/87; COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 1 e ss.; SEELMAN, Kurt. Pessoa e Dignidade da Pessoa Humana na Filosofia de Hegel. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**, p. 46 e ss.; WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**, p. 63 e ss. EDELMAN, Bernard. La dignité de la personne humaine, un concept nouveau. In: PAVIA, Marie-Luce; REVETT, Thierry (Dir.). **La dignité de la personne humaine**, p. 25/34; MODERNE, Frank. La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976**, p. 199; MORAES, Maria Celina. Op. cit., p. 71 e ss.; PAVIA, Marie-Luce. REVET, Thierry. (Directeurs). Op. cit.

significar o *status* social do indivíduo na sua comunidade. Mais adiante, no período medieval, afirmava-se que a racionalidade do ser humano permitia-lhe a construção livre e independente do seu destino, encontrando-se o fundamento de sua dignidade “na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus”<sup>169</sup>.

Já na Renascença e na Idade Moderna, esta dominada pelo jusnaturalismo francês e pelo pandectismo alemão, a concepção de dignidade humana desvinculou-se da religião cristã, passando a ser entendida como derivada da capacidade do homem de optar e de agir, de criar suas próprias leis, e não mais como resultante do poder de um Criador. Houve um processo de racionalização, embora mantida, na essência, a idéia clássica de que todas as pessoas seriam iguais em liberdade e em dignidade.

O filósofo Immanuel Kant tem sido considerado como um dos pensadores mais marcantes dessa época, por ter sua teoria influenciado o pensamento contemporâneo do mundo ocidental, ao estabelecer que os seres racionais são impregnados de dignidade “porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).”<sup>170</sup> Nesse sentido, toda pessoa possui dignidade, idéia que ainda hoje permanece verdadeira, encontrando-se na base do pensamento do nosso século.<sup>171</sup>

A concepção kantiana de dignidade foi confrontada por outros pensadores, destacando-se entre eles Georg Wilhelm Friedrich Hegel (séc. XIX), para quem a dignidade deveria ser conquistada, por assentar-se na idéia de eticidade. Para o filósofo alemão, “o reconhecimento recíproco é o fundamento da dignidade e, ao mesmo tempo, a conseqüência da opção por um estado juridicamente ordenado.”<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 31. Ver também: MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 78/79.

<sup>170</sup> KANT, Immanuel. Op. cit., p. 68.

<sup>171</sup> Para Ingo Wolfgang SARLET (Op. cit., p. 34/35), ainda que o pensamento de Kant esteja a embasar a fundamentação pós-moderna do conceito de dignidade da pessoa humana, tal concepção deve ser criticada por seu “*excessivo antropocentrismo*”, ao afirmar que a pessoa humana, devido à sua racionalidade, é superior aos demais seres vivos. Menciona que “Para além disso, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indica que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade.” Lembra que existe hoje uma tendência de proteção legal e constitucional da fauna, da flora, e dos demais recursos naturais, e de impedir atos de crueldade contra outros seres vivos, por revelar certo conteúdo de indignidade.

<sup>172</sup> SEELMAN, Kurt. Pessoa e Dignidade da Pessoa Humana na Filosofia de Hegel. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Op. cit., p. 51/52.

Todavia, embora Hegel tenha colocado “em destaque a sua dimensão comunicativa”<sup>173</sup> (da dignidade) foi a concepção de Kant que mais influenciou o pensamento pós-moderno, diante da atual tendência de ampliar o conceito de dignidade<sup>174</sup>, para auxiliar sua compreensão em face dos avanços da ciência e da tecnologia, notadamente nas áreas da biomedicina e da engenharia genética, e ainda para facilitar sua aceitação como conceito universal e multicultural.<sup>175</sup>

Discorrendo sobre o tema, Judith Martins Costa ensina:

Como explica Bernard Edelman, embora a palavra 'dignidade' fosse há muito conhecida, e a idéia de uma dignidade própria ao homem remonte à filosofia de Kant, a idéia da existência de uma proteção jurídica que é devida em razão da dignidade liga-se fundamentalmente a um duplo fenômeno, à barbárie nazista (que fez alcançar a idéia de crimes contra a humanidade, no Tribunal de Nuremberg) e à biomedicina,<sup>176</sup> que coloca em xeque a própria identidade da humanidade como espécie.

Na tentativa de buscar respostas para questões provocadas pelo progresso da biotecnologia (proteção jurídica do embrião; manipulação de materiais genéticos; regulamentação das procriações artificiais; responsabilidade por bancos de sêmen; determinação do início e do fim da vida e conceito de pessoa; maternidade de substituição; questões atinentes à paternidade e à filiação; entre outras), Selma Rodrigues Petterle incluiu, em sua análise, estudos sobre a concepção de dignidade desenvolvida por autores contemporâneos como Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.<sup>177</sup> Segundo referiu a autora, esses filósofos vêm abordando tais temas de forma específica, e contribuindo para uma melhor compreensão da noção de

---

<sup>173</sup> Expressão utilizada por Selma Rodrigues PETERLE (Op. cit., p. 62).

<sup>174</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Kant entende que o dever se configura através de uma forma que deve valer universal e incondicionalmente para toda e qualquer ação moral, e reassenta a questão da moralidade em novas bases, resumidas no que ele denominou de “imperativo categórico”.

<sup>175</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 39. Nesse sentido, lembra o autor a posição de Otfried Höffe, “no sentido de que uma vinculação da noção de dignidade da pessoa humana à tradição judaico-cristã ou mesmo à cultura européia, poderia justificar a crítica de que a dignidade não constitui um conceito e postulado intercultural e secularizado, o que, por sua vez, acabaria sendo um obstáculo à própria universalização e – nesse sentido – um fator impeditivo de uma globalização da dignidade num contexto multicultural...”

<sup>176</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 36

<sup>177</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Em sua análise, o autor trata dos chamados casos difíceis (*hard cases*), para os quais não existe uma única e correta solução. Nesses casos, há necessidade metodológica de aplicar princípios constitucionais na busca da melhor solução, multiplicando-se, na prática, as hipóteses de colisão de princípios. Em linhas gerais, poder-se-ia definir um caso difícil aplicando-se critérios de racionalidade, tais como: a) é um caso que não tem solução; b) é um caso que tem uma solução inaceitável; c) é um caso que tem mais de uma solução, e as soluções são incompatíveis entre si. Ver também: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. Alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008; ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005; DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**.

dignidade da pessoa humana em nossos tempos.<sup>178</sup>

Esse breve histórico da idéia de dignidade tem o intuito de demonstrar a complexidade do tema, que tem sido objeto de permanente estudo entre filósofos e políticos desde a Antiguidade, e ainda ocupa posição de destaque nos ordenamentos jurídicos de vários Estados contemporâneos, alcançando em muito deles a qualificação de valor fundamental orientador da ordem constitucional, como acontece no Brasil.<sup>179</sup>

Ainda assim, trata-se de noção de difícil conceituação, suscetível de diferentes interpretações no tempo e no espaço, mas que, sem dúvida, vem sendo entendida como atributo indissociável de toda e qualquer pessoa humana. A dignidade constitui valor fundamental e perene da humanidade, que deve ser protegido, respeitado e, até mesmo, promovido pelo Estado.

Embora reconhecendo a dificuldade de conceituar a dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet, após detalhada análise de seu conteúdo e significado, formulou a seguinte proposta:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>180</sup>

Por seu turno, Luiz Antonio Rizzato Nunes, comentando o mesmo princípio, esclarece:

---

<sup>178</sup> PETERLE, Selma Rodrigues. Op. cit., p. 72/78 e 81. Para a autora, deve-se buscar um diálogo entre as concepções de Kant, Hegel, Dworkin e Habermas, em se tratando da problemática posta pelas novas tecnologias, evitando leituras reducionistas e unilaterais da dignidade e afastando radicalismos, já que a honestidade científica está em compreender o significado e o conteúdo dessa dignidade “no âmbito de uma comunidade inclusiva e efetivamente preocupada com o reconhecimento, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídico-constitucionais.”

<sup>179</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 84. Refere a autora que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica, e “parece ser o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil”. Enfatiza: “Nesse ambiente, de renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que se manifeste. Terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, entre outros.”

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 62.



[...] a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência. Mas acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí nesse contexto sua dignidade ganha – ou, como veremos, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade – sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc, tudo compõe sua dignidade...” E complementa: “Ter-se-á, então, que incorporar no conceito de dignidade uma qualidade social como limite à possibilidade de garantia. Ou seja, a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra.”<sup>181</sup>

Por tais razões, tem-se afirmado que, embora cada pessoa tenha sua própria dignidade – que não deve ser violada – não se pode entendê-la como absoluta, em respeito à igual dignidade de todos os demais seres humanos, uma vez que a coexistência humana é característica da sociedade contemporânea. Assim, o princípio da dignidade humana encerra diferentes funções: a de garantir a vontade livre e a integridade de cada indivíduo, e a de garantir o respeito à autodeterminação e à integridade psicofísica dos outros indivíduos que integram o mesmo grupo social.

Maria Celina Bodin de Moraes indica, como principais corolários da dignidade humana, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade, concluindo que “o que se visa proteger é o valor da personalidade humana, sem limitações de qualquer gênero, ressalvadas aquelas postas no interesse de outras pessoas, dotadas de igual dignidade.”<sup>182</sup>

Na visão da autora, a dignidade humana fundamenta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade, ou “no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais.”<sup>183</sup> Nesse sentido, convém fazer referência à atualidade de Rui Barbosa, ao sugerir teses extremamente avançadas para o seu tempo, como é o caso da necessidade de tratamento desigual às pessoas desiguais.<sup>184</sup> Atualmente, legitima-se a existência de

---

<sup>181</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. p. 49 e 50.

<sup>182</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 114.

<sup>183</sup> MORAES, M. C. B. de. Idem., p. 86. Ou, nas palavras de José Afonso da SILVA (Op. cit., p. 93): “Porque a dignidade acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana, é que ela não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado, pois, como declarou o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, ‘à norma da dignidade da pessoa humana subjaz a concepção da pessoa como um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e a desenvolver-se a si mesma em liberdade’”.

<sup>184</sup> BARBOSA, Rui. **Oração dos Moços**, p. 26. “A regra da desigualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou

especial proteção a determinados grupos de pessoas, minoritários ou não, desde que mais vulneráveis ou desfavorecidos, diante do respeito às diferenças e à cultura das minorias, tendo em vista o princípio da igualdade.<sup>185</sup>

Quanto ao princípio da integridade psicofísica, a mesma autora entende que serve para trazer certas garantias penais, como o direito de não ser torturado, mas também para contemplar, na esfera cível, o direito à existência digna e à saúde, incluindo numerosos direitos da personalidade, tais como: o direito à vida; o direito ao nome; o direito à imagem; o direito à honra; o direito à privacidade; o direito ao corpo; e o direito à identidade pessoal ou, em resumo, o direito a um “completo bem-estar psicofísico e social”.<sup>186</sup> Nesse aspecto, os maiores dilemas derivam da prática cotidiana da biomedicina, na atualidade, que já impõem a necessidade do estabelecimento de limites externos, tanto de natureza ética como de natureza jurídica.<sup>187</sup>

Por princípio da liberdade individual, deve-se entender o direito à privacidade, à intimidade e ao livre exercício da vida privada. Ou, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes: “Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais – mais: o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier.”<sup>188</sup> Entretanto, o direito de

---

da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

<sup>185</sup> Nesse sentido, convém lembrar o caso das mulheres que, embora não sejam consideradas como um grupo de pessoas, e representem a maioria da população em muitos países, sofreram discriminações durante muitos séculos, ficando excluídas de direitos políticos e sociais. Apenas há pouco tempo, e na medida em que hoje existe o princípio da igualdade, é que elas passaram a ter seus direitos respeitados, embora ainda sejam vistas em posição desvantajosa, se comparadas ao gênero masculino, em muitas situações, como é o caso de certos empregos, postos de chefia, cargos eletivos, entre outros. (DUBY, Georges. PERROT, Michelle. **História das Mulheres no Ocidente: O Século XX.**) Da mesma forma, se pode citar o atual direito à igualdade de tratamento entre todos os filhos, sem discriminações, direito esse que se tornou prioritário, devendo ser protegido e assegurado pelo Estado. A criança e o adolescente dispõem hoje de tratamento prioritário, na forma do art. 27 do ECA. Entretanto, foi necessário muito tempo, na evolução histórica da civilização ocidental, para que se atingisse tratamento jurídico igualitário entre todos os filhos, independentemente de suas origens e do tipo de relacionamento entre seus pais.

<sup>186</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 96. “Atualmente, as maiores perplexidades em torno do tema dizem respeito ao extraordinário desenvolvimento da biotecnologia e às suas conseqüências sobre a esfera psicofísica do ser humano. Assim, por exemplo, no âmbito do que começa a se configurar como um novo ramo, o do ‘biodireito’, ainda sem regulamentação jurídica adequada, encontram-se os problemas decorrentes da reprodução assistida – como a procriação *post-mortem* e o congelamento de embriões -, da privacidade dos dados genéticos, da experimentação em seres humanos, dos atos de disposição sobre o próprio corpo, dos transplantes, da mudança de sexo, acontecimentos plenamente factíveis desde a aquisição, cada vez mais veloz, das tecnologias necessárias. Tais problemas, também designados como demandas relativas a direitos humanos de quarta geração, apresentam alguns efeitos especialmente assustadores, decorrentes da possibilidade de manipulação – para clonagem, por exemplo – do patrimônio genético dos seres humanos.”

<sup>187</sup> Tais temas são tratados pela bioética e pelo biodireito.

<sup>188</sup> MORAES, M. C. B. de. Idem, p. 108.

liberdade da pessoa será sempre sopesado com o dever de solidariedade social, para que a sociedade se desenvolva livre e justa, sem excluídos ou marginalizados, garantindo a todos uma existência digna.

Por último, o princípio da solidariedade, contido no art. 3º, inc. I, c/c o inc. III, da Constituição da República<sup>189</sup>, garante que, através dele, se alcance o objetivo da “igual dignidade social”.<sup>190</sup> Os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade social das pessoas dentro da sociedade. Pode-se afirmar que a solidariedade constitui fundamento para que se evitem danos dos mais diversos tipos àqueles mais desprotegidos no âmbito familiar, aos sócios minoritários, aos consumidores, aos locatários, às crianças e aos adolescentes, aos idosos, aos homossexuais, aos portadores de necessidades especiais, a todos os excluídos em geral e a quaisquer outras pessoas mais vulneráveis ou em situação de inferioridade.

Eventuais danos ou lesões aos direitos decorrentes de tais princípios são suficientemente graves para gerarem reparação por dano moral. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha.”<sup>191</sup>

Assim, deve-se inibir ou reparar todo e qualquer tipo de tratamento desigual – sem descuidar da injustiça provocada pelo tratamento idêntico aos que são

---

<sup>189</sup> “CF - Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>190</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 111. A expressão é utilizada originalmente por Pietro PERLINGIERI (Op. cit., p. 37). Segundo o autor, “Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que ‘confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes.’” O mesmo autor exemplifica: “Não pode existir igual dignidade social entre os cidadãos quando existe quem tem a possibilidade de escolher o trabalho de acordo com a própria vocação e quem, ao contrário, não se encontra nas mesmas condições.” Assim, esclarece: “De acordo com a interpretação mais restrita, a igual dignidade social impõe ao Estado agir contra as situações econômicas, culturais e morais mais degradantes e que tornam os sujeitos indignos do tratamento social reservado à generalidade.” Por seu turno, José Afonso da SILVA (Op. cit., p. 93) acrescenta: “É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade. ‘Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura’, pois ‘a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade’, pois a ‘igualdade e dignidade da pessoa exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa. Resulta escandaloso o fato das excessivas desigualdades econômicas e sociais que se dão entre os membros ou os povos de uma mesma família humana. São contrários à justiça social, à equidade, à dignidade da pessoa humana e à paz social e internacional”.

<sup>191</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 117.

desiguais – o atentado à saúde em sua ampla acepção, o estreitamento da liberdade individual, e o desprezo pela solidariedade social – lembrando que não se admite a marginalização, a exclusão e a indiferença.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi qualificada, na Constituição Federal de 1988, como princípio ou valor fundamental da maior hierarquia normativa, que deve servir como guia de toda ordem jurídica.

Ao incluí-lo no rol dos princípios fundamentais, no primeiro título, o constituinte nacional manifestou a clara intenção de ressaltar sua função de norma diretiva da maior abrangência e de profundo significado axiológico, capaz de informar todo o ordenamento e de impor uma releitura do direito privado.<sup>192</sup>

Nesse sentido, cabe trazer o ensinamento de Gustavo Tepedino, ao defender a existência, na atualidade, de um Direito Civil – Constitucional, iluminado por princípios adotados no texto maior, que “configuraram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” Acrescenta o autor:

Sublinhe-se a técnica legislativa – não por acaso – empregada pelo constituinte, fixando, no Título I, princípios fundamentais que, ali situados, impõem específica função aos demais direitos constitucionais, permeando todo o sistema jurídico com os valores ali indicados, expressos nos fundamentos e objetivos da República<sup>193</sup>

Desta forma, a norma constitucional tornou-se valor elevado do ordenamento, definidor de novos parâmetros hermenêuticos, e protetor da pessoa humana e dos direitos da personalidade, irradiando seus efeitos por todas as áreas da atividade privada, incluindo entre estas o direito de família, rico em situações que justificam sua aplicação.

O novo princípio, garantidor dos direitos fundamentais, passou a constituir

---

<sup>192</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 91. Nesse sentido, enfatiza o autor: “Portanto, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito.”

<sup>193</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 50. A idéia de constitucionalização do Direito Civil vem sendo defendida por boa parte da melhor doutrina nacional, não havendo muita discordância a respeito da transposição do cenário. Nesse sentido: Maria Celina Bodin de MORAES (A caminho de um Direito Civil – Constitucional. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade, PUC n° 1**. E, ainda, **Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade**. Op. cit., p. 88/94); Luiz Edson FACHIN (Op. cit., p. 311 e ss.); Maria Christina de ALMEIDA (Op. cit., p. 92 e ss.); Teresa NEGREIROS (**Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**).

critério de interpretação das normas de direito de família, e a tutelar o comportamento humano e a vida privada, provocando um redimensionamento da concepção do direito ao estado de filiação.

De acordo com Maria Christina de Almeida:

Esse redimensionamento alcança uma releitura das regras jurídicas que norteiam a concessão ao estado de filiação, de forma a concebê-las como fiel garantidoras desse direito, extirpando do ordenamento todo e qualquer óbice que possa refrear o acesso aos dados da progenitura paterna. Somente assim é que se poderá entender o estado de filiação como um direito fundamental de toda pessoa humana, em seu viés humanitário e personalíssimo ou instrumental.<sup>194</sup>

Existe, contudo, a certeza de que o princípio da dignidade humana proporciona harmonia e equilíbrio ao ordenamento, protegendo a pessoa em seus múltiplos aspectos, e garantindo o livre desenvolvimento da sua personalidade, iniciando por assegurar o direito à filiação integral, necessário a uma vida digna.

O princípio funciona como valor capaz de uniformizar a ordem jurídica ou, conforme aduz Maria Celina Bodin de Moraes, “parece ser o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática, necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil.”<sup>195</sup>

Nessa linha de raciocínio, é possível afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana, inspirado na concepção kantiana, e tal como hoje entendido, em ambiente de renovado humanismo, é fruto da pós-modernidade, em que têm precedência os direitos dos mais fracos, das minorias e dos excluídos em geral. “Tempos de grande influência do direito público e dos direitos fundamentais dos cidadãos em todos os ramos do direito privado e também no direito de família.”<sup>196</sup> Tempos de superar a valoração da família como instituição por si só merecedora de tutela privilegiada, como pretendia o Código Civil de 1916, e de dar proteção à realização da personalidade e da dignidade de cada um dos seus integrantes, como quer o novo texto constitucional.

---

<sup>194</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 433.

<sup>195</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.) Op. cit., p. 16.

<sup>196</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 35.

## 1.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO FAMILIAR

Os direitos da personalidade, nos moldes conhecidos na atualidade, constituem uma categoria que passou a ser elaborada em meados do século XIX, a partir de construções dogmáticas francesas e germânicas<sup>197</sup>.

Embora seja relativamente recente a construção teórica dos direitos da personalidade, sua tutela constitui fruto de lenta trajetória evolutiva, merecendo ser destacados, ainda que de forma sucinta, alguns antecedentes históricos, no intuito de contextualizar o tema partindo de suas raízes.

Para o direito romano, nem toda pessoa era considerada sujeito de direitos. Os escravos eram equiparados a “coisa”, e integravam o conjunto de bens de seu proprietário. Os estrangeiros não gozavam de plenos direitos em Roma, especialmente durante a primeira fase. Além desses, todo indivíduo que não fosse o *pater* em sua família igualmente não era sujeito de direitos, já que, dentro das famílias, todos os membros ficavam submetidos à autoridade do *pater*, e eram desprovidos de autonomia enquanto ele vivesse. Esses três grupos de seres humanos não se incluíam na noção de sujeitos de direito.<sup>198</sup> Portanto, o direito romano não tratou dos direitos da personalidade tais como hoje reconhecidos<sup>199</sup>.

Foi no período medieval, através das idéias de fraternidade universal e de igualdade de direitos oriundas do Cristianismo, que o homem passou a ser considerado “sujeito portador de valores”<sup>200</sup>, sendo então edificados os alicerces de um conceito moderno de pessoa humana, baseado na dignidade e na valorização do

---

<sup>197</sup> KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil.**, p. 30 e ss.

<sup>198</sup> SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela.** p. 25-32. A personalidade, em Roma, era atribuída apenas aos cidadãos, ou seja, restringia-se aos indivíduos que reunissem os três *status*: o *status libertatis*, o *status civilitatis* e o *status familiae*. “Quem não possuísse liberdade, não possuía nenhum outro *status*, a exemplo dos escravos que, não possuindo liberdade, não sendo cidadãos e nem podendo constituir família por meio das justas núpcias, não tinham personalidade, apesar de serem seres humanos.” Por outro lado, só os cidadãos tinham capacidade jurídica plena, e quem não possuísse capacidade jurídica não possuía o *status civitatis*, não sendo considerado cidadão romano. “Ao lado dos *cives* (cidadãos), havia os *latini*, que habitavam as colônias romanas, e os *pelegrini*, que eram os estrangeiros. Essas duas últimas classes possuíam capacidade jurídica reduzida. Nos primórdios de Roma, os estrangeiros eram considerados como inimigos. Com a expansão do comércio e das relações de Roma com os povos vizinhos, passaram estes a possuir alguns direitos em território romano. Aos poucos, passou-se a estender o direito de adquirir a cidadania romana aos latinos e, mais lentamente, aos peregrinos, mediante a promulgação de leis e de editos.” Quanto ao *status familiae*, somente o *pater familias* possuía plena capacidade jurídica, pois era o chefe, o administrador e o sacerdote da família. Os demais componentes da mesma família tinham capacidade de direito reduzida, sendo submissos ao *pater*. Tratava-se, pois, de uma sociedade baseada na desigualdade, em que poucas pessoas gozavam de plena capacidade e, portanto, de personalidade.

<sup>199</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução.**, p. 256.

<sup>200</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., p. 32.

indivíduo como pessoa. Segundo afirma Fernanda Borghetti Cantali, “A doutrina cristã afirmou o indivíduo como um valor absoluto, exaltou o sentimento de dignidade da pessoa humana e proclamou uma organização social, calcada na igualdade dos homens perante Deus, o que veio a permitir o desenvolvimento da personalidade.”<sup>201</sup> Entretanto, embora o pensamento medievo reconhecesse que o Direito tem como destinatário o homem, não logrou conferir posição de destaque aos direitos da pessoa.

Seguiu-se o movimento Renascentista, com novas idéias que conduziram os juristas à formulação da doutrina do “humanismo antropocentrismo, voluntarista e individualista”<sup>202</sup>, através da Escola do Direito Natural, em oposição à concepção medieval que, embora reconhecesse a igualdade de todos os homens perante Deus, atribuía o poder e o direito aos monarcas e à Igreja. A idéia de direitos inatos inalienáveis do homem e a noção de submissão das autoridades frente a tais direitos aparecem nas obras de pensadores dos séculos XVII e XVIII, como Thomas Hobbes e John Locke. Nestes séculos, passou-se a conferir efetiva valorização aos direitos naturais dos homens, iguais em dignidade e em liberdade.<sup>203</sup> A relevância da noção de direitos naturais, que mais tarde deu origem à tutela dos direitos individuais, está intimamente ligada às idéias de personalidade e de dignidade humana.

Na modernidade, caracterizada pelo jusnaturalismo francês e pelo pandectismo alemão, iniciou-se o movimento pela sistematização e racionalização do direito, que passou a ser entendido como um sistema fechado de certezas, estruturado na forma das ciências exatas, que deveria ser compilado em documento único, chamado código. Nessa época, surgiram os primeiros Códigos, contendo verdades consideradas rígidas e indiscutíveis, que espalharam pelos diversos Estados um direito geral, abstrato e universal, priorizando a razão como critério definidor do direito e da vida em sociedade.

O positivismo jurídico teve o grande mérito de colocar o homem como elemento central da ordem jurídica e social<sup>204</sup>, mas acabou por fechá-lo demasiadamente sobre si mesmo, impedindo qualquer juízo de valor de parte da

---

<sup>201</sup> CANTALI, F. B. Idem.

<sup>202</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 38.

<sup>203</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 45.

<sup>204</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 24. “A categoria dos direitos da personalidade constitui-se, portanto, em construção recente, fruto de elaborações doutrinárias germânica e francesa da segunda metade do século XIX. Compreendem-se, sob a denominação de direitos da personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade.”

jurisprudência, ao conceber o Estado como única fonte criadora do Direito.<sup>205</sup> Via de conseqüência, o direito geral de personalidade fragmentou-se em diversos direitos de personalidade autônomos, que deveriam estar tipificados em lei. Por outro lado, ocorreu uma bipartição da tutela da personalidade em direitos públicos da personalidade e direitos privados da personalidade, “os primeiros destinados a tutelar as pessoas e a sociedade contra as ingerências do Estado e os segundos adstritos à tutela entre os particulares.”<sup>206</sup>

No Brasil, o Código Civil de 1916, influenciado pelas codificações alienígenas e pelo colonialismo, refletiu os ideais da classe dominante e o modelo econômico liberal do século anterior, exprimindo valores burgueses, afastados da realidade concreta e dos interesses da maior parte da população. Era um diploma individualista, que concedia ao indivíduo plena liberdade de regulamentar seus próprios interesses; e patrimonialista, por privilegiar a proteção do patrimônio acima dos valores e desejos próprios do ser humano, muitas vezes impondo sacrifícios pessoais aos membros da família<sup>207</sup>. Nesse contexto, os direitos da personalidade ficavam relegados a um segundo plano.

O Código Civil de 1916 não tratou de um direito geral de personalidade, seguindo o modelo dos demais códigos liberais da época, inspirados no positivismo jurídico e na dicotomia entre o direito público e o direito privado.

Entretanto, o sistema idealizado pelos jusnaturalistas e pandectistas, codificadores do direito civil, foi abalado pelas profundas transformações econômicas e sociais provocadas nos povos a partir das duas grandes guerras mundiais ocorridas no século XX.

O total desrespeito pela vida humana e pela liberdade do homem, que

---

<sup>205</sup> BOBBIO, Norberto. Op.cit., p. 89-90. Em linhas gerais, como frutos da doutrina individualista e voluntarista que marcou o século XVIII e o início do século XIX, os Códigos continham um conjunto de regras claras e acessíveis em seu significado, limitando-se o juiz à aplicação daquilo o que estava na lei, sem valorar a situação concreta, sob pena de usurpar a sua função jurisdicional. CHAUI, Marilena. Op. cit., p. 466-469. Sobre a influência desse período histórico e dos valores do liberalismo. DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.) Op. cit., p. 551. Afirma o autor que a exigência de precisão e de um rigor metodológico dos Códigos, além da possibilidade de maior previsão dos resultados respondia, na época, aos anseios do capitalismo. “..os contratos tinham de ser cumpridos porque investimentos foram feitos com base nessa expectativa.” Daí a necessidade da idéia de completude e de certeza do direito, conjugada à proibição do *non liquet*. Nesse tempo, retratado tardiamente no Código Civil de 1916, o indivíduo constituía o valor fundamental do direito privado, merecendo gozar de toda estabilidade e segurança que a ordem jurídica pudesse garantir para propiciar a expansão de seus negócios e a circulação de suas riquezas, sem entraves legais.

<sup>206</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., p. 45. Ver também: SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 43-44.

<sup>207</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 4.



caracterizou os regimes totalitários da primeira metade do século XX na Europa, despertou nos povos a necessidade de proteger o indivíduo como ser humano sob todos os aspectos. Percebendo que o sistema desenvolvido pelo direito civil clássico já não respondia mais aos anseios sociais, nem à exigência de garantia dos valores da personalidade, os constituintes passaram a ditar princípios e regras nas Constituições dos diversos Estados, no intuito de regulamentar as instituições jurídicas fundamentais, preenchendo as lacunas deixadas pelo sistema fechado dos Códigos Civis.<sup>208</sup> Tal fenômeno acabou por excluir o direito civil da “tradicional posição de ponto nuclear da ordem jurídica dos povos, vindo a ocupar seu lugar a Constituição.”<sup>209</sup>

As Constituições promulgadas a partir do pós-guerra priorizaram a tutela especial do indivíduo como pessoa, a proteção de sua personalidade e a garantia da dignidade do ser humano, recolocando o indivíduo como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica. Deu-se início à chamada *repersonalização* do direito civil, decorrente da preocupação com a valorização da pessoa e da dignidade existencial do ser humano, colocado como centro referencial do ordenamento.<sup>210</sup> No dizer de Orlando de Carvalho, o direito deixa de ser um simples sistema lógico, como pretendia a doutrina moderna, para tornar-se um sistema axiológico, um sistema ético em que o homem aparece como o primeiro e mais imprescindível dos valores.<sup>211</sup>

Assim, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, operou-se substancial transformação dos valores sociais e dos sistemas jurídicos, e houve necessidade de adaptar o Direito à nova sociedade que rapidamente se desenvolvia, acarretando mudanças econômicas, sociais e

---

<sup>208</sup> Aos poucos, restou ultrapassada a idéia de que a sociedade era constituída de um conjunto de indivíduos isolados e auto-suficientes, cabendo ao Estado tão somente a garantia de regras neutras e cientificamente elaboradas e, principalmente, de que o direito seria infenso aos valores. Houve necessidade de intervenção do Estado para amenizar os conflitos sociais que começavam a aparecer, e regular situações jurídicas decorrentes da nova realidade econômica, não previstas pelos Códigos. O processo intervencionista acabou por subtrair do Código Civil setores inteiros da atividade privada, que passaram a ser integralmente disciplinados por leis especiais, dando origem a um direito especial cada vez mais relevante e abrangente, através do qual o legislador buscou assegurar os resultados sociais pretendidos pelo Estado. Fernanda Borghetti Cantali, reportando-se a Natalino Irti, menciona que “iniciou-se a 'era da descodificação', substituindo-se o monossistema do Código Civil por um polissistema, formado por estatutos autônomos ou microsistemas do Direito Privado.” CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. Cit., p. 52.

<sup>209</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 56.

<sup>210</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, p. 78.

<sup>211</sup> CARVALHO, Orlando de. Op. cit., p. 90/91.

políticas.<sup>212</sup>

Aparecia uma sociedade mais preocupada com a justiça social, com a proteção dos mais fracos, com a solidariedade e com a igualdade material, em lugar da igualdade meramente formal, que só existia no mundo abstrato.

Nesse contexto, surgiu um modelo jurídico mais próximo da realidade, mais flexível e marcado pela valorização do ser humano e de sua dignidade, que rompeu definitivamente com os postulados do Estado Liberal. Comentando essa passagem da modernidade para a pós-modernidade, Maria Christina de Almeida afirma:

A própria idéia de sistema foi revista nessa transformação. A que fundamentou a construção jurídica da época moderna foi marcada pela unidade, plenitude e coerência, como produto de puras conexões lógicas decorrentes de princípios fundamentais dispostos de modo estático e fechado, próprio do juracionalismo inicial. No momento atual, a concepção que domina a idéia de sistema é de um conjunto aberto e dinâmico, que continuamente se enriquece e se reconstitui.<sup>213</sup>

Iniciou-se, portanto, uma nova era, com novas concepções e novos valores, buscando a efetiva proteção da pessoa humana, que se sobrepôs aos meros interesses patrimoniais. Afirma-se que o Direito Civil passou por um processo de despatrimonialização.<sup>214</sup> O Direito voltou-se ao ser humano concreto, à proteção de sua personalidade e de sua própria natureza, ao livre desenvolvimento da pessoa e ao pleno exercício da cidadania, passando o Estado a intervir em todos os ramos do direito privado, para impor limites ao individualismo exagerado que marcara o sistema anterior.<sup>215</sup>

---

<sup>212</sup> OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Revisitando Max Weber: em busca de raízes da diversidade cultural e do pluralismo jurídico. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. (Org.) **Faces do Multiculturalismo: Teoria, Política, Direito.**, p. 85/86. Na passagem do Estado liberal para o Estado interventor, com seu renovado papel social, passou-se a buscar um direito civil que fosse do indivíduo à pessoa, da neutralidade para um compromisso maior com a justiça social e com a valorização da pessoa humana como ser dotado de dignidade. Nas palavras do autor: “A preocupação preferencialmente mais localizada dos juristas-sociólogos em relação com o Direito se deveu, em grande parte, à percepção de que a expansão e o aumento da complexidade social das sociedades capitalistas não cabiam mais no esquema doutrinário dominado pelo positivismo jurídico, nem mesmo no âmbito das previsões do Direito positivo da época, o que conduziu esses juristas a pensarem, de modo inicial e decisivo, os excessos do formalismo jurídico. Tais preocupações, pouco a pouco, foram se localizando em diferentes setores do sistema jurídico, como é o caso da luta para fazer do juiz algo mais do que a boca da lei.” Acrescenta o autor que “certas estruturas, culturais e jurídicas, que em seu afã de racionalização, na modernidade, se tornaram sutis instrumentos de dominação.”

<sup>213</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 52/53.

<sup>214</sup> FACHIN, Luiz Edson.. Op. cit., p. 78.

<sup>215</sup> Nesse sentido, Cláudia Lima Marques lembra que, segundo a teoria de Erik Jayme sobre o “diálogo das fontes na pós-modernidade”, os direitos humanos passaram a exercer a função de elemento guia, servindo como únicos valores, novos e seguros, a serem utilizados na busca da equidade e na construção de um novo Direito. Nas palavras da autora: “Os direitos humanos seriam as novas ‘normas fundamentais’ e esses direitos incluídos nas

Profundos avanços também se operaram no direito de família. A família patriarcal, hierarquizada, fundada no casamento indissolúvel, vista como unidade de produção, formada para agregar e transmitir patrimônio aos herdeiros, sem importar os laços afetivos ou a felicidade de seus membros, não resistiu às transformações e às reivindicações da nova sociedade que se impunha frente aos progressos científicos e tecnológicos.

Por meio de microssistemas, aos poucos se institucionalizou a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos; ampliaram-se as possibilidades de reconhecimento dos filhos; admitiu-se o divórcio; disciplinou-se a união estável, entre outras formas de constituição de família; e regulamentou-se a procriação artificial, passando a família a ser vista como unidade formada por laços de afeto, capaz de propiciar a realização pessoal de seus membros. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo 'afeto', como mola propulsora.<sup>216</sup>

A passagem do Estado Liberal para o Estado Democrático e Social exigiu mudanças na atuação do Estado, que passou a ter participação mais ativa na esfera privada, alterando a relação entre o espaço público e o espaço privado.

Foi essa alteração dos contornos e do papel do Estado, chamado a proteger os direitos fundamentais do cidadão, interferindo em todos os setores da esfera privada, que tornou possível o desenvolvimento da categoria dos direitos da personalidade, considerados essenciais à integridade da pessoa humana.<sup>217</sup>

Em um primeiro momento, os direitos fundamentais foram vistos como simples formas de defesa dos indivíduos contra intervenções ou arbitrariedades do

---

constituições influenciariam o novo direito privado, a ponto do Direito assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos, mas como incentivador de uma ação afirmativa do Estado para alcançar a equidade e a igualdade material entre todas as pessoas na nova sociedade multicultural.” MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 30.

<sup>216</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 04.

<sup>217</sup> Sobre a origem dos direitos da personalidade: ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 49/55; FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 1 a 15; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.**, p. 150 e ss.; SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit.; CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit.; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 23-58.

Estado totalitário. A preocupação com a pessoa humana apresentava-se apenas no sentido de estabelecer garantias políticas e de tutelar a integridade física, a liberdade e a privacidade dos cidadãos, entre outros direitos pessoais, no âmbito do direito público, como forma de protegê-los contra os abusos do Poder Público. Nesse ambiente, foram editadas as declarações de direitos humanos, que diziam respeito aos direitos essenciais dos indivíduos perante o Estado.

Entretanto, a sociedade mais tarde passou a demonstrar especial atenção à pessoa humana, vista como titular de direitos decorrentes de sua própria existência, que deveriam ser protegidos não apenas em relação ao Estado ou a entidades estatais, mas também em relação a outros particulares, pessoas físicas ou jurídicas. A pessoa tornou-se a preocupação central dos novos tempos, passando a ocupar o topo do ordenamento jurídico, como destinatária da proteção dos atributos e projeções de sua personalidade.

No Brasil, a Constituição de 1988 incorporou, em seu texto, direitos e garantias fundamentais elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, expressando a vontade do constituinte em dar proteção à pessoa como ser ontológico e axiológico, dotado de valores morais e de dignidade. O ser humano concreto apareceu no centro da atenção da nova ordem constitucional, e o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no art. 1º, III, garantiu o resguardo dos direitos inerentes à personalidade.<sup>218</sup>

Ao situar os princípios fundamentais logo após o preâmbulo da nova Carta, o constituinte elevou-os à condição de valores diferenciados e superiores a toda a ordem jurídica, irradiando seus efeitos por todo o direito privado. Assim, os direitos fundamentais<sup>219</sup>, inerentes à própria noção de pessoa, passaram a merecer tutela prioritária do Estado, constituindo parâmetro hermenêutico que vincula o exercício

---

<sup>218</sup>SZANIAWSKI, Elimar. Op. Cit., p. 56; CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. Cit., p. 51/52. A Constituição de 1988 inspirou-se nas Constituições européias do século XX (em especial, na Constituição de Weimar), que passaram a trazer, em seus textos, institutos de Direito Privado, “como o direito de propriedade, o direito de família e o direito contratual, limitando a atuação dos particulares, e gerando a possibilidade de tutela de direitos que ficavam à margem do sistema fechado imposto pelos Códigos. Esse movimento denominou-se de constitucionalização do Direito Privado.”

<sup>219</sup>CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade.**, p.17/18. Direitos fundamentais ou direitos essenciais são aqui empregados como sinônimos de direitos da personalidade. Segundo o autor: “Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade.”

das atividades econômicas à realização de valores sociais e existenciais decorrentes da personalidade humana. Desta forma, princípios de ordem pública passaram a permear o direito privado, impondo uma releitura do direito civil, no sentido de revigorar seus institutos, “de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.”<sup>220</sup>

A interpenetração do direito público e do direito privado fez surgir um Direito Civil-Constitucional<sup>221</sup>, com nova dogmática e novos valores, voltados à pessoa humana como prioridade e razão de ser do Estado e do ordenamento jurídico.<sup>222</sup> O direito civil voltou-se aos interesses humanitários e ao livre desenvolvimento do ser humano. No dizer de Gustavo Tepedino, ao dissertar sobre a nova dogmática do direito civil:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve-se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.<sup>223</sup>

Assim aparece uma proteção especial à pessoa, não mais como simples sujeito de direitos e obrigações, mas como ser humano dotado de dignidade e de atributos naturais inerentes à sua própria existência. E, nessa linha de raciocínio, os direitos da personalidade e os direitos humanos identificam-se quanto à titularidade, já que ambos referem-se à pessoa humana.

A distinção entre eles está em que os direitos humanos, originariamente, eram aqueles direitos essenciais do indivíduo perante o direito público, para protegê-lo contra os abusos do Estado. Já os direitos da personalidade diziam respeito ao direito privado, e tutelavam relações entre particulares, defendendo o cidadão dos

---

<sup>220</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 21.

<sup>221</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., p. 85. “A constitucionalização da proteção da personalidade se deve ao fato de os Códigos de feição liberal não se ocuparem desta temática, eis que seu enfoque principal era a proteção dos interesses patrimoniais da pessoa. Essa lacuna foi, então, preenchida pela proteção constitucional. Já a efetividade da norma constitucional de proteção da personalidade se dá na medida em que a Constituição passou a ser o centro de integração do sistema jurídico de Direito Privado, o que impõe uma atitude hermenêutica de análise, interpretação e aplicação de qualquer norma infraconstitucional de acordo com o preceito constitucional.” Sobre a idéia de interpenetração do direito público e do direito privado, que caracteriza a sociedade contemporânea: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil-Constitucional., p. 284-285; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 8-12.

<sup>222</sup> PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit., 2002, p. 07 e ss.

<sup>223</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 22.

atentados praticados por outras pessoas.<sup>224</sup> Atualmente, o direito de personalidade consiste em um direito subjetivo de categoria especial, de proteção e de respeito a todo ser humano. E, de acordo com Elimar Szaniawski, um direito de tamanha magnitude, “que representa a parte intrínseca do ser humano, as manifestações de sua personalidade, somente poderá encontrar a tutela efetiva ao tornar-se uma cláusula geral constitucional pétrea.”<sup>225</sup> Por tal razão, a personalidade humana, na atualidade, não é tutelada somente no âmbito do direito civil, mas sim na Constituição, diante da noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade.

Portanto, a palavra personalidade, que antes era usada para significar capacidade de ter direitos e obrigações, passou a ser entendida, na pós-modernidade, como um fato natural do ser humano, ou, nas palavras de Maria Christina de Almeida, como:

o conjunto de características e atributos da pessoa, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico e, mais, como valor, tendo em conta os atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano e que se irradiam na personalidade.<sup>226</sup>

São, pois, os direitos da personalidade, aqueles direitos fundamentais da pessoa, que têm por objeto a própria pessoa, que garantem a fruição dos aspectos materiais e espirituais da pessoa como um todo, de parte dela, ou de suas projeções, e que devem ser respeitados pela coletividade para assegurar o normal desenvolvimento do ser humano.<sup>227</sup> São direitos subjetivos privados, que têm como características: a generalidade (são direitos naturais do ser vivo, ou inatos, como

---

<sup>224</sup> TEPEDINO, G. *Idem*, p. 33.

<sup>225</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>226</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. *Op. cit.*, p. 65. Também Gustavo TEPEDINO, ao discorrer sobre o tema, lembrou a conceituação dos direitos da personalidade dada pelo direito português (*Op. cit.*, p. 28): “A distinção entre os conceitos de personalidade como objeto e como sujeito de direitos é clarificada pelo Código Civil Português, a partir da análise do art. 70, I, que estabelece a tutela geral da 'personalidade física ou moral' dos indivíduos, assim considerada, pela doutrina, como 'os bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem'. Remarcou-se que 'a personalidade surge, aqui imediatizada no ser humano e configurada como objeto de direitos e deveres, não se perspectivando como elemento qualificador do sujeito da relação jurídica enquanto tal, cuja qualificação nos é dada antes pelas idéias de personalidade jurídica, ou seja, pelo reconhecimento de um centro autônomo de direitos e obrigações, e de capacidade jurídica, isto é, pela possibilidade jurídica inerente a esse centro de ser titular de direitos e obrigações em concreto'.”

<sup>227</sup> Ou, nas palavras de Adriano de CUPIS (*Op. cit.*, p. 17): “Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade.”

afirma parte da doutrina<sup>228</sup>); o caráter absoluto (são oponíveis *erga omnes*, devem ser respeitados por todos); a extrapatrimonialidade (são insuscetíveis de avaliação econômica, estão fora do comércio); a intransmissibilidade (são inseparáveis da pessoa, nascem e se extinguem com ela, embora alguns interesses referentes à personalidade se mantenham mesmo após a morte do titular <sup>229</sup>); a imprescritibilidade (não se extinguem pela falta de uso ou pela inércia na sua defesa, não podem ser adquiridos por outra pessoa, nem ficam sujeitos à execução forçada); a irrenunciabilidade (não se pode alienar nem renunciar à personalidade); a vitaliciedade (são direitos que permanecem ligados definitivamente à pessoa do titular); e o fato de serem ilimitados (não se pode limitá-los em *numerus clausus*, porque são próprios do ser humano)<sup>230</sup>.

Embora ilimitados, já houve quem pretendesse classificar os direitos da personalidade, destacando-se, no Brasil, o estudo detalhado feito por Rubens Limongi França, e no direito estrangeiro, o trabalho elaborado por Adriano De Cupis, que inspiraram inúmeros outros autores<sup>231</sup>.

Gustavo Tepedino, entendendo insatisfatórios os critérios de classificação desses direitos, preferiu dividi-los em dois grupos:

os direitos à integridade física e os direitos à integridade moral. No primeiro grupo situam-se o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver. No segundo, encontram-se o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome e o direito moral do autor.<sup>232</sup>

Destes, evidentemente decorrem inúmeros outros direitos, pois, como já se

---

<sup>228</sup> Em sentido contrário, posicionam-se abalizados juristas, entre os quais está Adriano de Cupis, que menciona não ser possível denominar os direitos da personalidade como “direitos inatos”, tendo em vista que eles estão vinculados ao ordenamento positivo tanto como os outros direitos subjetivos. (CUPIS, Adriano de. Op. cit., p. 18.)

<sup>229</sup> Para exemplificar, Gustavo TEPEDINO (Op. cit., p. 34) reproduz o ensinamento do autor português Diogo Leite de CAMPOS (**Lições de Direitos da Personalidade**, p. 43) que observa: “a doutrina, as leis, os juízes, afirmam a permanência, depois da morte, de um certo número de interesses e de direitos respectivos: o direito à sepultura e à sua proteção; o direito ao seu cadáver e de decidir o seu destino; o direito à imagem que 'era', e também o direito à imagem do cadáver; o direito ao nome; o direito moral do autor; etc'.”, e complementa: “Os parentes e herdeiros do falecido não defendem um interesse próprio (o que é evidente, por exemplo, tratando-se da defesa de um nome que não é usado pelo que o defende) mas sim um interesse do defunto”, concluindo: “Assim a personalidade jurídica prolonga-se, é 'empurrada', para depois da morte.”

<sup>230</sup> Tais características são referidas por Maria Celeste Leite SANTOS (Op. cit., p. 157/160); Gustavo TEPEDINO (Op. cit., p. 33/35); Orlando GOMES (Direito de Personalidade. In: **Revista Forense. V 216.**).

<sup>231</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. p. 411. FRANÇA, R.L. **Direitos da Personalidade: coordenadas fundamentais.**, p. 8-11. CUPIS, Adriano de. Op. cit., p. 13 e ss.

<sup>232</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 35.

afirmou, os direitos da personalidade são ilimitados e impossíveis de serem relacionados de forma completa e exaustiva.

Tais direitos estão previstos, em nosso ordenamento, na Constituição Federal, no Código Civil<sup>233</sup> e em leis especiais, e sua tutela exige ao mesmo tempo a proteção do Estado, da família, da comunidade, de associações e de quaisquer outras entidades intermediárias, em especial quando se tratam de direitos relacionados à família. É o caso das procriações artificiais e do direito do filho ao nome, à paternidade e ao conhecimento de sua origem, para citar apenas alguns exemplos.

Os direitos da personalidade estão presentes em todas as áreas do direito, sendo o direito de família especialmente rico em situações envolvendo aspectos da personalidade humana.

As normas que hoje disciplinam a família devem convergir para a proteção da pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade, sendo esta a preocupação máxima da ordem jurídica na contemporaneidade. Destarte, qualquer forma de violação da dignidade humana, sob o pretexto de proteção do núcleo familiar, tornou-se descabida, abusiva e, até mesmo, inconstitucional.

A pessoa tornou-se o valor supremo, merecedora de proteção, no mundo contemporâneo, a razão de ser do Estado e da família. E a família passou a ter uma função social, agindo como ponto de referência do indivíduo, como ambiente privilegiado “para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.”<sup>234</sup>

A nova ordem jurídica, que tem como parâmetro hermenêutico os princípios fundamentais situados no início da Constituição<sup>235</sup> - destacando-se entre eles a

---

<sup>233</sup> Os direitos da personalidade estão disciplinados no Capítulo II do Livro I da Parte Geral do novo Código Civil, nos artigos 11 a 21. Segundo afirma Fernanda Borghetti Cantali (Op. cit., p. 92-101), os direitos da personalidade, no novo Código, “foram regulados de forma tímida e tipificadora, conforme a doutrina da década de sessenta, que não conhecia a cláusula geral de proteção da pessoa, que veio consagrada na Constituição de 1988. Portanto, para driblar esta postura tipificadora, deve-se reconhecer que o novo Código apenas trouxe os princípios fundamentais da temática, não pretendendo, portanto, ser exaustivo.”

<sup>234</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 13.

<sup>235</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., O Código Civil, bem como as normas de especialização, encontram-se subordinados aos princípios constitucionais. Essa leitura de todo o ordenamento privado, conforme os valores e princípios constitucionais, constitui uma faceta do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado. Tal mudança de perspectiva impôs ao operador do direito o dever de aplicar diretamente os princípios e os valores constitucionais, “não apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, mas também nas relações interprivadas, no âmbito dos seus interesses privados.” A Constituição, colocada no centro do sistema, passou a iluminar, com



dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)<sup>236</sup>, impõe um novo significado da filiação, que se inicia com a inserção da pessoa no ambiente familiar. Todos passam a ter o direito indisponível a uma vida digna, ao conhecimento da historicidade pessoal e da forma como foi gerado, a conhecer a identidade de seus genitores e a verdade sobre sua família, a uma filiação integral, no sentido de possuir um pai e uma mãe.<sup>237</sup>

Desta forma:

tornou-se inadmissível qualquer vedação ou restrição aos direitos fundamentais do cidadão”, impondo-se “o reconhecimento do amplo e irrestrito direito investigatório de paternidade (assim como o negatório), de forma eficaz, liberto de qualquer restrição ou limites, possibilitando o atendimento da determinação constitucional.”<sup>238</sup>

Como conseqüência, as ações para o estabelecimento da filiação passam a ser entendidas como formas de concretização de direitos da personalidade.

Por outro lado, no campo do biodireito, várias questões ainda pendem de regulamentação específica, tais como as formas de utilização do material genético extraído para fins de procriação artificial (incluindo óvulos, espermatozoides e embriões)<sup>239</sup>; a proibição do patenteamento e da mercantilização de genes<sup>240</sup>; a influência do anonimato dos doadores sobre o incesto e sobre o direito ao conhecimento da

---

seus valores e princípios, todo o ordenamento infraconstitucional, no intuito de salvaguardar uma unidade sistemática, autorizando a incidência direta desses valores e princípios nas relações entre particulares.

<sup>236</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 77. Sobre o tema, enfatiza o autor: “Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais.”

<sup>237</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 71/79. A autora aborda a identidade pessoal como valor pós-moderno, a partir da noção de dignidade humana, interligando temas como direitos fundamentais, personalidade, sistema jurídico, parentalidade e engenharia genética.

<sup>238</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 206.

<sup>239</sup> No Brasil, foi editada a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, a chamada Lei da Biossegurança, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização das atividades que envolvem organismos geneticamente modificados e seus derivados. Em seu artigo 5º, a Lei permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia, desde que atendidas determinadas condições. Em seu art. 6º, a Lei proíbe certos procedimentos como a clonagem humana; a destruição ou descarte no meio ambiente de OMG e seus derivados; a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento, e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição de uso; entre outros. Entretanto, inúmeros outros temas de igual complexidade ainda pendem de regulamentação, e passarão a ser enfrentados pela jurisprudência, no futuro, com suporte na doutrina.

<sup>240</sup> SILVA, Evelise Leite Pâncaro da. Contratos de “bens vivos”: uma realidade desafiadora e instigante, a provocar transformações sociais e jurídicas, e o diálogo das fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.**, p. 353-398; DIAFÉRIA, Adriana. **Patente de Genes Humanos e a Tutela dos Interesses Difusos: o direito ao progresso econômico, científico e tecnológico.**; IACOMINI, Vanessa. **Biodireito e o combate à biopirataria.**, p. 121/143.

origem; o uso terapêutico de materiais genéticos; a clonagem<sup>241</sup>; o uso de útero alheio para procriação; a terapia gênica; o eugenismo<sup>242</sup>; a manipulação do DNA humano<sup>243</sup>; a eutanásia<sup>244</sup>; entre outros de igual relevância. Em todas essas hipóteses, é importante ter em mente que a dignidade da pessoa humana é o critério hermenêutico a ser observado para impor limites à ciência, e que “a pessoa considerada em si e em (por) sua humanidade constitui o 'valor fonte' que arrima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico.”<sup>245</sup> Assim, a idéia de “pessoa” está na base das soluções para todas as questões decorrentes do desenvolvimento da engenharia genética.

Entre os direitos da personalidade incluem-se o direito à vida e à saúde física e psíquica, que legitimam o direito fundamental do filho ao conhecimento de sua ascendência genética, em especial nos casos de adoção ou de procriação artificial. Além destes, outros exemplos de direitos da personalidade comumente lembrados no estudo do direito de família podem ser citados, tais como o direito ao nome; o direito à intimidade; o direito ao planejamento familiar; o direito à proteção do menor; o direito à educação; o direito à alimentação; o direito à proteção médica; o direito ao espermatozóide e ao óvulo; o direito à imagem; e o direito à identidade familiar e social.

Os direitos de personalidade, sendo ilimitados, partem de toda ordem jurídica, pública ou privada. Mas o Estado e a família devem assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade humana, adequando suas condutas aos

---

<sup>241</sup> NAMBA, Edison Tetsuzo. Op.cit., p. 62. “O clone, produto da clonagem, pode ser definido como o conjunto de indivíduos originários de outros por multiplicação assexuada. A pessoa que almeja essa forma de procriação busca auxílio de um médico a fim de ser, novamente, criada, ‘ter uma cópia de si mesma’, sem necessidade do relacionamento com outrem, o qual pode ser totalmente desconhecido, bastando da manipulação do óvulo e a colocação de suas características genéticas no núcleo do gameta feminino. É certo que o fenótipo dependerá de influência do meio, todavia, mantém-se a mesma carga genética (genótipo).” Além da clonagem reprodutiva, existe também a clonagem terapêutica, que consiste na técnica utilizada para gerar tecidos em laboratório, sem implantação no útero.

<sup>242</sup> OLIVEIRA, Simone Born de. **Da Bioética ao Direito: Manipulação Genética & Dignidade Humana.**, p. 124. Entende-se por eugenia os procedimentos capazes de aperfeiçoar a espécie humana, incluindo os fatores que melhoram as qualidades próprias da raça, tanto físicas quanto mentais, e que a desenvolvem de forma perfeita. O eugenismo consiste na idéia de um progresso contínuo e na possibilidade de criar o ser humano perfeito.

<sup>243</sup> SILVA, Evelise Leite Pâncaro da. Ob. cit.; MARTINS-COSTA, Judith. FERNANDES, Márcia Santana. Os biobancos e a doação de material biológico humano: um ensaio de qualificação jurídica. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. (Org.) **Bioética e Direitos Fundamentais.** Op. cit., p. 223-259.

<sup>244</sup> NAMBA, Edison Tetsuzo. Op. cit., p. 171. “Eutanásia, etimologicamente, significa morte serena, sem sofrimento. Atualmente, usa-se a expressão para representar uma morte provocada por sentimento de piedade, por compaixão, à pessoa que sofre. Ao invés de deixar a pessoa morrer, age-se sobre a morte, antecipando-a. A verdadeira eutanásia ocorre quando a morte é provocada em quem é vítima de forte sofrimento e doença incurável.”

<sup>245</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 37.

princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal, que devem nortear a interpretação de todo o ordenamento, visando à garantia e promoção da dignidade humana.

### 1.3 ORIGEM GENÉTICA E ESTADO DE FILIAÇÃO: CONTRADIÇÕES E REALIDADE

Vivemos hoje tempos de grande influência do Direito Público e dos direitos fundamentais do cidadão em todos os ramos do Direito Privado, inclusive no Direito de Família.

O fenômeno da ligação biológica entre pais e filhos sempre constituiu objeto de estudo do Direito de Família, área do direito em que se encontram as regras aplicáveis às relações oriundas do casamento e do parentesco, seja consanguíneo ou civil.

Partindo do princípio de que a origem materna normalmente é conhecida e evidenciada por sinais exteriores, como a gestação e o parto – embora a máxima romana *mater semper certa est* tenha se tornado, na atualidade, objeto de reflexões devido à influência dos avanços biotecnológicos oriundos das procriações artificiais – a preocupação maior sempre foi buscar definir a origem paterna, quase sempre incerta. E, na busca da identificação paterna, o sistema jurídico autoriza o uso das ações de investigação de paternidade para o reconhecimento forçado dos laços biológicos que unem o filho a seu suposto pai, quando não reconhecidos de forma voluntária.

Com efeito, é direito do filho o acesso à biparentalidade, bem como o conhecimento de sua origem genética. É sabido que cada novo ser humano se forma a partir da união de um gameta masculino e outro feminino, cada um deles proveniente de seu pai e de sua mãe biológicos. Tais componentes genéticos são responsáveis pelas características de constituição do ser humano, capazes de diferenciá-lo dos demais indivíduos, e de torná-lo um ser único.

Essa identificação é valor fundamental na formação da integridade psíquica do ser humano e na sua história de vida.<sup>246</sup> Sendo assim, não obstante o tema

---

<sup>246</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 87.

referente à parentalidade biológica pertencer ao Direito de Família e, portanto, ao direito privado, na atualidade, o desvelar da origem genética foi elevado a um direito fundamental da personalidade, na espécie de direito à identidade pessoal, consagrado nas Constituições de alguns países <sup>247</sup> e em Documentos Internacionais.<sup>248</sup>

Tal fato deslocou o tratamento do direito ao conhecimento da origem para o direito público, por integrar os direitos da personalidade.

Por direito à identidade pessoal entende-se o direito de distinguir-se das outras pessoas como ser humano e como ser social, de forma a evitar confusão com os demais indivíduos.<sup>249</sup> “O bem jurídico tutelado é a identidade, que se considera como atributo ínsito à personalidade.”<sup>250</sup> Portanto, trata-se de um direito distintivo da personalidade, atinente ao ser como pessoa.

Como uma forma de individualização, a ascendência ou a origem genética faz parte da personalidade, esclarecendo à pessoa aspectos importantes para a compreensão e o conhecimento de sua própria identidade. Logo, o direito à

---

<sup>247</sup> Convém citar o exemplo da Constituição Portuguesa, de 2 de abril de 1976, que prevê, em seu art. 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana, como valor que deve permear toda a ordem jurídica, do qual decorrem direitos, liberdades e garantias pessoais. Entre os direitos elencados nos artigos 25 e 26 da Constituição portuguesa, encontra-se o direito ao conhecimento da ascendência genética, como um aspecto dos direitos à integridade e à identidade pessoais, considerados como direitos fundamentais da pessoa. O art. 25 dispõe sobre o direito à integridade pessoal, e está assim redigido: “A integridade moral e física das pessoas é inviolável.” E o art. 26 dispõe sobre outros direitos pessoais, e estabelece: “A todos são conhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade.” Nesse sentido, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.**, p. 396. Da mesma forma, a Lei Fundamental germânica, aprovada em Bonn em 23 de maio de 1949, consagra a proteção à dignidade do homem no seu art. 1º, e a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade em seu art. 2º. Da conjugação desses dois artigos extrai-se a tutela do direito ao conhecimento da própria ascendência, como um dos direitos gerais da personalidade, por se tratar de um direito necessário à preservação da individualidade do ser humano, capaz de propiciar o livre desenvolvimento da personalidade. O art. 1º tem a seguinte redação: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.” E o art. 2º dispõe: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.” Sobre o tema: LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.) **A reconstrução do direito privado.**, p. 286-287.

<sup>248</sup> Nesse sentido, a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, aprovada pelo Conselho da Europa, estabelece, em seu art. 1º, a obrigação de proteger “a dignidade e a identidade de todos os seres humanos”, e de garantir “o respeito pela sua integridade e pelos outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina.” Também a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, em seu art. 1º, dispõe que o “genoma humano é a base da unidade fundamental da família humana e do reconhecimento da sua dignidade e diversidade intrínsecas.” Por outro lado, a Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas consagra, em seu art. 7º, que “A criança é registrada logo após o seu nascimento e tem desde então o direito a um nome, o direito a uma nacionalidade e, na medida do possível, o direito de conhecer seus pais e ser educada por eles.”

<sup>249</sup> CUPIS, Adriano de. Op. cit., p. 165.

<sup>250</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.**, p. 129.

identidade pessoal é um direito fundamental que embasa e protege o direito ao conhecimento da origem genética.

Assim, diferente do estado de filiação, que se situa no âmbito do direito de família, é o direito de cada pessoa ao conhecimento da sua origem.

O estado de filiação brota da vontade e dos laços de afeto que se formam e fortalecem na convivência diária entre pais e filhos, dando origem ao parentesco.

O direito da pessoa ao conhecimento da sua origem genética, ou da própria ascendência, inclui-se entre os direitos da personalidade e, portanto, submete-se a tratamento normativo distinto.

Paulo Luiz Netto Lôbo, em texto que bem delineou a distinção entre os dois institutos, observou que estado de filiação e direito ao conhecimento da origem são conceitos diferentes, em que “as normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram.”<sup>251</sup>

O mesmo jurista acrescentou que

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida.<sup>252</sup>

Conhecer a própria origem significa, portanto, ter acesso a suas raízes, a sua ascendência genética, social e cultural. E esse conhecimento, além de constituir direito fundamental e inseparável do ser humano, torna-se necessário para possibilitar a preservação da vida de cada indivíduo, através da revelação da história de saúde de seus familiares de sangue. Assim, a constatação da ascendência genética pode ser usada para impedir o incesto, possibilitar a aplicação das cautelas quanto aos impedimentos matrimoniais, tratar e prevenir enfermidades hereditárias, viabilizar a doação e o transplante de órgãos, entre outros interesses.<sup>253</sup>

Mas o desvelar da progenitura biológica revela-se igualmente essencial nos planos espiritual e psíquico, por viabilizar a formação da individualidade e o

---

<sup>251</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Op. cit., p. 523.

<sup>252</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 524.

<sup>253</sup> Nesse sentido são os estudos feitos por Maria Celina Bodin de MORAES (Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: **Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente**, p. 98/101) e por Sérgio Gischkow PEREIRA. (Op. cit., p. 81/87).

autoconhecimento, definindo a realidade e a historicidade de cada pessoa. “Essa identificação é valor indispensável na esfera personalíssima do ser humano, na formação de sua integridade psíquica, na sua história de vida, no que se pode definir como herança genética”, observa Maria Christina de Almeida.<sup>254</sup>

Tanto a saúde física como a saúde psíquica integram o direito individual e fundamental à vida, direito personalíssimo que deve ser respeitado pela sociedade e pelo Estado, por ser de interesse público. É o que se extrai dos artigos 1º, inciso III, e 227, “caput”, ambos da Constituição Federal brasileira.

O art. 1º, inc. III, reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, legitimando, desta forma, a defesa da personalidade. E, entre os direitos da personalidade, está o direito à identidade pessoal ou à própria historicidade, como espécie do direito à vida.

Por seu turno, o art. 227, “caput”, é claro ao preceituar que:

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. (grifei)

Assim, toda pessoa tem o direito essencial, protegido e tutelado pela Lei Maior, de identificar suas raízes biológicas, como forma de preservar sua saúde e sua vida.

Mas o direito ao conhecimento da origem genética é mais do que um direito assegurado pela Constituição da República. É, na realidade, um direito humano descrito na Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989, recepcionada em nosso ordenamento jurídico através do Decreto 99.710, de 22/11/1990, em conjunto com o art. 5º, § 2º, da Carta Magna, que admite a inclusão de outros direitos fundamentais entre aqueles elencados no art. 5º. Esse mecanismo, que permite um diálogo de fontes com o direito internacional, viabiliza a proteção do direito humano de toda criança conhecer seus pais biológicos, e ter

---

<sup>254</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 87.

acesso às suas raízes culturais, sociais e biológicas.<sup>255</sup>

Constata-se, desta forma, que “Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade”, pois “Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade.”<sup>256</sup>

A paternidade nem sempre decorre da consangüinidade. Prova disto são os vínculos familiares que se formam por adoção, inseminação artificial heteróloga e através da “posse de estado” ou socioafetividade. Também já se disse que “pai” e “genitor” são palavras que expressam diferentes noções, pois não basta reproduzir para ser pai. Eduardo de Oliveira Leite afirma que “Pai é aquele que estabelece um profundo vínculo amoroso com o filho”, acrescentando que “... genitor qualquer homem potente pode ser...”<sup>257</sup>

Nesses casos, em que a relação de paternidade não se forma a partir de laços biológicos com o filho, nada impede que este venha a postular seu direito ao conhecimento da ascendência genética, como decorrência de um direito da personalidade, sem reflexos no estado de filiação, previamente estabelecido por laços mais sólidos e verdadeiros firmados no convívio diário.

Esse direito personalíssimo à descoberta da própria ascendência, sem relação com o parentesco ou com o direito de família, já vem sendo contemplado em ordenamentos europeus influenciados por valores “pós-modernos”.<sup>258</sup>

Assim é o caso da Alemanha e de Portugal, que consagram no âmbito do direito constitucional o direito à identidade pessoal, como direito ao livre

---

<sup>255</sup> A idéia sobre o “diálogo de fontes” é desenvolvida por Cláudia Lima MARQUES (Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em Direito Brasileiro – Direito pós-moderno à descoberta da origem? In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 41/52); A mesma autora tem artigo específico sobre o tema: MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: um Tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Coord.) Op. cit., p. 17-66. Sobre o tema referente ao direito ao conhecimento da origem genética como um direito humano, ver também Maria Christina de ALMEIDA (Op. cit., p. 101/105).

<sup>256</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 524 e 525.

<sup>257</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 67 e 77.

<sup>258</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 27/60. O termo “pós-moderno” é utilizado pela autora para traçar a diferença com a modernidade, seguindo os ensinamentos do Professor da Universidade de Heidelberg, Erik Jayme, para quem os novos tempos trazem sensíveis mudanças de valores e de modelos sociais, que influenciam o direito público e os direitos fundamentais. Nesse sentido, ensina a autora: “... o direito comparado pós-moderno estaria mais interessado no diferente, no fluido que divide e caracteriza, no atual e específico de cada ordenamento jurídico, a respeitar a identidade cultural de cada povo.” Ver também JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration: le Droit International Prive Postmoderne*. In: **Academie de Droit International de la Haye.**, p. 36/37 e 246 e ss.; MARQUES, Cláudia Lima. *Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme*. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Op. cit., p. 21 e ss.; MARQUES, Cláudia Lima. ARAÚJO, Nadia. (Org.) **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**.

desenvolvimento da personalidade e à existência digna do ser humano.<sup>259</sup> Da mesma forma, a Espanha e a França procuram destacar a constatação da ascendência como valor fundamental e inseparável da pessoa, devendo ser resguardado igualmente por razões de saúde pública, sem qualquer relação com o parentesco.<sup>260</sup>

Como se observa, esses países já estabelecem nítida separação entre os direitos da personalidade e o direito de família, revelando padrões culturais contemporâneos.

Comparando-se os ordenamentos europeus com o sistema brasileiro percebe-se que, em nosso país, as diferenças entre os dois institutos ainda não são vistas com a mesma nitidez por juristas e operadores do direito. Embora já decorridos mais de dezessete anos da polêmica decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 71.373-4/RS (que deferiu, por maioria, o pedido de recusa do investigado à coleta de material para a realização do exame DNA em ação de investigação de paternidade), a questão permanece tormentosa nos meios jurídicos, e ainda se verificam dúvidas e confusões sobre a matéria inclusive na doutrina.<sup>261</sup>

---

<sup>259</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 98. Ao comentar o sistema alemão, observa a autora que tal direito resulta da conjugação de dois direitos expressos na Constituição daquele país: o da dignidade do homem, como direito intangível (art. 1º), o que consagra o livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º). Referindo-se a tais dispositivos, menciona: “O BVerfG, na avaliação dos dispositivos constitucionais acima referidos, baseou-se, sobretudo, no direito geral da personalidade, por se tratar de direito ao desenvolvimento autônomo da condição de pessoa e da conservação da individualidade como ser humano. Sob esse prisma, para o BVerfG não interessa o fenômeno da ascendência genética entendido de acordo com as ciências biológicas, mas a sua compreensão tem uma dimensão juridicamente distinta e autônoma: o direito ao conhecimento da própria ascendência se caracteriza assim porque, como atributo de individualização, assume na consciência do indivíduo uma posição-chave para a criação da individualidade e do auto-entendimento, propiciando o livre desenvolvimento da personalidade.” A mesma autora, reportando-se ao sistema português, esclarece estar o direito ao conhecimento da origem incluído nos artigos 25 e 26 da Constituição Portuguesa, que dispõem, respectivamente, sobre o “direito à identidade pessoal” e “outros direitos pessoais”. Tais dispositivos, interpretados em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, como fundamento de toda a ordem jurídica, constituem a garantia do “direito à integridade e à identidade pessoais, que tutelam a localização social do indivíduo.”

<sup>260</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 524/525. Sobre o tema, salienta o autor que a lei francesa 2002-93, de 22 de janeiro de 2002, dispõe sobre “o acesso à origem das pessoas adotadas e dos ‘pupilos do Estado’ (filhos de pais desconhecidos ou que perderam o poder familiar, enquanto aguardam inserção em família substituta). A lei francesa tem por fito a necessidade das informações sobre a sanidade, identidade e as condições genéticas, no interesse dos menores, para que possam utilizá-los, principalmente quando adquirirem a maioridade, ou de seus descendentes, para fins de saúde pública e dos próprios, sem qualquer finalidade de parentesco legal”. No que se refere ao sistema espanhol, o autor enfatiza que “ao admitir excepcionalmente a revelação da identidade do doador do material fecundante, (a lei) expressamente exclui qualquer tipo de direito alimentar ou sucessório entre o indivíduo concebido e o genitor biológico.” (grifei)

<sup>261</sup> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e



Com efeito, ainda se faz uso no país de argumentação de cunho individualista e assistencialista, que busca, via ação investigatória, o mero bem estar econômico do filho, através da fixação de alimentos, ao invés de um direito elementar à formação da identidade pessoal. E a via processual utilizada é sempre a ação investigatória de paternidade que, em tese, deveria servir apenas para buscar estabelecer uma paternidade ainda incerta.<sup>262</sup>

A diferença entre o direito internacional e o nosso ordenamento jurídico foi bem exposta por Cláudia Lima Marques, em importante artigo para a superação das distorções sobre a matéria. Assim referiu a autora:

Nesses países (europeus), considera-se hoje o ponto de toque, a concentração para fins jurídicos o direito do filho de saber sua origem. Trata-se de um direito humano de descobrir suas raízes, entender seus traços (aptidões, doenças, raça, etnia) sócio-culturais, direito de vincular-se (mesmo que só juridicamente) com alguém que lhe deu a bagagem genético-cultural básica. No Brasil, o direito do filho de estabelecer a filiação é visto ainda funcionalmente, como um direito subjetivo ordinário de bem estar econômico, é direito de alimentos (e só nesse sentido direito humano de sobrevivência). Na Europa, a função do teste do DNA é a

---

direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.” STF – HC 71373-4/RS – Tribunal Pleno. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Paciente: J.A.G.P.M. Coator: TJRS. Julgado em 10/11/1994. Houve votos vencidos, no julgamento, entendendo que, diante do conflito entre direitos fundamentais (direito do suposto pai à incolumidade física e direito das crianças ao conhecimento da identidade genética), deveria prevalecer o interesse superior dos menores. Votaram nesse sentido os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence. Embora se saiba que hoje a tendência dos Tribunais Superiores seria a de dar prioridade ao interesse maior do filho, ainda se verificam divergências jurisprudenciais nos diferentes Estados do Brasil, o que demonstra a complexibilidade da matéria.

<sup>262</sup> Nesse sentido, pode-se citar como exemplo: TJRS: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. FILHA DE CRIAÇÃO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO. 1. O prazo quadrienal contemplado no art. 1.614 do CCB aplica-se exclusivamente à denominada "impugnação imotivada de paternidade", e não quando a desconstituição de um vínculo parental anterior é mera decorrência da procedência de uma investigatória 2. A relação socioafetiva serve para preservar uma filiação juridicamente já constituída, modo voluntário, pelo registro (que define, no plano jurídico, a existência do laço - art. 1.603 do Código Civil), jamais sendo suficiente para constituí-la de modo forçado, à revelia da vontade do genitor. Dar tamanha extensão a parentalidade socioafetiva, resultará, por certo, não em proteção aos interesses de crianças e adolescentes, mas, ao contrário, em desserviço a eles, pois, se consolidada tal tese, ninguém mais correrá o risco de tomar uma criança em guarda, com receio de, mais adiante, se ver réu de uma investigatória de paternidade ou maternidade. É bom ter os olhos bem abertos, para não se deixar tomar pela bem intencionada, mas ingênua, ilusão de que em tais situações se estará preservando o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o que invariavelmente se encontra por trás de pretensões da espécie aqui deduzida nada mais é do que o reles interesse patrimonial. É de indagar se a apelante deduziria este pleito se os falecidos guardiões fossem pessoas desprovidas de posses. Precedentes. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70041644311, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/08/2011). Também no RESp 220623, julgado pelo STJ em 21-09-2009, em que foi Relator o Min. Fernando Gonçalves, publicado no DJe de 21-09-2009 e na RSTJ, Vol. 216, p. 481, admitiu-se a possibilidade jurídica de filho adotivo investigar a paternidade biológica para obter alimentos, entendendo não poder haver restrição do direito de reconhecimento ao estado de filiação.

mesma, mas o resultado é diferente, se a concentração é no direito fundamental da criança.<sup>263</sup>

Mas existe uma hipótese em que a origem biológica adquire relevância para o direito de família. Isso acontece quando a pessoa ainda não teve seu estado de filiação estabelecido. Nesse caso, como todo ser humano tem direito fundamental ao estado de filiação, a paternidade genética, uma vez determinada, servirá igualmente para formar um vínculo de parentesco entre o genitor e o filho.<sup>264</sup> Assim, ainda que não se possa obrigar ninguém a amar o filho que gerou (como acontece em tantos casos que diariamente aportam às Varas de Família), ao menos o estado de filiação se define, impedindo que a pessoa fique desprovida de pai ou de mãe.<sup>265</sup> Por outro lado, poderá usufruir das garantias mínimas, como o direito ao nome, aos alimentos e àqueles decorrentes do direito sucessório.

No direito brasileiro, já se viu que houve uma crescente proteção dos filhos havidos fora do casamento, sem paternidade reconhecida, através dos

---

<sup>263</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 31.

<sup>264</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 524. Nesse sentido, afirma com muita precisão o autor: “Em contrapartida, toda pessoa humana tem direito inalienável ao estado de filiação, quando não o tenha. Apenas nessa hipótese, a origem biológica desempenha papel relevante no campo do direito de família, como fundamento do reconhecimento da paternidade ou da maternidade, cujos laços não se tenham constituído de outro modo (adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse de estado). É inadmissível que sirva de base para vindicar novo estado de filiação, contrariando o já existente”.

<sup>265</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Revista Brasileira de Direito de Família n° 1.**, p. 71/72. Para exemplificar como o fator biológico não é suficiente para estabelecer verdadeiro vínculo familiar entre pais e filhos, o autor comentou uma reportagem da revista VEJA sobre o tema: “Na edição de 21 de abril de 1999, a revista VEJA traz relatos impressionantes de dramas familiares conseqüentes aos resultados de exames de DNA, incluindo relações destruídas, principalmente pela comprovação de que alguém não era filho do pai que imaginava ser. Atribuir-se a paternidade a alguém, com todos os desdobramentos jurídicos, psicológicos e sociais, não afeta apenas o filho e o pai biológicos, mas a todo o conjunto familiar. Em alguns casos, principalmente de crianças de tenra idade, após os resultados positivos, os pais assumiram voluntariamente a assistência material dos filhos, encerrando o processo judicial. Em outros, especialmente quando os filhos já eram adultos, houve recusa à aproximação afetiva, restando apenas a obrigação econômica, como no caso de Pelé. Note-se que em nenhum dos casos relatados, há referência a início de convivência; as mães continuaram com seus filhos e os pais permaneceram separados, alguns negando-se a visitar ou estabelecer qualquer vínculo mais estreito com os filhos. Assim, a revelação da origem biológica não foi suficiente para gerar família, no sentido de comunhão de afeto. Quando muito, estabeleceu-se a relação jurídica de parentesco. A revista dá notícia, igualmente, de frustrações, em decorrência de erros nos resultados dos exames de DNA: laços afetivos iniciados foram desfeitos, deixando seqüelas emocionais quando o erro foi descoberto (troca de material genético; descuidos ou imperícias).” Ou ainda, nas palavras de Maria Cláudia Crespo BRAUNER: “Nem sempre aquele que gera se interessa por sua descendência e há de aceitar-se que muitos pais e mães genéticos prefeririam que seu filho não tivesse sido gerado, e podem passar de uma atitude de negação da existência do filho ao completo desprezo pelo seu destino, principalmente quando o vínculo formal de filiação foi estabelecido de forma forçada, através de uma investigação de paternidade.” (**Novos contornos do direito da filiação:** a dimensão afetiva das relações parentais. Disponível em <http://www.direitodafamilia.net/listaartigo>. Acessado em 26/12/2006). Ou, lembrando a simplicidade e a profundidade de Luiz Edson FACHIN, para definir o real sentido de paternidade, decorrente da posse de estado: “Se o vínculo genético é um dado, a posse de estado é um construído.” (**Curso de Direito Civil: Direito de Família**, Op. cit., p. 321).

microsistemas editados quando ainda vigia o Código Civil de 1916, até o advento da Constituição de 1988, que trouxe em seu texto os princípios da paternidade responsável (art. 226, §7º) e da unidade de filiação (art. 227, §6º). Na mesma linha de proteção, seguiram-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, através de seu art. 27), a Lei da Averiguação Oficiosa da Paternidade (Lei 8.560/92, que atribuiu legitimidade ativa ao Ministério Público para propor ação investigatória, por seu art. 2º, §4º), e, por último, o Código Civil de 2002 (que, em seu art. 1.596, repetiu o princípio constitucional da plena isonomia entre os filhos). Tais textos legislativos revelam a preocupação do Estado em determinar a origem biológica para definir o estado de filiação de todo aquele que ainda não possui paternidade ou maternidade estabelecida.

Segundo esclareceu Maria Christina de Almeida, ao comentar a evolução legislativa no Brasil, “A preocupação de todas as reformas aqui expostas centraliza-se na busca do filho por seu pai de sangue, por sua origem genética, por sua historicidade pessoal calcada, fundamentalmente, na identidade do pai, dado que compõe sua história de vida.”<sup>266</sup>

Essa crescente preocupação pública pela proteção dos interesses do filho - que é hoje considerado como sujeito de direitos – incluindo o direito ao estabelecimento de sua ascendência biológica - acabou levando grande número de especialistas a confundir “estado de filiação” com “conhecimento da origem genética”.

É verdade que a busca pela origem genética confunde-se com o estado de filiação, quando este ainda não foi definido, pois, nesse caso, o exame de DNA, que será realizado em ação investigatória, poderá também determinar uma relação de paternidade, além de revelar as raízes de sangue do investigante. Entretanto, torna-se descabida a demanda investigatória de paternidade quando já definido o estado de filiação, a menos que seja intentada para garantir interesse do filho, de exercer seu direito de opção pelo “vínculo de paternidade que entenda ser mais relevante.”<sup>267</sup> Nesse caso, admite-se a pretensão da pessoa ao conhecimento de

---

<sup>266</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 115.

<sup>267</sup> MARQUES, Cláudia Lima. CACHAPUZ, Maria Cláudia. VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Op. cit., p. 22/23. Lembrando mais uma vez os ensinamentos do Professor alemão Erik Jayme, as autoras trazem exemplo de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, admitindo o direito do filho adotivo de ver reconhecida a sua paternidade biológica, na busca de suas origens, conferindo-lhe o direito de optar pelo

sua ascendência biológica, como resultante de direito da personalidade, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de direito fundamental de identidade, a ser reconhecido através da aplicação de critério hermenêutico pós-moderno, que não deve, de forma alguma, ser obstaculizado, mesmo quando já definida a paternidade, por constituir interesse prioritário do filho.<sup>268</sup>

É possível, pois, concluir, que, no atual estágio de evolução do Direito e das relações familiares no Brasil, do conhecimento científico e dos valores sociais, não se pode mais confundir estado de filiação com origem biológica. Esta já não determina obrigatoriamente o estado de filiação, que pode igualmente ser definido por outros fatores, como pela adoção, pela inseminação artificial heteróloga ou pela posse de estado de filiação. Para abranger todas essas situações, levando em conta os interesses e os valores tidos como essenciais pela sociedade, impõe reconhecer que o estado de filiação tem necessariamente natureza cultural (ou socioafetiva).

Por seu turno, o direito ao conhecimento da origem genética refere-se à formação biológica de cada ser humano, e sua natureza é de direito da personalidade.

Na hipótese de estado de filiação não-biológico já estabelecido através de vínculo afetivo formado ao longo do convívio familiar, a origem biológica normalmente não deve prevalecer ao parentesco assim consolidado. No entanto, a origem genética poderá interferir nas relações de família nos casos em que não há estado de filiação constituído, tornando-se desnecessária a comprovação da convivência familiar em tais hipóteses. E, somente nesse sentido, não havendo estado de filiação estabelecido, a investigação da origem biológica constituirá meio de prova para o reconhecimento da paternidade ou da maternidade, em demandas investigatórias.

---

vínculo de paternidade que considere mais relevante (Apel. Cível nº 595118787, da Oitava Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Eliseu Gomes Torres, julgada em 09/11/1995).

<sup>268</sup> TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial nº 65.**, p. 32. Defendendo a publicização do Direito Civil e, em especial, do Direito de Família, conclui a autora que: "... mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte, devem o Juiz e o Jurista proceder ao inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular 'sensibilidade constitucional' que, em última análise, e sempre, verifiquem o teor e o espírito da Constituição".

## 2 A VERDADE PROCESSUAL NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

### 2.1 O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO

O tema referente à filiação, conforme já sustentado, é de fundamental importância para o direito de família, tendo em vista que os filhos representam a continuidade do indivíduo, da família, da sociedade, e constituem o futuro da humanidade.

O vocábulo “filiação” exprime a relação que existe entre o filho e as pessoas que o geraram, relação estreitamente ligada à transmissão da vida, mas também à necessidade de sobrevivência, já que o ser humano necessita de cuidados desde o nascimento, sendo um ser social por excelência.

Com efeito, o ser humano não é capaz de viver isolado desde a sua infância até a idade adulta, tendo a necessidade de pertencer a um grupo, para enfrentar as hostilidades da natureza e para desenvolver normalmente as suas faculdades humanas. Durante sua infância, a criança depende de seu grupo familiar, formado por seus pais (biológicos ou socioafetivos), encontrando na família a proteção e o afeto necessários ao seu desenvolvimento e à aquisição dos conhecimentos que lhe serão úteis no decorrer da vida. Esses mesmos conhecimentos serão mais tarde transmitidos aos descendentes, quando a pessoa atingir a maturidade. Esse ciclo de transmissão de vida e de conhecimentos de uma geração a outra, deriva da necessidade humana de viver e de sobreviver, tanto para o indivíduo, como para todo o grupo social, para a espécie e para o Estado.

Da relação de filiação, nascem importantes efeitos jurídicos, tanto de cunho material como pessoal. Asseguram-se aos filhos, nascidos de relação matrimonial ou extramatrimonial, direitos iguais, como “o direito ao uso do nome dos pais, ou ao patronímico; o direito de receber alimentos, de ser criado, educado, e receber toda série de atenções e atendimentos que uma pessoa necessita até capacitar-se a subsistir por suas próprias condições; e a contemplação na herança.”<sup>269</sup>

Os direitos decorrem do simples fato da filiação, tendo em vista que hoje não se faz mais diferença entre filhos nascidos do casamento ou não, conforme

---

<sup>269</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 404.

assegura o art. 227, § 6º, da Constituição Federal. As antigas distinções entre filhos já não persistem, sendo vedado qualquer tipo de discriminação da filiação, seja qual for a natureza do relacionamento entre os pais.

Questão importante, portanto, é o da prova da filiação. O elemento determinante da prova da filiação é a declaração no registro civil de nascimento, esclarecedor das dúvidas sobre a origem e os dados de identificação do filho. O assento do nascimento tem força probatória *erga omnes*, embora se admita a desconformidade entre o registro e a realidade, nos casos de erro ou falsidade.

A filiação matrimonial se estabelece por dois caminhos fundamentais, segundo ensina Luiz Edson Fachin<sup>270</sup>: “pelo reconhecimento ou pela incidência da presunção *pater is est.*” A presunção de paternidade (art. 1.596, inc. I e II) não é absoluta, admitindo prova em contrário, nas hipóteses dos arts. 1.599 a 1.601 do novo Código Civil, como é o caso, por exemplo, da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ou da falta de coabitação entre os cônjuges.

A filiação extramatrimonial se estabelece pelo reconhecimento voluntário ou pelo reconhecimento forçado. Luiz Edson Fachin prefere denominar o reconhecimento voluntário de reconhecimento espontâneo, na maioria dos casos, usando o termo “voluntário” para uma única hipótese. Segundo o autor, o reconhecimento espontâneo seria aquele feito no termo de nascimento, ou por escrito público ou particular; o reconhecimento voluntário seria aquele feito na forma da Lei nº 8560/92 (que regula a averiguação oficiosa de paternidade); e o reconhecimento forçado seria aquele feito via ação investigatória de paternidade ou maternidade.<sup>271</sup>

O reconhecimento feito na averiguação oficiosa de paternidade não seria considerado espontâneo nem forçado, na visão do autor, pois não decorre de decretação judicial da paternidade. Trata-se de reconhecimento voluntário, que não pode ser chamado de espontâneo, porque a declaração da paternidade é feita em juízo, tomada a termo, e encaminhada ao Oficial dos Registros Públicos para proceder à complementação do termo de nascimento. Apesar do envolvimento do juiz, o reconhecimento continua sendo voluntário, uma vez que, em caso de recusa, após a oitiva do suposto pai, terá de ser promovida a ação de investigação de

---

<sup>270</sup> FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 227.

<sup>271</sup> FACHIN, L. E. Idem, ibidem..

paternidade, pelo filho ou pelo Ministério Público, esgotando-se o procedimento.<sup>272</sup>

Na realidade, Luiz Edson Fachin denomina de reconhecimento espontâneo aquilo que a doutrina clássica costuma denominar de reconhecimento voluntário, ou seja, as demais formas de reconhecimento previstas nos incisos I a IV do art. 1609 do novo Código Civil.

O direito brasileiro admite quatro modalidades de reconhecimento voluntário (ou espontâneo) de filho extramatrimonial.

A primeira delas refere-se ao reconhecimento formal feito pelo pai ou pela mãe no próprio registro do nascimento, mediante declaração realizada perante o Oficial do Registro Civil, assinando o termo na presença de testemunhas. Em caso de dúvida, o interesse prevalecente deve ser sempre o do filho, que tem direito à integral filiação.

No caso de declaração feita apenas pela mãe, em que há menção ao nome do suposto pai, será instaurado o procedimento de averiguação oficiosa da paternidade, na forma da Lei 8.560/92, para que este seja notificado e compareça em juízo a fim de confirmar ou não a paternidade. Em caso positivo, será lavrado o termo de reconhecimento e remetido ao Oficial para a averbação. Em caso de recusa, serão extraídas cópias e enviadas ao Ministério Público para avaliar a possibilidade de ajuizar ação de investigação de paternidade.

A segunda modalidade é o reconhecimento indireto, feito através de manifestação não dirigida diretamente ao registro de nascimento. Trata-se do reconhecimento feito por escritura pública ou escrito particular, este devidamente averbado em cartório, e desde que redigido de modo claro e indiscutível. A lei não define qual o tipo de documento ou escrito particular, podendo ser qualquer um, como menciona Paulo Luiz Netto Lobo: “O reconhecimento pode estar em carta, em declaração, em mensagem eletrônica, desde que sua autoria seja indiscutível.”<sup>273</sup>

A terceira modalidade é o reconhecimento feito em testamento, ainda que incidentalmente manifestado. Não há necessidade de haver testamento específico para o reconhecimento. “Basta que o testador, de modo expresso e direto, anuncie que determinada pessoa é seu filho, para que ele assuma essa condição e participe como herdeiro necessário dos bens que deixar.”<sup>274</sup> O testador pode optar por

---

<sup>272</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.**, p. 233.

<sup>273</sup> LÔBO, P. Idem, p. 234.

<sup>274</sup> LÔBO, P. Idem, *ibidem*.

qualquer dos tipos de testamentos previstos no Código Civil: testamento público (escrito pelo tabelião); testamento cerrado (escrito pelo testador e aprovado e cerrado pelo tabelião); e testamento particular (escrito e lido pelo testador na presença de pelo menos três testemunhas). Além dessas formas, existem os testamentos especiais: marítimo, aeronáutico e militar. É importante ressaltar que o reconhecimento da paternidade não pode ser revogado, nem mesmo através de outro testamento, nos termos do art. 1.610 do Código Civil. Sendo assim, a revogação ou a invalidação de um testamento não contaminam o reconhecimento da filiação nele contido, salvo nos casos de nulidade ou de anulabilidade.<sup>275</sup>

A quarta e última modalidade de reconhecimento refere-se ao reconhecimento incidental, quando o pai ou a mãe fizer manifestação expressa e direta perante o juiz. Ao receber a manifestação inequívoca de que o manifestante é pai ou mãe de determinada pessoa, o juiz reduzi-la-á a termo e encaminhará a certidão correspondente ao juiz competente para apreciar os feitos relativos aos registros públicos, a fim de que seja determinada a averbação no registro de nascimento do filho. O ato em que o genitor expressa sua manifestação voluntária de reconhecimento pode resultar de qualquer depoimento incidental feito em juízo, ainda que o depoimento tenha finalidade diversa. Entretanto, se “o ato for confissão do réu em ação de investigação de paternidade ou maternidade, não será reconhecimento voluntário, pois depende de sentença transitada em julgado.”<sup>276</sup>

Observa-se, através das variadas formas de reconhecimento voluntário, que o legislador procurou facilitar o reconhecimento da filiação ao pai e à mãe, ainda que a manifestação destes não se faça através do procedimento regular, de declaração no registro de nascimento do filho.

Entretanto, caso não ocorra o reconhecimento voluntário, poderá ser promovido o reconhecimento forçado, via ação investigatória, pelo filho ou pelo Ministério Público (que passou a ter legitimidade para ajuizar demanda investigatória através da Lei 8.560/92).

Tanto o reconhecimento voluntário como o reconhecimento forçado têm por fim assegurar ao filho o direito ao pai e à mãe. Diz-se voluntário (ou espontâneo) o reconhecimento quando o pai ou a mãe, ou os dois em conjunto ou sucessivamente, reconhecem voluntariamente o filho, cumprindo o dever legal de fazê-lo. Ao

---

<sup>275</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 90.

<sup>276</sup> LÔBO, Paulo. Op.cit., p. 235.



contrário, se não o fizerem, serão condenados por decisão judicial, em ação de investigação de paternidade ou de maternidade. Nesse caso, o reconhecimento será forçado ou compulsório.

O reconhecimento voluntário é ato jurídico em sentido estrito, livre, pessoal, irrevogável, e de eficácia *erga omnes*. Pode ser realizado a qualquer tempo, antes do nascimento, em vida e depois da morte do filho. O ato de reconhecimento não pode sujeitar-se a termo ou a condição.

O reconhecimento voluntário só é possível quando não houver registro de nascimento do filho, ou quando este tenha sido registrado apenas por um dos pais. Via de conseqüência, não pode o pai ou a mãe reconhecer se já houver pai ou mãe registrado. O registro gera presunção da paternidade e da maternidade nele consignados. Por outro lado, o art. 1.604 do Código Civil dispõe que “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.” Sendo assim, para que seja possível o reconhecimento (voluntário), na hipótese de já haver paternidade e/ou maternidade estabelecidos, torna-se necessária prévia decisão judicial de invalidação do registro em razão de erro ou falsidade, proferida em processo judicial no qual serão citados todos aqueles que possam ser atingidos pela referida decisão.

O reconhecimento voluntário realizado por ambos os pais é hipótese de ocorrência pouco freqüente, pois decorre da inexistência de registro de nascimento ou de sua invalidação. Normalmente, a paternidade decorre do estabelecimento inicial da maternidade, seja por se tratar do marido da mãe (presunção *pater is est*), seja pelo fato de se conhecer o nome da mãe que deu à luz o filho, e declarou seu nascimento no registro. Assim, pode-se dizer que, em regra, a mãe é conhecida, e seu nome consta no registro de nascimento da criança, salvo algumas exceções, como são os casos de crianças abandonadas, ou de omissão dos pais.<sup>277</sup>

Contudo, impõe ponderar que, diante dos avanços técnico-científicos e dos enormes progressos resultantes das pesquisas na área da engenharia genética, verificados a partir da segunda metade do século XX, surgiram novas situações que vêm convocando juristas a repensarem as bases de um novo direito, derivado de uma nova realidade, em que as antigas certezas são contestadas e devem ser revistas.

---

<sup>277</sup> MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse. Op. cit., p. 239/240.

As novas técnicas de reprodução assistida induzem o mundo jurídico a rever as antigas assertivas a respeito do fenômeno da maternidade. Até pouco tempo, não havia dúvida em se afirmar a maternidade da gestante, diante dos sinais aparentes que a gravidez e o parto sempre expuseram.

Hoje, todavia, é possível ocorrer casos de dúvidas sobre a maternidade, mesmo diante dos visíveis sinais da gestação.

Caio Mário da Silva Pereira cita, como exemplos, os casos de fertilização *in vitro* heteróloga e de “gestação de substituição”.<sup>278</sup>

No primeiro caso, procede-se à implantação de um embrião em uma mulher, utilizando-se óvulos de outra mulher. Trata-se de fertilização *in vitro* heteróloga, em que se utilizou material biológico proveniente de outra mulher, diferente daquela que será a gestante. Nesse caso, se a doadora do óvulo tentasse reivindicar a maternidade, oferecendo-se a apresentar prova (pericial, pelo exame de DNA) contrária à presunção resultante da gestação, normalmente não teria sucesso, como pondera Eduardo de Oliveira Leite. Com efeito, quando a doadora de óvulo fornece material genético, abdica voluntariamente da sua maternidade jurídica, da mesma forma que o faz aquela genitora que entrega uma criança para adoção, renunciando a todo e qualquer direito de filiação até então existente. Portanto, passa a ser mãe aquela que deu à luz o filho, de acordo com os critérios jurídicos existentes para solucionar o novo questionamento.<sup>279</sup>

No caso da “gestação de substituição”, ocorre o contrário. Trata-se do caso em que a doadora do óvulo não abdica da maternidade jurídica, porque deseja ter o filho, mas apenas se utiliza da técnica de reprodução assistida para tal finalidade. Em tais hipóteses, a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta as normas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil, dispõe que devem ser observados os seguintes critérios: a) a gestação de substituição pode ser utilizada desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética; b) as doadoras temporárias de útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina; c) a doação temporária de útero não poderá ter

---

<sup>278</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 83/84.

<sup>279</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 397.

caráter lucrativo ou comercial.<sup>280</sup> A matéria não foi regulada pelo Código Civil de 2002, e é bastante polêmica, razão pela qual a prática já vem sendo vedada em muitos países.<sup>281</sup>

Por último, é importante lembrar que, nas demandas em que se discute a falsidade do registro de nascimento, devido à ocorrência da chamada “adoção à brasileira” ou “adoção simulada”, uma nova orientação jurisprudencial já vem procurando atribuir maior relevância ao fenômeno da paternidade ou maternidade socioafetiva, que deve ser preservada na proteção do interesse prioritário do menor. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, as decisões mais recentes dos Tribunais Superiores sobre o tema preconizam que, sendo nobre o motivo que levou o agente a registrar como seu o filho de outrem, não se configura o dolo específico do crime previsto no artigo 299 do Código Penal.<sup>282</sup> Nesse caso, é possível aplicar o perdão judicial, previsto no parágrafo único do artigo 242 do mesmo diploma legal.<sup>283</sup>

Tais posicionamentos confirmam a atual tendência de maior valoração de certos princípios insculpidos na Constituição Federal, como aquele referente ao interesse prioritário do menor, nas questões referentes ao reconhecimento de paternidade. Não há mais dúvidas de que hoje se procura facilitar o estabelecimento dos vínculos paterno-filiais, valorizando os laços afetivos e familiares construídos na vida quotidiana, no interesse do filho.

Todavia, não ocorrendo o reconhecimento voluntário, sempre é possível postular o reconhecimento compulsório da paternidade, via ação de investigação de paternidade, a fim de que tal vínculo seja declarado judicialmente, evitando que o filho fique desprovido de pai em seu registro de nascimento e, via de consequência, impossibilitado de exercer os direitos daí decorrentes.

---

<sup>280</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 83.

<sup>281</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 398/401 e 419 e ss.; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 852/863. No direito comparado, a posição praticamente unânime é contrária à prática da maternidade de substituição. Há posições mais restritivas, como é o caso da Alemanha, e mais liberais, como ocorre nas legislações de alguns Estados norte-americanos. No Canadá também há diversidade de posturas. A Áustria e a França rejeitam a prática. O Conselho da Europa também se manifestou contrariamente sobre a maternidade de substituição, optando por seguir uma linha tradicional, no sentido de que a mulher que dá à luz uma criança deve ser considerada como sua mãe.

<sup>282</sup> CP: “Art. 299 – Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.”

<sup>283</sup> CP: “Art. 242 – Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena – reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único – Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.”

## 2.2 O RECONHECIMENTO FORÇADO DA FILIAÇÃO

No que se refere ao reconhecimento compulsório de paternidade, é hoje amplamente admitido, sem os preconceitos que marcaram o passado, e que aos poucos perderam consistência, sendo completamente eliminados de nosso ordenamento positivo com o advento da Constituição de 1988.

Com efeito, a matéria foi objeto de grandes modificações legislativas no decorrer do século passado, culminando com o inovador tratamento dado pelo Código Civil de 2002 às ações de investigação de paternidade, para as quais já não mais se exige a ocorrência de qualquer das causas de pedir, antes relacionadas taxativamente no art. 363 do Código Civil de 1916.<sup>284</sup>

A ação de investigação de paternidade/maternidade encontra-se localizada no art. 1.606 do Código Civil de 2002, segundo entende grande parte da doutrina, havendo, no entanto, divergências de alguns autores, que afirmam referir-se tal dispositivo apenas à “ação de prova da filiação”.<sup>285</sup> Dispõe o art. 1.606:

Art. 1606. A ação de prova da 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.”

Percebe-se, diante de tal dispositivo, que tem legitimação ativa para propor a ação de investigação de paternidade o filho, representado ou assistido por sua mãe ou por tutor, no caso de ser ainda menor. Sendo assim, nenhum outro parente, ainda que tenha relevante interesse jurídico ou moral, tem em tese o poder de agir e, portanto, não pode ajuizar a demanda investigatória, caso não iniciada em vida pelo

---

<sup>284</sup> O art. 363 do Código Civil de 1916 previa, como causas autorizadas da ação de investigação de paternidade, o concubinato, o rapto, a ocorrência de relações sexuais, ou o escrito. Nos três primeiros casos, o investigante deveria comprovar a ocorrência do requisito alegado (concubinato, rapto ou relações sexuais), na época da concepção, durante a instrução do processo, para obter um juízo de procedência do pedido ao final.

<sup>285</sup> Para Caio Mário da Silva Pereira, o art. 1606 do novo Código Civil tem apenas “a finalidade de demandar o reconhecimento da filiação, ou seja, a investigação de paternidade ou maternidade.” Já Paulo Luiz Netto Lobo discorda deste entendimento, afirmando que “a ação de prova da filiação não se confunde com a investigação de paternidade. A primeira tem por fito comprovar a situação de fato referida no art. 1.605, ou a posse do estado de filho, cuja aparência resulta de presunção veemente ou de começo de prova por escrito de pais ausentes ou falecidos; em outras palavras, de regularização de registro de nascimento, que deixou de ser feito ou, se foi feito, não se tem comprovação indiscutível. Ao contrário da investigação, a paternidade nunca foi discutida, pois o pai sempre se comportou como tal. Na ação de investigação, objetiva-se o reconhecimento compulsório do filho, por omissão ou recusa do investigado, tenha ou não havido convivência familiar. Portanto, não tem cabimento na ação de prova da filiação o exame de DNA ou qualquer outra prova da origem genética do filho.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 115.

filho. A doutrina clássica entende que não pode o neto mover a ação contra o avô para forçá-lo a reconhecer como filho o pai dele, investigador, pré-morto, por tratar-se de ação personalíssima.<sup>286</sup> No entanto, as decisões jurisprudenciais mais recentes, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, já admitem a legitimidade do neto para a propositura de demanda investigatória da paternidade do pai pré-morto contra o suposto avô, no intuito de ver declarada a relação de parentesco entre investigador e investigado.<sup>287</sup>

É também esse o nosso entendimento, por ser a busca da ancestralidade um direito personalíssimo do neto, um direito da personalidade ao conhecimento de sua origem genética, direito esse irrenunciável, vitalício, imprescritível e oponível *erga omnes*. Por outro lado, a pretensão do neto está igualmente amparada nos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor, não se podendo olvidar que o direito pós-moderno move-se no sentido de ampliar as possibilidades de reconhecimento das relações de parentesco, para além das hipóteses de filiação.<sup>288</sup>

Questão controvertida é igualmente aquela que se refere à legitimação ativa do nascituro para a propositura da demanda investigatória. Existem duas correntes

---

<sup>286</sup> É esse o entendimento de Caio Mário da Silva PEREIRA (Op. cit., p. 116); de João Manoel de Carvalho SANTOS (**Código Civil Brasileiro Interpretado**, p. 491); Washington de BARROS MONTEIRO (**Curso de Direito Civil: Direito de Família**, p. 258), entre inúmeros outros autores de igual renome. Em sentido contrário, há a opinião abalizada de Arnaldo Rizzardo (Op. cit., p. 461), que considera “válida a pretensão dos filhos, substituindo o pai, em investigar a filiação deste, junto ao avô, dirigindo a lide contra os referidos herdeiros.” O autor assim entende porque o dispositivo citado não exclui outros interessados de postularem seu direito. Ademais, não se admite trancar o exercício de ingressar em juízo, para que se declare um direito. Nesse sentido, mesmo sendo a ação de investigação de paternidade uma ação personalíssima do filho, Caio Mário da Silva PEREIRA lembra que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu, por maioria, uma exceção a esse princípio, em caso em que o suposto filho era maior quando faleceu, sem ter proposto a ação investigatória. Trata-se do RESp nº 269-RS, em que se discutia a carência de ação para a promoção da demanda investigatória instaurada pelos netos contra o suposto avô, com o objetivo de serem declarada a relação de parentesco. Nesse caso, o STJ decidiu, por maioria, que os netos tinham legitimidade para a propositura da ação, devendo a demanda prosseguir para que se declarasse ou não a existência da relação material de parentesco entre eles e o suposto avô. No mesmo sentido, do reconhecimento da possibilidade jurídica dos netos formularem pedido judicial em face do avô, postulando o reconhecimento da paternidade de seu pai, são os RESp. nº 603.885, em que foi Relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ de 11-04-2005, e nº 604.154, em que foi Relator o Min. Humberto Gomes de Barros, publicado no DJ de 01-07-2005. (Op. cit., P. 120/121).

<sup>287</sup> Nesse sentido é o RESp. nº 807.849/ RJ, de 24-03-2010, em que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, publicado na LEXSTJ Vol. 254, p. 91, e na RDTJRJ Vol. 84, p. 98, que admitiu a ação de declaração de relação avoenga, com base no direito personalíssimo dos netos de conhecerem sua ancestralidade e no princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com o v. acórdão: “Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*.”

<sup>288</sup> Paulo Luiz Netto Lobo lembra ainda que o direito a investigar a paternidade ou a maternidade é indisponível. Sendo assim, “o filho não pode celebrar negócio jurídico com o pai ou a mãe, sujeitos a investigação, de modo a abrir mão do reconhecimento da filiação, em troca de vantagens econômicas. O negócio é ilícito por ter objeto ilícito, não produzindo qualquer efeito jurídico.” (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 239)

doutrinárias: a primeira delas atribui personalidade jurídica ao nascituro<sup>289</sup>, e a segunda não admite ter o nascituro personalidade jurídica, diante do disposto no art. 2º do Código Civil. Como consequência da atribuição da personalidade, a primeira corrente admite que o nascituro tenha legitimidade para ingressar com ação investigatória contra o suposto pai. E, ao contrário, a segunda corrente entende não ser possível o ajuizamento da referida demanda pelo nascituro, ainda que representado pela mãe, por ter início a personalidade civil do homem apenas no momento do seu nascimento com vida.

Entretanto, parece-nos mais adequado incluir o nascituro entre os legitimados a ingressarem com ação de investigação de paternidade, diante do que prescreve o art. 2º do Código Civil de 2002, em sua parte final, ao colocar a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. De nada adiantaria por a salvo os direitos do nascituro se ele não tivesse meios de exercê-los. Por outro lado, o art. 1.609, § único, do Código Civil, admite o reconhecimento de filhos mesmo antes do nascimento. E, por fim, é perfeitamente possível hoje em dia a realização de diversos exames intra-uterinos, incluindo o exame de DNA, no sentido de comprovarem a paternidade biológica, o que contribui para a celeridade do julgamento da demanda investigatória, como enfatiza Caio Mário da Silva Pereira.<sup>290</sup>

Discute-se, ainda, sobre a possibilidade de ajuizamento de ação investigatória por quem já tem pai jurídico. Também nesse caso existem duas correntes de pensamento: há os juristas que entendem que, para possibilitar o reconhecimento judicial da paternidade, haveria necessidade de proceder-se antes ao cancelamento do registro de paternidade anterior, através de decisão judicial. Somente após, o filho poderia ajuizar a demanda investigatória. E, de outro lado, existem aqueles que entendem que a anulação do registro anterior seria mera consequência de eventual reconhecimento da paternidade na demanda investigatória. De acordo com esse último entendimento, o filho que já tem pai jurídico teria, portanto, legitimidade para ajuizar ação investigatória contra o investigado.

A jurisprudência vem admitindo o ajuizamento de tais demandas, ainda que

---

<sup>289</sup> CHINELATO e ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. Direitos da Personalidade do nascituro. In: **Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil.**, p. 21-30; CHINELATO e ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. Tutela Civil do Nascituro.

<sup>290</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 124.

o filho já tenha pai jurídico em seu registro de nascimento, entendendo ter ele legitimação ativa para a causa. O que varia é a questão referente ao mérito, pois a tendência mais atual é a de manter a paternidade jurídica quando ela corresponde à paternidade socioafetiva, julgando improcedente a ação investigatória de paternidade movida contra terceira pessoa, ainda que se trate do genitor de sangue. Ou, na hipótese de se tratar de mera paternidade registral, sem a existência de qualquer vínculo socioafetivo entre aquele que consta como pai e o investigante, os Tribunais tendem a acolher o pedido investigatório, desde que devidamente comprovado o vínculo de parentesco durante a instrução, determinando a anulação do registro anterior como consequência da procedência da ação.<sup>291</sup>

A ação investigatória de paternidade é imprescritível, e atualmente já não existe mais nenhuma dúvida sobre esse aspecto. É inequívoco que uma das características do estado das pessoas é sua imprescritibilidade. “Se o estado é imprescritível, imprescritível obviamente será o direito de ação visando a declará-lo, pois que a ação de reconhecimento compulsório é uma ação declaratória. A todo tempo, qualquer filho tem o direito de vindicar *in iudicio* o *status* que lhe compete.”<sup>292</sup>

Por tal motivo, o Superior Tribunal de Justiça tem acolhido a tese da imprescritibilidade quando a ação investigatória implica em cancelamento ou anulação de registro civil anterior de filho, mesmo após já transcorrido o prazo decadencial (de quatro anos) para a desconstituição do registro, previsto no art. 1.614 do Código Civil de 2002.

No que se refere à legitimação passiva da ação investigatória, o art. 1615 do novo Código Civil dispõe que qualquer pessoa que possua justo interesse pode contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade. Sendo assim, a ação pode ser movida contra o suposto pai ou contra seus herdeiros, caso já falecido.

Por fim, no tocante aos meios de prova, convém ressaltar o inegável avanço no campo da identificação humana através do exame de DNA, sendo as provas científicas aquelas mais prestigiadas pelos nossos Tribunais e também pelo Código

---

<sup>291</sup> Nesse sentido é o REsp. nº 256.171- RS , de 02-03-2004, em que foi Relator o Min. Antônio de Pádua Ribeiro, da 3ª Turma do STJ; o REsp. nº 216.719-CE, de 16-09-2003, em que foi Relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, da 4ª Turma do STJ; o REsp. nº 401.965-MG, de 14-09-2004, em que foi Relator o Min. Jorge Scartezzini, da 4ª Turma do STJ; e a Apelação Cível nº 70005246897 da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 12-03-2003, em que foi Relator o Dês. José Carlos Teixeira Giorgis; entre inúmeros outros.

<sup>292</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 130.

Civil de 2002. Contudo, não se pode olvidar que existem as provas documentais e as provas testemunhais.

São, no entanto, as provas científicas da paternidade aquelas de maior interesse para o desenvolvimento do presente estudo, razão por que nos limitaremos a desenvolver o estudo desses meios de prova.

No Direito pretérito já se fez uso de exames fisiológicos (não sanguíneos) como meios de provas da filiação. Através de exames físicos, captavam-se os caracteres hereditários, morfológicos ou funcionais, do filho e do suposto pai, a fim de serem examinados. Assim, comparavam-se as papilas digitais, a cor dos olhos, a cor da pele, a curvatura dos cabelos na região occipital do crânio, a própria semelhança física, além de inúmeros outros traços, devendo ser considerados a incidência de elementos psicossomáticos e o grande número de similitudes entre as duas pessoas envolvidas.<sup>293</sup>

Também já se fez uso de exames sanguíneos por sistemas que se limitavam a excluir a paternidade, em determinados casos. Com efeito, o Sistema ABO, o Sistema MN, e o Sistema Rh tinham capacidade tão-somente para excluir falsas paternidades e, mesmo assim, em número restrito de casos.<sup>294</sup>

Mais tarde, se passou a usar o Sistema HLA (*Human Leucocyte Antigen*), concebido a partir do estudo e da identificação dos antígenos encontrados nos glóbulos brancos do sangue (leucócitos). Tal sistema tornou-se capaz de excluir mais de 95% dos investigados falsamente imputados, e de estabelecer uma probabilidade de paternidade superior a 90% para os investigados não excluídos, o

---

<sup>293</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 156; RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 496 /499; CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de Paternidade & DNA.**, p. 52/55.

<sup>294</sup> CHAMELETE NETO, Alberto. Op. cit., p. 55/59. Segundo o autor, o Sistema ABO foi descoberto em 1900 por Landsteiner, que identificou três grupos sanguíneos distintos: A, B e O. Posteriormente, em 1902, Iturli e Von Decastelo identificaram um quarto grupo, o AB. Exclusões de paternidade são detectadas pelo Sistema ABO, pela impossibilidade de pertencer o filho a um grupo sanguíneo diverso do grupo a que pertencem seus pais. Quanto ao Sistema MN, foi descoberto em 1927 por Landsteiner e Levine, que revelaram a presença de hemácias humanas de dois aglutinógenos independentes daqueles presentes no sistema ABO. São os aglutinógenos M e N. Também por esse sistema haveria a possibilidade de exclusão da paternidade, diante da diversidade de composição sanguínea dentro do Sistema MN. No que se refere ao Sistema Rh, em 1940, Landsteiner e Weiner descobriram um novo fator sanguíneo, que denominaram de Rh. Ele aparece em 85% dos indivíduos da raça branca, chamados de Rh positivos, e é ausente nos restantes, chamados de Rh negativos. Também aparece em 95,5% da raça negra e em 99,4% da raça amarela. O Sistema Rh também tem aplicabilidade no deslinde de questões relativas à paternidade, ao afastar falsos suspeitos. “Entretanto, o percentual de casos excluídos por esses três sistemas é baixo. Apenas em reduzido número de perícias se verifica a inexistência do vínculo biológico entre investigante e investigado. Nos casos restantes, o réu continua figurando como possível pai.”



que já caracterizava hipóteses de inclusão.<sup>295</sup>

Atualmente, a perícia médico-legal pelo Sistema DNA alcançou grande difusão, tornando-se um meio de prova altamente requisitado e reverenciado pela comunidade jurídica, pelo grau de confiabilidade quase máximo que apresenta.

Trata-se de um sistema bem mais complexo do que os sistemas anteriores, que teve origem no conceito de molécula dado por Watson e Crick, em 1953. A partir daí, os estudos evoluíram, e a tecnologia do DNA passou a ser considerada o maior avanço na área judicial desde o advento das impressões digitais. O novo sistema permitiu a afirmação com certeza da paternidade, mostrando-se mais avançado e seguro do que o HLA, embora inicialmente fosse de uso restrito devido aos seus elevados custos.<sup>296</sup>

A nova técnica foi considerada praticamente infalível, por possibilitar resultados positivos de paternidade superiores a 99,9999%, o que significa afirmação absoluta da paternidade. Segundo menciona Caio Mário da Silva Pereira, a base científica do processo explica por que os exames de DNA já contribuíram para a solução de incontável número de ações de investigação de paternidade. Assim sintetiza o renomado mestre:

Os genes são quimicamente constituídos de DNA (ácido desoxirribonucléico), expressos no código genético, à sua vez constituído de sequência de bases de DNA. Variáveis em cada indivíduo, a probabilidade de duas pessoas não aparentadas terem o mesmo padrão de comprimento de minissatélites (ou regiões de genótipo) é na média inferior a uma chance em cem milhões, e como a população mundial é inferior a dez bilhões de pessoas, as 'Impressões Digitais' de DNA são absolutamente específicas para cada indivíduo, tal como ocorre com as impressões digitais do dedo polegar. O DNA para exame pode ser colhido em qualquer parte do corpo que o contenha (sêmen, raiz do cabelo, pele, placenta, etc). O que é mais utilizado é o sangue, pela maior facilidade de obtenção.<sup>297</sup>

E Alberto Chamelete Neto, trazendo detalhado estudo da técnica referente ao exame de DNA, conclui que:

---

<sup>295</sup> CHAMELETE NETO, Alberto. Op. cit., p. 59/61. Refere o autor que “De forma sintética, pode-se dizer que os testes de paternidade feitos pelo sistema HLA visam verificar a correspondência entre os antígenos do suposto pai e os de origem paterna presentes no filho. Se o investigado não possui os antígenos verificados no investigante, herdados do pai natural, a paternidade é excluída. Caso possua, a hipótese é de inclusão, estabelecendo-se uma probabilidade de paternidade.”

<sup>296</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 489 e ss. Refere o autor que, no Brasil, ocorreu o uso pela primeira vez no ano de 1980, na cidade de São Paulo.

<sup>297</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 161.

Em casos de exclusão, afirma-se com certeza que o suposto pai não é o biológico. Em casos de inclusão, é fornecida a probabilidade de paternidade, dada em percentuais que ultrapassam 99,99%, segundo especialistas e laboratórios que realizam os exames e os cálculos.<sup>298</sup>

Como se pode perceber, a ciência em muito já contribuiu para a agilização e a elucidação da verdade biológica em inúmeros processos judiciais.

Mas os avanços técnico-científicos dos últimos anos têm igualmente provocado novos questionamentos a respeito de problemas nunca antes enfrentados na história da humanidade. Um dos mais graves problemas, trazidos pelas contribuições científicas ao campo do Direito Civil - segundo afirma Caio Mário da Silva Pereira - é o da reprodução humana assistida. “Quando a ciência biológica anuncia processo de inseminação artificial ou de fertilização *in vitro*, para proporcionar a gestação sem o pressuposto fisiológico das relações sexuais, uma série de implicações jurídicas eclode..”<sup>299</sup> E, transposta a questão para o campo da investigação de paternidade, vários aspectos devem ser analisados.

A paternidade jurídica dos filhos de relação de casamento gerados por inseminação artificial heteróloga vem regulada no art. 1597, inc. V, do novo Código Civil, que determina a presunção da paternidade do marido da mãe, desde que tenha dado seu anterior consentimento. De acordo com o Enunciado nº 258 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos do Judiciário, do Conselho da Justiça Federal, trata-se de um caso de presunção absoluta da paternidade, que torna inadmissível sua posterior contestação, na forma do art. 1601 do CC.

O Código Civil silencia, no entanto, quanto à possibilidade de revogação do termo de consentimento do marido enquanto não sobrevier a gravidez. É sabido que os tratamentos de reprodução assistida são demorados e, muitas vezes, não têm êxito na primeira tentativa, devendo-se esperar anos para que ocorra a primeira gravidez. Portanto, nada impede que, durante esse prazo, haja a revogação do termo de consentimento. Por outro lado, pode igualmente ocorrer uma separação de corpos, ou cessação da vida em comum, ou um pedido de divórcio, ou ainda, a morte de um dos cônjuges, após já iniciada a gravidez, mas ainda não ocorrido o nascimento da criança gerada por procriação assistida heteróloga. Não havendo

---

<sup>298</sup> CHAMELETE NETO, Alberto. Op. cit., p. 77.

<sup>299</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 165.

respostas para tais questionamentos na lei brasileira, caberá à doutrina e à jurisprudência atribuir soluções para esses e outros problemas que se possam verificar com o uso das novas técnicas de reprodução humana assistida.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama assevera ser inevitável o auxílio do direito comparado na busca de solução para os problemas derivados da biotecnologia, lembrando da larga experiência francesa a respeito das procriações medicamente assistidas.<sup>300</sup>

É importante, ainda, lembrar que a presunção de paternidade prevista no art. 1597 do Código Civil de 2002 não se aplica a pessoas não casadas, podendo surgir inúmeras discussões quanto ao estabelecimento da paternidade dos filhos gerados por inseminação artificial homóloga ou heteróloga quando os pais estejam vivendo em união estável, ou mesmo quando não estejam convivendo.

Na hipótese de inseminação artificial homóloga em que os pais são companheiros (não casados), não se aplica a presunção *pater is est*. No entanto, caso não ocorra o reconhecimento voluntário da paternidade logo após o nascimento, esta pode ser discutida em ação de investigação de paternidade, e nada impede que a paternidade seja comprovada através da realização de um exame de DNA. O mais justo seria, contudo, que o consentimento dado pelo companheiro da mãe para a realização da inseminação artificial tivesse validade para o imediato estabelecimento da paternidade, nos mesmos moldes da solução destinada às pessoas casadas.

Referente à inseminação heteróloga de beneficiários não casados, os problemas que podem surgir se apresentam ainda mais graves, tendo em vista que o companheiro da mãe não é o pai biológico da criança.

No que tange à defesa do réu na ação de investigação de paternidade, duas delas merecem comentários no presente estudo, diante da influência que sofreram pelo avanço da biotecnologia: a alegação da *exceptio plurium concubentium*, que

---

<sup>300</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 777. Menciona o autor que, em casos de procriação medicamente assistida com intervenção de material doado por terceiro, nos termos do art. 311-20 do Código Civil francês, com a redação dada pela Lei nº 94-653, de 29-07-1994, o consentimento será ineficaz em casos de morte, de pedido de divórcio ou de separação de corpos, de cessação da vida em comum, ou de revogação do consentimento por escrito. “Assim, o procedimento médico iniciado, mas ainda não ultimado, relativo à procriação assistida heteróloga, se extingue pela ocorrência de alguma das causas mencionadas, o que se afigura correto e legítimo, porquanto a procriação assistida heteróloga se inseria no projeto parental do casal e não apenas de um dos cônjuges ou companheiros. Contudo, se houve o início da concepção e o início da gravidez da mulher, não dá mais para suspender a procriação assistida heteróloga e, assim, a revogação da vontade anterior, a morte, o divórcio, a separação judicial e a separação de fato não produzirão qualquer efeito no campo da parentalidade-filiação.”

ainda é admitida, mas perdeu força diante da confiabilidade dos resultados dos exames de DNA; e a alegação de impotência *coeundi* ou *generandi*, que se tornou igualmente mais frágil, diante dos novos recursos médicos existentes para solucionar e amenizar tais problemas, e da possibilidade de opção por técnicas de reprodução humana assistidas.

A alegação de *exceptio plurium concubentium* ainda é admitida no direito pátrio, e consiste em demonstrar que, no período legal da concepção do investigante, sua mãe teve relações com outro(s) homem(ns). O período legal corresponde aos primeiros 121 dias, dos 300 que antecederam ao seu nascimento. Caso a mãe tenha recebido vários homens, ou simplesmente outro homem, ainda que também tenha mantido relacionamento com o suposto pai do investigante, recomenda-se que a prova da paternidade seja feita através do exame pericial de DNA.

É importante enfatizar que a Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça menciona: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.” Tal Súmula, lembra Caio Mário da Silva Pereira, “consagra o entendimento jurisprudencial que atribui ao exame de DNA valor absoluto, superior e incontestável, tornando desnecessária a realização de outras provas.”<sup>301</sup>

No entanto, é certo que a paternidade não se pode resumir a uma simples questão biológica. E, nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira comenta uma decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do ano de 2002, que acolheu a alegação da *exceptio plurium concubentium* em processo no qual ocorreu a recusa do investigado em submeter-se à realização do exame de DNA, decisão essa mencionada em artigo de autoria de Zeno Veloso.<sup>302</sup> Por outro lado, não há dúvidas de que “a paternidade mais viva, autêntica e apreciável implica uma adoção que se renova a cada dia.”<sup>303</sup> Desta forma, pode ser “genitor” quem expeliu o

---

<sup>301</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 163.

<sup>302</sup> Idem, p. 180/181. Tratava-se de um caso em que o réu trouxe ao processo uma única prova, no sentido de que a mãe da autora vivia em pensão, na zona do meretrício, sendo freqüentada por fregueses, mantendo encontros sexuais com vários homens, no mesmo dia, restando cabalmente demonstrada a *exceptio*. A investigante, pessoa de 40 anos de idade, apresentara somente alegações, e solicitara a realização do exame de DNA. Na data marcada para a perícia, o investigado não compareceu, injustificadamente. O acórdão entendeu que a recusa ao exame poderia ser um reforço de prova, mas sozinha não poderia ser o suficiente para a declaração da paternidade, principalmente porque fartamente comprovada a *exceptio plurium concubentium*.

<sup>303</sup> VELOSO, Zeno. A Sacralização do DNA na Investigação de Paternidade. In LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação.**, p. 389.

espermatozóide que fecundou o óvulo, mas só será “pai” aquele que acolhe a criança e a acompanha em cada dia de sua existência, aquele que a ama e educa, que lhe dá assistência moral, afetiva e material, e que assim se comporta a cada novo dia.

Quanto à alegação de impotência, ainda hoje pode constituir defesa na ação investigatória, embora com algumas reservas. Na hipótese de azoospermia (ausência de espermatozóide no sêmen), até alguns anos atrás a única solução era recorrer a um doador de esperma. Atualmente, existem técnicas que viabilizam a fertilização *in vitro* a partir de células especiais, que podem dar origem aos espermatozóides, sendo que eventuais obstruções podem ser resolvidas por cirurgias.<sup>304</sup>

É evidente que continuarão a existir casos de impotência *generandi* ou *coeundi*, impossíveis de serem solucionados por técnicas médicas. Todavia, não se pode olvidar que hoje existe a possibilidade de se utilizarem técnicas de reprodução humana assistida homóloga ou heteróloga, em que outros critérios devem ser considerados para a atribuição da paternidade, conforme já comentamos anteriormente.

Conclui-se, portanto, que, não obstante a Constituição de 1988 tenha equiparado todos os filhos e proibido quaisquer designações discriminatórias, a ação de investigação de paternidade subsiste, desde que haja interesse legítimo em provar a relação parental. Quanto às defesas dos réus em tais demandas, tornaram-se mais frágeis, diante do inegável avanço que o progresso da ciência e os exames de DNA trouxeram para o campo da identificação humana.

Nesse sentido, Zeno Veloso assevera:

Dominando a tecnologia do DNA, a Engenharia Genética imprimiu autêntica revolução na questão da paternidade. Aquilo que, desde a origem do homem, era um enigma, passou a ser desvendado, com apregoada certeza e relativa facilidade. Terminou a insegurança dos testemunhos, a falibilidade das provas indiretas, circunstanciais, indiciárias. Como diz EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, a ‘rainha das provas’ suplantou todas as perícias hematológicas empregadas até então no debate judiciário civil e penal; o desenvolvimento da genética na última década abriu novos horizontes para a pesquisa científica, para as intervenções no campo biomédico e no campo das práticas jurídicas, que nos interessa mais particularmente.<sup>305</sup>

---

<sup>304</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 182.

<sup>305</sup> VELOSO, Zeno. A Sacralização do DNA na Investigação de Paternidade. Op. cit., p. 387.

Não se pode olvidar, todavia, que a verdade real da filiação não é dada unicamente pela biologia, já que a paternidade e a maternidade são conceitos jurídicos derivados da experiência social e afetiva. Percebe-se, contudo, que os laços de afeto, em muitos casos, desenvolvem-se a partir do conhecimento sobre a verdade biológica, hoje proporcionada pelo exame de DNA.

A partir do estabelecimento judicial da paternidade/maternidade, a averbação da sentença, no registro de nascimento do filho, gera a presunção da paternidade (ou maternidade), com todo o complexo de direitos e deveres decorrentes da relação parental que liga pai ou mãe ao filho, da mesma forma que acontece quando ocorre o reconhecimento voluntário.

### 2.3 OS EFEITOS DO EXAME DE DNA E OS LIMITES DA COISA JULGADA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

O instituto da coisa julgada encontra-se garantido pelo art. 5º, inc. XXXVI<sup>306</sup>, da Constituição Federal de 1988, sendo conceituado no Código de Processo Civil, em seu art. 467, da seguinte forma: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

A coisa julgada é, pois, a qualidade da sentença que não pode mais ser reformada por meio de recurso e nem está sujeita a reexame necessário, adquirindo a característica de imutável, indiscutível e incontestável. O mesmo se encontra disposto no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil.<sup>307</sup> E o art. 468 do CPC complementa tal definição, dispondo que a sentença, que põe termo à controvérsia entre as partes litigantes, adquire força de lei, nos limites do debate e das questões decididas pelo magistrado.<sup>308</sup>

---

<sup>306</sup> CF “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

<sup>307</sup> Lei de Introdução ao Código Civil:

“Art. 6º - A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 3º - Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

<sup>308</sup> CPC “Art. 468 – A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

Através de tais dispositivos, observa-se que o ordenamento jurídico serve-se da coisa julgada como forma de evitar a repetição ao infinito das discussões judiciais e de proporcionar tranquilidade, segurança e a paz social aos jurisdicionados.

Conforme lembra Giuseppe Chiovenda, já na Antiguidade os romanos justificavam a coisa julgada por razões de ordem prática e de utilidade social, para que a vida social se desenvolvesse de forma segura e pacífica. Para que isso ocorresse era necessário garantir o resultado do processo, assegurando a certeza ao gozo dos bens da vida.<sup>309</sup>

A justificativa do instituto da coisa julgada é, assim, uma exigência da ordem e da segurança da vida em sociedade, no intuito de evitar a perduração dos litígios e de situações indefinidas, indesejáveis para se alcançar a certeza do direito e a tranqüilidade dos negócios jurídicos. Ou, nas palavras de Eduardo Couture: “*La cosa juzgada es, en resumen, una exigência política y no propriamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigência práctica.*”<sup>310</sup>

Na realidade, a doutrina costuma apontar duas ordens de fundamentos para justificar a coisa julgada: o fundamento de ordem política e o fundamento de natureza jurídica.

Moacyr Amaral Santos esclarece que “*A verdadeira finalidade do processo, como instrumento destinado à composição da lide, é fazer justiça, pela atuação da vontade da lei no caso concreto.*”<sup>311</sup> É preciso que as sentenças sejam justas, para que tenha sentido a atividade jurisdicional. E, nesse sentido, o processo deveria estar sempre aberto a uma possibilidade de renovação para tentar evitar a ocorrência de injustiças, e diante da falibilidade da natureza humana, o Direito Processual organizou os julgamentos em mais de uma instância, tornando as sentenças impugnáveis por meio de recursos. No entanto, “*no ordenamento jurídico há uma constante luta entre as exigências de verdade e de firmeza.*”<sup>312</sup> A procura da justiça não pode ser indefinida, devendo ter um limite, por uma exigência de ordem pública, para que se verifique a estabilidade dos direitos. Assim, motivos de ordem prática e de exigência social impõem que, a partir de um determinado momento –

---

<sup>309</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.**, p. 370.

<sup>310</sup> COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.**, p. 407.

<sup>311</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.**, p. 41.

<sup>312</sup> GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas.**, p.7.

em que se verifica a preclusão dos prazos para recursos<sup>313</sup> – a sentença se torne imutável, adquirindo, em consequência, *autoridade de coisa julgada*.<sup>314</sup> Tem-se aí o fundamento político da coisa julgada.

Ao comentar o conceito de coisa julgada, Paulo Roberto de Oliveira Lima esclarece:

O instituto da coisa julgada é obrigatório em qualquer sistema jurídico. Submeter matérias à apreciação do Judiciário pressupõe que haja uma resposta final. E não se deve esperar que a definitividade da resposta decorra da satisfação dos litigantes, convencidos da excelência do julgado. A realidade tem demonstrado que, salvo poucas exceções, ninguém se convence do acerto das decisões desfavoráveis obtidas em juízo. No mais das vezes a derrota é atribuída a erro do juiz, quando não a eventual desonestidade. Em outros casos, culpa-se o advogado certamente inepto, ou a ineficiente colheita de provas. Fosse possível às partes litigarem indefinidamente, e elas o fariam, exigindo nova apreciação do assunto, a cada derrota. Não se acham com facilidade entre os homens exemplos do analista desapaixonado que, tendo uma sentença prolatada contra seus interesses, exclame: É verdade, eu não tinha direito! Excelente sentença!<sup>315</sup>

Para Calmon de Passos<sup>316</sup>, a coisa julgada é uma questão de política legislativa, que nada tem a ver com a atividade jurisdicional ou com a própria substância do processo. Entende o autor que o processo busca atingir dois objetivos: a justiça e a segurança, valores esses que são complementares, mas que muitas vezes se excluem, prevalecendo um valor sobre o outro, dependendo do momento histórico em que vive cada sociedade. Sendo assim, existe uma “*eterna dialética entre justiça e segurança*”<sup>317</sup>, uma preocupação constante do ser humano em atingir um ponto de equilíbrio entre as possibilidades de revisão e o nível de imutabilidade dos julgados, na busca de obter juízos corretos e soluções definitivas rápidas.<sup>318</sup>

---

<sup>313</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.**, p.172. “As palavras *coisa julgada* indicam uma decisão que não pende mais dos recursos *ordinários*, ou porque a lei não os concede (segundo lei das alçadas), ou porque a parte não usou deles nos termos fatais e peremptórios, ou porque já foram esgotados. O efeito de uma tal decisão é ser tida por verdade; assim, todas as nulidades e injustiças relativas, que porventura se cometessem contra o direito das partes, já não são susceptíveis de revogação.”

<sup>314</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 41.

<sup>315</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada.**, p. 13/14.

<sup>316</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil.**, p. 224.

<sup>317</sup> GIDI, Antonio. Op. cit., p. 08.

<sup>318</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit., p. 15. Como exemplo de escolha política do legislador brasileiro, o autor cita o momento que ele elegeu para o nascimento da coisa julgada no direito pátrio. Esgotados os recursos ordinários (apelação, agravo e embargos infringentes) e os extraordinários (recurso especial e recurso extraordinário), tal situação ainda não significa, em tese, a definitiva impossibilidade de alteração do conteúdo da sentença, segundo menciona o autor, diante da possibilidade de ajuizamento da ação rescisória. No entanto, entendeu o legislador em considerar já presente a coisa julgada, tão logo exauridas as possibilidades de



*“Ironicamente, quanto mais o sistema prestigia a correção das decisões, mais prejudica a rapidez dos julgados.”*<sup>319</sup> É o que afirma Paulo Roberto de Oliveira Lima, para quem *“a ampliação das possibilidades de recorrer reduz a incidência de erros, mas implica indesejada demora na solução dos litígios”*.<sup>320</sup>

Quanto ao fundamento de natureza jurídica da coisa julgada, não há uma unidade de pensamento entre os juristas, e existem muitas teorias a respeito.<sup>321</sup> Trata-se de tema dos mais controvertidos, e que sempre trouxe certa inquietação aos estudiosos da matéria. Moacyr Amaral Santos aborda, entre outras, a teoria de Liebman, de maior relevância ao presente estudo por ter influenciado o legislador brasileiro, ao conceituar a coisa julgada material no art. 467 do CPC.<sup>322</sup>

As diferentes teorias, em geral, consideram a coisa julgada um dos efeitos da sentença, o seu principal efeito. De forma diversa, Liebman vê na coisa julgada *“uma qualidade especial da sentença, a reforçar a sua eficácia, consistente na imutabilidade da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material).”*<sup>323</sup> A coisa julgada material é também chamada de *“autoridade da coisa julgada”*. Segundo Liebman, *“A autoridade da coisa julgada não impede somente a reprodução da ação, mas ainda qualquer juízo diferente sobre a mesma relação, embora simplesmente deduzida em processo novo por via meramente prejudicial.”*<sup>324</sup>

Para Liebman, a coisa julgada funda-se na necessidade social, reconhecida

---

interposição dos recursos ordinários e extraordinários. A coisa julgada, nesse caso, deve ser considerada relativa, porquanto ainda se permite ao interessado, em alguns casos, atacar a sentença via ação rescisória. Somente depois de proposta a ação rescisória, ou vencido o prazo para a sua propositura, ou proposta a ação sem sucesso, é que se dá a definitividade do julgamento. No entanto, o legislador tomou aleatoriamente o momento da preclusão dos recursos para fazê-lo coincidir com o surgimento da coisa julgada (formal e material). Nesse caso, houve escolha política do legislador, que também poderia eleger outro momento para o nascimento da coisa julgada, como o da preclusão da rescisória, ou até mesmo o da preclusão dos recursos ordinários.

<sup>319</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit., p. 14.

<sup>320</sup> LIMA, P. R. de O. Idem.

<sup>321</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 41/47. O autor faz uma rápida abordagem das seguintes teorias: Teoria da Presunção da Verdade, Teoria da Ficção da Verdade, Teoria da Força Legal ou Substancial da Sentença, Teoria da Eficácia da Declaração, Teoria da Extinção da Obrigação Jurisdicional, Teoria da Vontade do Estado, Teoria de Carnelutti e Teoria de Liebman. Existem outras teorias, pois o tema é bastante polêmico e controvertido. Tais argumentos teóricos, no entanto, não serão desenvolvidos no presente estudo, já que o nosso objetivo limita-se a examinar a possibilidade de relativização da coisa julgada nas investigatórias de paternidade em face dos recentes avanços na área da biotecnologia, que proporcionaram a realização de perícia antes inexistente pelo método de análise do DNA das pessoas envolvidas em tais demandas. Uma exposição completa de todas essas teorias seria tarefa demasiada nos modestos limites deste estudo, e desnaturaria a índole deste breve ensaio sobre os limites da coisa julgada em tais processos.

<sup>322</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Idem, p. 46/47.

<sup>323</sup> SANTOS, M. A., Idem, p. 46.

<sup>324</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.**, p. 47/48.

pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios. Sendo assim, a partir de determinado momento, após a preclusão de todos os recursos, a sentença torna-se imutável e definitiva, não se admitindo mais o seu reexame no processo em que foi proferida (coisa julgada formal), nem em outro processo (coisa julgada material), pelo mesmo ou por outro juiz ou tribunal.<sup>325</sup>

Daí resulta que, por ter força de lei, nos termos do art. 468 do CPC, a coisa julgada material tem força obrigatória, não só entre as partes, mas também em relação a todos os juízes, que têm o dever de respeitá-la.

Entretanto, Sandra Maria da Silva adverte que o instituto da coisa julgada *“não indica nenhuma preocupação com a valoração da sentença, não trazendo nenhuma preocupação de justiça do julgado, mas apenas a estabilidade das relações jurídicas e sociais.”*<sup>326</sup>

Nesse sentido, Giuseppe Chiovenda já afirmava:

Quando se define a coisa julgada como uma “ficção de verdade”, como uma “verdade formal”, como uma “presunção de verdade”, afirma-se uma coisa exata somente no sentido de que, para a maioria dos cidadãos estranhos a uma lide, a sentença aparece como coisa conforme à verdade. Essa, contudo, é tão só a justificação política da coisa julgada. Juridicamente, conforme vimos no princípio (supra, nº 11), a coisa julgada não tem em vista a afirmação da verdade dos fatos, mas a existência de uma verdade de lei no caso concreto.<sup>327</sup>

A coisa julgada é, pois, instituto de direito processual e, sendo assim, recai sobre relações jurídicas, e não sobre fatos. Esses – os fatos – permanecem inalterados, mesmo depois de proferida a sentença, e transitada em julgado.

O instituto da coisa julgada sempre foi alvo de sérios questionamentos dos juristas, diante da eterna preocupação com o equilíbrio entre a concretização da justiça e a garantia de estabilidade das decisões.<sup>328</sup> Mais recentemente, ante a necessidade de maior aderência do processo à realidade e com o intuito de propiciar um efetivo acesso à justiça, a doutrina vem repensando os limites da coisa julgada na seara do Direito de Família, especialmente no que se refere às ações de estado

<sup>325</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 47.

<sup>326</sup> SILVA, Sandra Maria da. Op. cit., p. 149.

<sup>327</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 371.

<sup>328</sup> GIDI, Antonio. Op. cit., p. 8. Lembra o autor que, como afirmava Eduardo Couture, as sentenças devem ser justas, mas uma forma de injustiça é que se leve uma vida inteira para que se chegue a uma sentença definitiva. E acrescenta: “Essa garantia de estabilidade é anseio não somente da parte vencedora, como também da parte vencida e da população como um todo, que precisa movimentar o comércio e as relações jurídicas em geral com estabilidade e segurança. Com efeito, justiça sem estabilidade seria equivalente a nenhuma justiça.”

de filiação.<sup>329</sup>

Já se afirmou que a coisa julgada é expressamente protegida pela Constituição da República, e se encontra elencada entre os direitos e garantias fundamentais, o que demonstra o interesse do Estado em zelar pela segurança e pela paz social, garantindo o fim das controvérsias. Entretanto, cabe à legislação ordinária a regulamentação do instituto, já que o texto constitucional limita-se a proteger a coisa julgada.

A permissão para rediscutir a coisa julgada, na esfera civil, está prevista no art. 485 do CPC, que dispõe sobre a ação rescisória. Através dela, é possível desconstituir uma sentença já transitada em julgado, desde que impregnada de vícios e preenchidos determinados requisitos.<sup>330</sup> No processo penal, constata-se igual possibilidade de desfazer uma decisão condenatória transitada em julgado através da denominada “revisão criminal”, que não se sujeita a prazos preclusivos, podendo ser ajuizada a qualquer tempo.<sup>331</sup>

Maria Christina de Almeida lembra que, contrariamente ao que ocorre no processo civil, em que devem prevalecer a segurança e a estabilidade das decisões judiciais, voltadas à pacificação social, no âmbito do processo penal prevalece uma política humanitária, vez que enaltecidos os valores de preservação da liberdade da pessoa e da vida com dignidade. Assim, para o legislador penal, “*prepondera a*

---

<sup>329</sup> GIDI, Antonio. Op. cit., p. 9. Não se pode esquecer que a doutrina vem igualmente repensando a incidência da coisa julgada em face de espécies diferenciadas de cognição. Exemplos de tal afirmativa são os casos da antecipação dos efeitos da tutela e da ação monitória. No caso da antecipação de tutela, prevista no art. 273 do CPC, o magistrado decide por um juízo de mera probabilidade e verossimilhança. Em que pese a sentença não transitar em julgado, ela se torna objeto de execução. O mesmo ocorre com o procedimento monitório, previsto no art. 1.102 A, 1.102B e 1.102C do CPC.

<sup>330</sup> “Art. 485 – A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida, quando:

I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV – ofender a coisa julgada;

V – violar literal disposição de lei;

VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º - Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido;

§ 2º - É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.”

<sup>331</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal.**, p. 371.

*preocupação com o indivíduo, tolhido em sua liberdade”, ao passo em que, na esfera civil, “há que se seguir uma rígida técnica processual, sob pena de improcedência do pedido rescisório.”*<sup>332</sup>

Todavia, o tratamento humanitário mais sensível dispensado ao indivíduo privado de sua liberdade vem provocando repercussões na esfera civil nos últimos tempos, já que também a identidade e a personalidade de um indivíduo que aspira conhecer suas verdadeiras origens familiares representam direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, e protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, se a vida e a liberdade de indivíduos condenados criminalmente exigem o reexame incondicional das sentenças repressivas, diante do princípio da dignidade da pessoa humana que os protege, o mesmo raciocínio pode ser aplicado na seara cível, nas hipóteses em que a pessoa busca ter acesso à sua identidade e ao seu verdadeiro estado familiar.

Com efeito, desde que a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da igualdade da filiação, em seu art. 227, § 6º, rompeu-se definitivamente com a ordem jurídica anterior, encartada no Código Civil de 1916, que dava tratamento diferenciado aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, através de diferentes designações. A Carta Magna redimensionou a idéia de filiação, representando um avanço no Direito de Família pátrio, ao eliminar as antigas e desprezíveis discriminações que por muitos anos foram utilizadas em nosso ordenamento (filhos legítimos, legitimados, adotivos, ilegítimos, espúrios, adulterinos, incestuosos), redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla e democrática.

A igualdade constitucional entre todas as categorias de filhos – agora chamados simplesmente de “filhos” – tornou possível o seu reconhecimento “*de forma incondicional, libertando-os das situações morais e jurídicas presentes nas relações de seus ascendentes.*”<sup>333</sup> Sendo assim, nada mais impede hoje o reconhecimento do estado de filiação, que é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, capaz de ser exercitado a qualquer momento, sem restrições, contra os pais ou seus herdeiros, conforme prescreve o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90).

Por outro lado, surgiu a preocupação com a descoberta da ascendência

---

<sup>332</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos.**, p. 101.

<sup>333</sup> ALMEIDA, M. C. de. *Idem*, p. 102.

genética. Tal preocupação restou consagrada no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo reforçada pela Lei nº 8.560, de 29-12-92, que regula a investigação de paternidade de filhos extramatrimoniais (ao conceder legitimidade extraordinária ao Ministério Público para propor a ação investigatória de paternidade), e finalmente pelo Código Civil de 2002, que passou a privilegiar o critério biológico no estabelecimento dos vínculos de parentalidade.

Mas ao mesmo tempo em que ocorreu a evolução legislativa, verificou-se um grande avanço na área das ciências e da tecnologia, que possibilitou o surgimento do exame de DNA, elemento precioso na busca do vínculo biológico da paternidade.

Antes do surgimento do exame de DNA, o juiz encontrava-se preso, na ação investigatória, aos indícios e presunções que lhe forneciam os elementos para reconstruir os fatos dentro do processo judicial. Os resultados alcançados pelos antigos testes (não-sanguíneos e sanguíneos), ao lado da prova testemunhal, deixavam uma elevada margem de dúvida sobre a realidade dos fatos. Entretanto, não havia maneira de provar de forma irrefutável a paternidade. Podia-se, no máximo, excluir determinado indivíduo de ser o pai do investigante.<sup>334</sup>

A evolução científica, todavia, possibilitou o surgimento dos precisos testes de DNA, que logo passaram a constituir elementos sólidos para a construção da verdade nos processos judiciais, especialmente naqueles em que se procurava investigar a paternidade/maternidade. Na elaboração do exame de DNA, um resultado de *exclusão* significa a certeza de que o suposto pai não é o pai biológico. Um resultado de *inclusão*, por seu turno, vem acompanhado de probabilidade superior a 99,99% de que o suposto pai seja o pai biológico, resolvendo-se inequivocamente todas as disputas. Ou melhor, se o suposto pai não for excluído, a probabilidade de que ele realmente seja o pai biológico varia entre 99,99% e 99,9999%, dependendo do caso.<sup>335</sup>

Sem dúvida, o DNA trouxe segurança antes inatingível ao resultado das decisões, por se tratar de um método extremamente preciso de identificação do

---

<sup>334</sup> RASKIN, Salmo. **Investigação de Paternidade:** Manual Prático do DNA., p. 13/18; CHAMELETE NETO, Alberto. Op. cit., p. 51/63; RASKIN, Salmo. A análise do DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 312.

<sup>335</sup> RASKIN, Salmo. Op. cit., p. 37.

vínculo genético.<sup>336</sup>

Diante da inegável contribuição da biotecnologia na determinação da ascendência genética através dos modernos testes de DNA (ácido desoxirribonucléico), antes inexistentes, e sobretudo diante das modificações do direito material, que passou a deferir, em caráter constitucional e infraconstitucional, proteção à criança e ao adolescente, passou-se a questionar os limites da coisa julgada nas demandas investigatórias de paternidade, quando decididas sem a realização da perícia em DNA, por não estar ainda disponível ou por falta de condições financeiras das partes à época em que tramitou a ação. Trata-se, na realidade, de ponderar o choque entre o direito à segurança jurídica propiciada pela coisa julgada e o direito à identidade pessoal e à descoberta da própria ascendência, atualmente proporcionado pela precisão do exame de DNA.

Existem diferentes posições doutrinárias a respeito da chamada *relativização*<sup>337</sup> da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

Vários são os autores que defendem a possibilidade de propositura de uma nova ação, para investigar o vínculo biológico entre as partes, no caso de ter sido a primeira decisão proferida sem a realização do exame de DNA. Alguns deles entendem que, na hipótese de ter sido a demanda investigatória julgada improcedente por falta ou insuficiência de provas, ou seja, por não ter sido produzida a prova referente ao exame de DNA, não ocorre coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal, o que permite a renovação do pedido através do ajuizamento

---

<sup>336</sup> CHAMELETE NETO, Alberto. Op. cit., p. 52 e ss. RASKIN, Salmo. Op. cit., p. 317. Existem as perícias genéticas não-sanguíneas e as perícias genéticas sanguíneas. Através das perícias não-sanguíneas, comparam-se a cor dos olhos dos envolvidos no processo, o pavilhão auricular, a cor da pele, eventual anomalia dos dedos, os cabelos, entre outras características físicas. As perícias genéticas sanguíneas podem ser realizadas por diferentes sistemas, destacando-se entre eles os seguintes: Sistema ABO, Sistema MN, Sistema Rh, e Sistema HLA, sendo os três primeiros métodos eritrocitários, e o último, um sistema leucocitário. Existem, entretanto, outros sistemas menos utilizados. Todos esses métodos apresentam-se conclusivos apenas para a exclusão de falsas paternidades, sendo no entanto limitados para elucidarem os verdadeiros vínculos biológicos entre investigador e investigado. Quanto à perícia médico-legal pelo DNA, foi utilizada pela primeira vez em países desenvolvidos em 1988, sendo introduzida no Brasil alguns anos mais tarde. Hoje seu acesso já é garantido a toda a população, através de convênios realizados entre o Estado e os laboratórios.

<sup>337</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. GILANACLETO, Fábio Gil. Coisa Julgada “Relativa” na Ação de Investigação de Paternidade. In: **Revista Forense**. v. 397, p. 636. A respeito do termo “relativização”, os autores esclarecem: “Há de se considerar, primeiramente, que, ao se dizer que algo deve ser ‘relativizado’, pressupõe-se atribuir a esse algo um valor absoluto, pois não teria sentido tentar ‘relativizar’ algo que já é relativo. Segue-se, daí, que o valor da coisa julgada não pode ser tido por absoluto, tendo-se em vista a existência da ação rescisória na esfera cível e a ação de revisão criminal na órbita penal. O que se pretende com a terminologia, em última análise, é o alargamento do campo já hoje ‘relativizado’ da coisa julgada.” A corroborar tal assertiva, podem ser igualmente citados os exemplos das ações de direito coletivo, com prazos e alcance distintos em matéria de coisa julgada, como lembra Sandra Maria da SILVA (Ob. Cit., p. 42).

de nova ação de investigação de paternidade.<sup>338</sup>

Entre os autores que sustentam a possibilidade de *flexibilização* ou *relativização* da coisa julgada estão Humberto Teodoro Júnior<sup>339</sup>, Rose Melo Vencelau Meireles<sup>340</sup>, Jorge Luís Costa Beber<sup>341</sup>, Adalgisa Wiedemann Chaves<sup>342</sup>, Cândido Rangel Dinamarco<sup>343</sup>, Suzana Santi Cremasco<sup>344</sup>, Leonardo de Faria Beraldo<sup>345</sup>, Mauro Nicolau Júnior<sup>346</sup>, Natália e Silva de Almendra Freitas<sup>347</sup>, Cristiano Chaves de Farias<sup>348</sup>, Rolf Madaleno<sup>349</sup>, Maria Christina de Almeida<sup>350</sup>, Sandra Maria da Silva<sup>351</sup>, Ana Carla Harmatiuk Matos e Fabio Gilanacleteo<sup>352</sup>, Luiz Roberto de Assumpção<sup>353</sup>, Éderson Garin Porto<sup>354</sup> e Belmiro Pedro Welter<sup>355</sup>, entre outros de igual renome.

---

<sup>338</sup> DIAS, Maria Berenice. Investigação de Paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. In: **Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 1.**, p. 18-21. Entende a autora que, em casos de ausência de provas nas ações de investigação de paternidade, descabe um juízo de improcedência a cristalizar a inexistência do estado de filiação como coisa julgada. Menciona: “O que se verificou foi falta de pressuposto ao eficaz desenvolvimento da demanda, ou seja, impossibilidade de formação de um juízo de certeza, o que impõe a extinção do processo nos precisos termos do inc. IV do art. 267 do CPC. Tal solução que, tecnicamente, é uma sentença terminativa, viabiliza a possibilidade de qualquer das partes retornar ao Judiciário, munida de melhores e mais seguras provas, para a identificação da verdade no estabelecimento do vínculo mais caro ao ser humano.”

<sup>339</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – Princípio da Verdade Real – Poderes do Juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). In: **Revista de Direito Privado, nº 17.**, p. 9-27.

<sup>340</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. A Prova Biológica do Vínculo Paterno-filial e a Flexibilização da Coisa Julgada. In: **Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 42**, p. 75-93.

<sup>341</sup> BEBER, Jorge Luís Costa. Ação Negatória de Paternidade Aforada por Pai Registral ou Reconhecido Judicialmente. In: **AJURIS – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Nº 73**, p. 201-209.

<sup>342</sup> CHAVES, Adalgisa Wiedemann. Efeitos da coisa julgada: as demandas para o reconhecimento da filiação e o avanço da técnica pericial. In: WELTER, Belmiro Pedro. MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família.**, p. 11-28.

<sup>343</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista da AJURIS, Nº 83**, p. 34-65.

<sup>344</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Notas sobre a Flexibilização da Coisa Julgada nas Ações de Paternidade. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Nº 19**, p. 50-75.

<sup>345</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. A flexibilização da coisa julgada que viola a Constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.) **Coisa Julgada Inconstitucional.**, p. 155-231.

<sup>346</sup> NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Investigação de paternidade procedente – coisa julgada material – prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade – exame de DNA negativo. Qual prevalece? In: **Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Nº 85.**, p. 273-310.

<sup>347</sup> FREITAS, Natália e Silva de Almendra. Da Relativização da Coisa Julgada Material nas Ações Investigatórias de Paternidade. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Nº 11.**, p. 49-66

<sup>348</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação.**, p. 89-111; **Escritos de Direito de Família. Op. cit.**, p. 211-220.

<sup>349</sup> MADALENO, Rolf. A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Op. cit.**, p. 287-309.

<sup>350</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **Op. cit.**, p. 97-108; ALMEIDA, M. C. de. **Op. cit.**, p. 160-176.

<sup>351</sup> SILVA, Sandra Maria da. **Op. cit.**, p. 148-157.

<sup>352</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. GILANACLETO, Fabio. **Op. cit.**, p. 633-654.

<sup>353</sup> ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil.** p. 135-147.

<sup>354</sup> PORTO, Éderson Garin. Coisa julgada inconstitucional nas ações de investigação de paternidade. In PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. (Org.) **Op. cit.**, p. 85-101.

<sup>355</sup> WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa Julgada na Investigação de Paternidade.**

O principal argumento utilizado pela corrente favorável à *relativização* da coisa julgada é de que o direito à filiação é fundamental e personalíssimo, afigurando-se legítima a revisão da decisão que julgou improcedente a anterior ação investigatória, principalmente se a improcedência se houver baseado na falta ou insuficiência de provas. Nesse caso, a coisa julgada não poderia cristalizar uma grave injustiça, como a de impedir a verificação de uma paternidade que restou duvidosa, se hoje é possível tal comprovação, com a certeza da prova científica, através do exame de DNA.

Parte da doutrina considera que a revisão da decisão de improcedência transitada em julgado só poderia ser feita via ação rescisória, e não através de nova demanda investigatória.

Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina entendem ser possível o uso da ação rescisória com fundamento no art. 485, VII, do CPC, tendo em vista que, se é admissível a ação rescisória com base em documento novo, com muito mais razão se deve admitir seu ajuizamento com suporte em exame pericial novo, como é o caso do DNA.<sup>356</sup> A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da possibilidade de equiparar o exame de DNA a documento novo, tendo em vista revelar prova já existente, mas desconhecida até aquele momento.<sup>357</sup>

No tocante ao óbice do prazo para ajuizar a ação rescisória, previsto no art. 495 do CPC<sup>358</sup>, os referidos autores sugerem que a contagem do prazo de dois anos passe a fluir da descoberta do documento novo ou da realização do exame pericial novo, e não do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir.<sup>359</sup>

Igual solução preconiza Luiz Guilherme Marinoni.<sup>360</sup>

---

<sup>356</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada**: hipóteses de relativização., p. 202.

<sup>357</sup> STJ, 2ª Seção, REsp. nº 300.084/GO, em que foi Relator o Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 28-04-2004, publicado em 06-09-2004, cuja ementa está assim redigida: “Ação rescisória – Investigação de paternidade – Exame de DNA após o trânsito em julgado – Possibilidade – Flexibilização do conceito de documento novo nesses casos, solução pró verdadeiro *status pater*. O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se ‘documento novo’ para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico.”

<sup>358</sup> CPC: “Art. 495 – O direito de propor a ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.”

<sup>359</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 208.

<sup>360</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material? In: **Revista dos Tribunais**. Nº 830., p. 55-73.



José Carlos Barbosa Moreira, embora manifeste opinião contrária à *relativização* da coisa julgada em hipóteses não previstas no ordenamento jurídico, considera que, no caso de ação rescisória de sentença prolatada em demanda investigatória de paternidade, o prazo de dois anos deve ser contado a partir da obtenção do laudo, e não do trânsito em julgado da sentença rescindenda.<sup>361</sup>

Contraopondo-se aos argumentos utilizados para *flexibilizar* a coisa julgada, outra parte da doutrina faz severa oposição à possibilidade de desconsiderar-se a coisa julgada nas hipóteses não previstas expressamente no ordenamento. Nesse sentido, Nelson Nery Junior, citando autores como Sérgio Gilberto Porto<sup>362</sup> e Araken de Assis<sup>363</sup>, ao discorrer sobre a *relativização* da coisa julgada, afirma que “*Desconsiderar-se a coisa julgada é ofender-se a Carta Magna, deixando de dar-se aplicação ao princípio fundamental do estado democrático de direito (CF, art. 1º, caput).*”<sup>364</sup> E mais adiante acrescenta:

Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (Veropferungstheorie). Essa é a razão pela qual, por exemplo, não se admite ação rescisória para corrigir sentença injusta. A opção é política: o Estado brasileiro é democrático de direito, fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada. Poderíamos ter optado politicamente por outro sistema, como, por exemplo, o regime nazista, no qual prevalecia a sentença ‘justa’ (sob o ponto de vista do Führer e do Reich alemão) em detrimento da segurança jurídica.<sup>365</sup>

Nessa mesma esteira de pensamento, Eduardo Talamini destaca ser impróprio condicionar a força da coisa julgada a que ela não produza injustiça, já que é exatamente em função da falibilidade humana e da perspectiva do erro que

---

<sup>361</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. In: **Gênesis**, v. 34., p. 742.

<sup>362</sup> Sobre o tema, há as seguintes obras do referido autor: PORTO, Sérgio Gilberto. USTARROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal.**, p.115-118; PORTO, Sergio Gilberto. Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada. In: **Revista Jurídica**, Nº 304, p. 23-31.

<sup>363</sup> ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. In: **Revista Jurídica**. Nº 301., p 7-30. Na visão do autor, a possibilidade de revisão dos julgados, fora dos limites da ação rescisória, multiplicaria os litígios, e permitiria ao órgão judiciário de primeiro grau decidir se obedece ou não às decisões já transitadas em julgado proferidas pelas instâncias superiores, muitas vezes provenientes do Supremo Tribunal Federal. Assim, qualquer juízo singular poderia declarar que não houve coisa julgada, desconstituí-la ou ignorá-la, o que acabaria provocando a perda da hierarquia judiciária e uma enorme insegurança no meio social.

<sup>364</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo., p. 64. Para o autor, “*Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com democracia, com o estado democrático de direito.*”

<sup>365</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 65/66.

ela assume feição verdadeiramente útil e relevante. Segundo afirma, “*Em um sistema ideal, hipotético, em que nenhum juiz jamais errasse, seria desnecessário preocupar-se com ‘imunizar’ a decisão a pleitos de reexame.*”<sup>366</sup> E complementa: “*A autoridade da ‘res judicata’ é imposta precisamente porque as coisas não se passam desse modo: ela é imposta porque se erra.*”<sup>367</sup>

Em que pese o posicionamento de tais ilustres doutrinadores, entendemos que, entre a segurança social e o direito à descoberta da paternidade real, o Direito de Família brasileiro dirige-se no sentido do alargamento das hipóteses de *flexibilização* da coisa julgada.<sup>368</sup>

Com efeito, tendo em vista a relevância da identidade pessoal e do conhecimento da própria ascendência, como elementos integrantes da dignidade humana, conclui-se que, nas ações investigatórias de paternidade, a simples manutenção da segurança jurídica, por meio da coisa julgada, fere um direito fundamental maior, que é o direito à filiação certa e determinada. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, e o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente garante o exercício do direito de ação para investigação do vínculo de parentesco *sem qualquer restrição*, não se admitindo ser obstaculizado sequer pela coisa julgada.

Ademais, diante do avanço da Engenharia Genética, e de sua repercussão na área do Direito, acarretando a possibilidade de conhecimento científico dos vínculos de parentesco biológicos que unem pais e filhos, torna-se necessário repensar a aplicação do instituto da coisa julgada no Direito de Família, por mostrar-se desatualizado e injusto para as relações familiares do mundo contemporâneo. O excessivo rigor formal da lei processual civil deve ceder espaço à busca do pai geneticamente desconhecido e ao prioritário interesse do menor.<sup>369</sup>

---

<sup>366</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.**, p. 584/585.

<sup>367</sup> TALAMINI, E. Idem, p. 585.

<sup>368</sup> Já se disse que o instituto da coisa julgada não é absoluto, mas sim relativo. Prova dessa relatividade ou flexibilidade é a ação rescisória, expressamente prevista em lei. Daí por que falar-se em “alargamento” das hipóteses de flexibilização da coisa julgada. Existem outras hipóteses de relatividade da coisa julgada, previstas em leis especiais, quanto ao chamado direito coletivo (ação civil pública, ação popular, ação coletiva ambiental, ação coletiva de consumo, mandado de segurança coletivo). Sobre o tema, ver: GIDI, Antônio. Op. cit., p. 57 e ss.

<sup>369</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 107/108. “A proposta do texto é elucidar que não há mais tempo, nos dias atuais, diante das profundas alterações axiológicas consagradas pela Constituição Federal de 1988 e com a indiscutível conquista da descoberta científica da paternidade, para a verdade real ser obstada pela coisa julgada material.” Por outro lado, não se deve esquecer que, como afirma Cândido Rangel Dinamarco, o processualista “Há de estar informado dos conceitos e sugestões que outras ciências lhe possam fornecer e conhecer a vivência do processo como instrumento, conhecer a sua potencialidade a conduzir a resultados, ter

A possibilidade de *relativização* da coisa julgada nas ações de filiação é um entendimento que se fortaleceu na jurisprudência nos últimos anos. O Superior Tribunal de Justiça inicialmente já repudiou o ajuizamento de novas demandas investigatórias, assegurando o caráter de intangibilidade à coisa julgada, como ocorreu no julgamento do REsp. 107.248-GO, da Terceira Turma, em que foi Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 07-05-1998, publicado no DJU de 29-06-1998.<sup>370</sup>

Entretanto, mais recentemente, o mesmo Tribunal tem adotado entendimento diverso, admitindo a busca da verdade real, no sentido da prevalência do direito fundamental ao estado de filiação, inclusive nos casos em que se operou a coisa julgada. Nesse sentido, podem ser citadas as seguintes decisões, entre outras: REsp. 226.436-PR, da Quarta Turma, em que foi Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 28-06-2001, publicado no DJU de 04-02-2002<sup>371</sup>; REsp. 826.698-MS, da Terceira Turma, em que foi Relatora a Ministra Nancy

---

sensibilidade para as suas deficiências, disposição a concorrer para seu aperfeiçoamento.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. p. 188.)

<sup>370</sup> REsp. 107.248-GO: Voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

“Ação Negativa de Paternidade. Exame de DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social dirimindo os conflitos existentes se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame de DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso especial conhecido e provido.”

<sup>371</sup> O Recurso Especial 226.436-PR, teve ementa assim redigida:

“PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame de DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. Nos termos da orientação da Turma, ‘sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza’ na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade.’ Esse Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.”

Andrighi, publicado no DJU de 23-05-2008; REsp. 427.117-MS, da Terceira Turma, em que foi Relator o Ministro Castro Filho, publicado no DJU de 16-02-2004.

Também o Supremo Tribunal Federal vem-se mostrando sensível às inovações provocadas pela Engenharia Genética, e à evolução das relações pessoais da seara do Direito de Família, admitindo a *relativização* da coisa julgada em ações de investigação de paternidade julgadas sem a realização do exame de DNA. Nesse sentido, foi o recente julgamento do Recurso Extraordinário 363.889-DF, em que foi Relator o Ministro Dias Toffoli, julgado em 02-06-2011, com ementa assim redigida:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade de repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.

Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.

4. Recursos extraordinários conhecidos e providos.”<sup>372</sup>

---

<sup>372</sup> No referido julgamento, houve votos contrários dos Ministros Cezar Peluso (Presidente) e Marco Aurélio, que entenderam estar o valor maior na preservação da segurança jurídica, através da coisa julgada. Em parte do seu voto, o Min. Marco Aurélio afirma: “Há valores em jogo e, para mim, o maior está na segurança jurídica. Se, de um lado, é dado dizer que o autor, o recorrente, tem direito subjetivo de saber quem é o pai dele, é preciso imaginar que o réu pode ter uma família estruturada e que a possibilidade de revisão, a qualquer momento, de situação já definida pelo Estado-juiz, com a improcedência do pedido formulado na ação de investigação anterior e a reabertura da controvérsia, pode muito bem abalar essa situação familiar. A família também se faz em jogo sob uma outra óptica, que é a óptica favorável ao recorrido.”

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colhem-se os seguintes precedentes no sentido da possibilidade de *relativização* da coisa julgada nos casos em que a primitiva demanda investigatória foi julgada sem a elaboração do exame de DNA: Apel. Cível 70008102378, da Sétima Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 29-09-2004<sup>373</sup>; Apel. Cível 70038391850, da Sétima Câmara Cível, em que foi Relator o Des. André Luiz Planella Villarinho, julgado em 08-06-2011; Apel. Cível 70042088906, da Oitava Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 16-06-2011; AI 70029078813, da Sétima Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 30-09-2009; Apel. Cível 70027403039, da Sétima Câmara Cível, em que foi Relator o Des. André Luiz Planella Villarinho, julgado em 08-07-2009; e AI 70022453955, da Sétima Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 14-05-2008, entre outros.

Percebe-se, através da doutrina e da jurisprudência uma forte tendência, na atualidade, em admitir a mitigação da coisa julgada quando confrontada com o direito fundamental do filho ao conhecimento da sua origem, por se tratar de direito personalíssimo e imprescritível, amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do menor, e da paternidade responsável. Contrapondo-se esses princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, posto no art. 1º, III, da Carta Magna, com as normas infraconstitucionais que regulamentam a *res judicata*, aqueles se sobrepõem, já que colocada a dignidade humana como o centro de todo o ordenamento jurídico.<sup>374</sup>

---

<sup>373</sup> A Ementa do referido acórdão está assim redigida:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE JULGADA PROCEDENTE. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL. PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO. O valor que a coisa julgada visa resguardar é justamente o da segurança jurídica, e esse valor deve ser posto em cotejo com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, inc. III, da Constituição, ou seja, o da dignidade da pessoa humana. Logo, ante a absoluta excepcionalidade do caso concreto, em que resta flagrante que a tramitação processual da ação julgada procedente não observou os dogmas constitucionais da ampla defesa, e em respeito ao direito à correta atribuição da relação paterno-filial, ligado à preservação da dignidade pessoal – valor que deve ser sobreposto a qualquer outro princípio, inclusive o da segurança jurídica – adequada a relativização da coisa julgada, viabilizando a propositura de nova ação com o mesmo objeto, para na instrução probatória ser realizada perícia genética, devendo ser desconstituída a decisão que extinguiu a demanda, sem julgamento de mérito. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA.” (Tratava-se de uma Apelação Cível em Negatória de Paternidade julgada extinta sem o julgamento do mérito devido ao reconhecimento da coisa julgada, por ter tramitado anterior demanda investigatória entre as partes.)

<sup>374</sup> Para admitir a possibilidade de relativização da coisa julgada, a jurisprudência em geral não tem feito uso da técnica da ponderação de direitos fundamentais, preferindo o uso de argumentação diferente (embora haja exceções). Os Tribunais vêm considerando, em geral, que a investigação de paternidade, quando julgada

Ademais, não se pode olvidar que o processo é um instrumento de realização da justiça e, como enfatizou o Ministro Dias Toffoli no voto proferido no julgamento do REsp. 363.889-DF, lembrando os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, “*a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.*”

Ou, como bem ponderou Sandra Maria da Silva:

Ora, o processo não pode ser resumido a um formalismo, sem comprometimento com a verdade, e as regras que regulam o princípio da coisa julgada devem ser interpretadas de forma contextualizada, em consonância com os avanços sociais, jurídicos e científicos dos tempos atuais, mormente nas ações de filiação, nas quais vigora o caráter de imprescritibilidade e indisponibilidade do direito das partes.<sup>375</sup>

Contudo, tratando-se de matéria controversa, que exige a harmonização de valores jurídicos aparentemente conflitantes, melhor seria a edição de regulamentação ordinária, no sentido de excluir a ocorrência da coisa julgada nas ações que versam sobre o vínculo biológico, em determinadas situações que fossem apontadas pelo legislador. Nesse caso, estariam regulamentadas, na legislação ordinária, as hipóteses de *relativização* da coisa julgada.<sup>376</sup>

O caminho já foi aberto pela doutrina e pela jurisprudência, que seguem na

---

improcedente por falta de provas, não produz coisa julgada material, consubstanciando somente a coisa julgada formal. Nos julgamentos citados, proclamou-se que o decreto de improcedência da anterior demanda investigatória, julgada com base na insuficiência de provas, a rigor, deveria ser fundamentado no art. 267, IV, do CPC, dada a falta de pressuposto ao eficaz desenvolvimento do processo, devido à impossibilidade de formação de um juízo de certeza sobre o fato. Assim, tratando-se de sentença meramente terminativa, haveria a permissão para a propositura de nova demanda, através da qual, com a realização da prova técnica (exame de DNA), se poderia emitir um juízo de certeza sobre a alegada relação de paternidade. Todavia, existem controvérsias na doutrina a respeito de tal posicionamento. Respeitáveis autores discordam de tais argumentos, como é o caso de Teresa Arruda Alvim WAMBIER e José Miguel Garcia MEDINA (Op. cit., p. 193), que assinalam a distinção entre a extinção do processo sem resolução do mérito, cujas hipóteses estão previstas no art. 267, e incisos, do CPC, e a improcedência do pedido em razão da ausência de provas. Nessa última hipótese, o pedido é julgado com resolução do mérito, na forma do art. 269 do CPC, em atenção às regras do ônus da prova, limitando-se o juiz a afirmar que a pretensão do autor é improcedente. Com efeito, se cabe ao autor trazer aos autos a prova dos seus argumentos, na forma do art. 333, I, do CPC, e ele deixa de fazê-lo, a consequência é a improcedência da demanda, por não se desincumbir do ônus que lhe compete. Se assim não fosse, o juiz somente julgaria se estivesse convencido da procedência do pedido, e as ações jamais seriam julgadas improcedentes. Também nesse sentido: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. GILANACLETO, Fabio. Op. cit., p. 640/641.

<sup>375</sup> SILVA, Sandra Maria da. Op. cit., p. 157.

<sup>376</sup> Nesse sentido, existe o Projeto de Lei 6.154/2002, de autoria do Deputado Paulo Baltazar, que dispõe sobre a inclusão de mais um inciso no art. 485 do CPC, possibilitando o ajuizamento de ação rescisória na hipótese de filiação decidida sem a elaboração de perícia, e tornando tal direito imprescritível. Tal Projeto já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, que apresentou um Substitutivo. O PL prevê o seguinte dispositivo: “art. 485, XI – julgar questões sobre estado de filiação e se tornar disponível, após a sua prolação, meio de prova pericial que não tenha sido oportunamente utilizado por impossibilidade técnica, fática ou econômica.”

busca de dar garantia ao melhor interesse do menor nas relações de Direito de Família, e em especial dos envolvidos na relação jurídica paterno-filial, ainda que para isso a imutabilidade da coisa julgada material precise ser revista e superada, dando espaço à verdadeira declaração do pai incógnito.

Essa preocupação da jurisprudência em dar efetividade ao princípio do melhor interesse do menor é igualmente visível no julgamento das ações negatórias de paternidade. Ocorre que, na realidade, os mesmos argumentos utilizados nas ações de investigação de paternidade, podem ser declinados em ações negatórias de paternidade, no sentido de ver desconstituída a paternidade após a realização do exame de DNA.<sup>377</sup> No entanto, os Tribunais não têm deferido o pedido de desconstituição da paternidade nos casos em que, mesmo diante da falsidade do vínculo biológico entre as partes, já existe relação socioafetiva a preservar, ou a posse do estado de filho. Nesse sentido, a Apel.C. 70007706799, da Oitava Câmara Cível do TJRS, em que foi Relator o Des. Alfredo Guilherme Englert, julgado em 18-04-2004.<sup>378</sup>

Tal orientação da jurisprudência demonstra que já não existem dúvidas de que a simples “*confirmação do vínculo biológico, lamentavelmente, não garante a afetividade e a cumplicidade entre pais e filhos.*”<sup>379</sup> Ou, como diz Jacqueline Filgueras Nogueira, “*Na prática social, as relações de afeto são mais importantes que as oriundas de consangüinidade, pois o entendimento majoritário é de que pais são os que criam, não os que procriam...*”<sup>380</sup>

Sendo assim, a descoberta da verdade científica há de ser sempre perseguida na busca do melhor interesse do filho, podendo vir a ser sacrificada, “*em nome deste mesmo interesse, que preside todos os critérios interpretativos em tema de filiação, expressão da cláusula geral de tutela da pessoa humana.*”<sup>381</sup> A verdade afetiva, nesse caso, sobrepõe-se à verdade biológica.

Diante dessa realidade, é possível afirmar, em resumo, que a segurança

---

<sup>377</sup> Inclusive já existe jurisprudência sobre o tema. Nesse sentido: Apel. Cível 70035994243, da Oitava Câmara Cível do TJRS, em que foi Relator o Des. Rui Portanova, julgado em 10-06-2010; Apel. Cível 70036773182, da Oitava Câmara Cível do TJRS, em que foi Relator o Des. Claudir Fidélis Faccenda, julgado em 01-07-2010, entre outros.

<sup>378</sup> A ementa do acórdão está assim redigida: “Apelação Cível – Negatória de paternidade. Não obstante ter o exame de DNA afastado a paternidade, deve prevalecer a realidade socioafetiva sobre a biológica, diante da relação formada entre pai e filha ao longo dos anos. Recurso desprovido.”

<sup>379</sup> SILVA, Sandra Maria da. Op. cit., p. 157.

<sup>380</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 56.

<sup>381</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. GILANACLETO, Fabio. Op. cit., p. 652.

jurídica tem o seu valor, por se tratar de um mecanismo de pacificação social. Porém, esse valor não é absoluto e não pode sobrepor-se a qualquer outro valor constitucional, como o direito à filiação e à própria identidade.

Sendo o processo um meio de realização da justiça, e não um fim em si mesmo, deve ser flexível para adaptar-se à evolução do direito material, influenciado pelo avanço da biotecnologia e pelo progresso social, no intuito de proporcionar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.



### 3 O DNA E A DIGNIDADE HUMANA COMO GARANTIDORES DO ESTADO DE FILIAÇÃO

#### 3.1 OS VALORES CONSTITUCIONAIS E AS PREMISSAS CIENTÍFICAS

A reflexão a respeito da relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade julgadas sem a realização do exame de DNA tem origem no questionamento sobre os interesses juridicamente relevantes presentes em tais demandas. De um lado está o interesse do filho em ter acesso à sua verdadeira (e não apenas presumida) identidade pessoal, e de outro lado está o interesse do suposto pai em preservar a sua integridade física e a sua liberdade.

No entanto, a recusa do investigado em submeter-se à perícia genética é um dos problemas mais difíceis de serem solucionados. Nenhum resultado prático teria, por exemplo, a relativização da coisa julgada em demandas investigatórias se, após proposta nova ação de investigação de paternidade, novamente deixasse de ser realizado o exame de DNA diante da recusa imotivada do investigado em submeter-se à perícia determinada pelo juízo. Em tais hipóteses, o julgamento da nova demanda não teria como levar em conta a certeza científica apontada pela prova pericial do DNA a respeito do vínculo genético porventura existente entre as partes, resultando o processo mais uma vez em decisão fundamentada em critérios de presunções.

A questão da recusa imotivada do investigado em submeter-se ao exame de DNA, e da possibilidade de sua condução coercitiva à perícia, tem sido alvo de meditações e de diferentes posicionamentos da doutrina e da jurisprudência nos últimos tempos. Diversos autores têm-se debruçado sobre o tema, que envolve direitos fundamentais da personalidade tanto do investigante como do investigado, havendo posições favoráveis e contrárias à possibilidade de condução ao exame pericial.<sup>382</sup>

---

<sup>382</sup> São favoráveis à condução forçada: MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit.; WELTER, Belmiro Pedro. Investigação de Paternidade – Obrigatoriedade do Exame Genético DNA. In: **Revista Jurídica.**; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit.; ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 109-140; entre inúmeros outros. São contrários à condução forçada: AMARAL, Francisco. A Prova Genética e os Direitos Humanos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit.; VELOSO, Zeno. A Sacralização do DNA na Investigação de Paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit.; entre outros autores.

No enfrentamento da questão, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu ser obrigatória a produção dessa prova, o que se extrai do julgamento do Recurso Especial nº 215.247, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ocorrido em 05-10-1999, em que foi Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.<sup>383</sup>

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concluiu não ser possível a condução coercitiva do investigado à produção do exame de DNA, no julgamento do *habeas corpus* nº 71.373-4, de 10 de novembro de 1994, em que foi Relator o Ministro Francisco Rezek.<sup>384</sup> Por ocasião desse julgamento, muito se discutiu, no cenário jurídico nacional, a respeito do tema que, diante de sua complexidade e por envolver interesses jurídicos relevantes e contrapostos do filho e do suposto pai, ainda hoje suscitam grandes debates e questionamentos por entre os estudiosos da matéria.

Ocorre que o avanço trazido pelos estudos científicos dos testes de DNA proporcionou uma verdadeira revolução na descoberta do pai biológico, constituindo poderoso meio de prova esclarecedor da verdade a serviço dos juízes e dos profissionais da área do Direito de Família, capaz de estabelecer a identidade genética e de determinar a ancestralidade de pessoas, com elevado grau de precisão. Desta forma, a introdução da nova tecnologia no mundo jurídico ampliou conhecimentos e modificou a rotina das Varas de Família na condução das ações investigatórias de paternidade, tornando possíveis soluções mais simples e rápidas, em substituição às longas e antigas indefinições, possibilitando a substituição da

---

<sup>383</sup> REsp. 215.247, da Quarta Turma do STJ, julgado em 05-10-1999, em que foi Relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJU de 06-12-1999, e RSTJ, ano 2, n.13, p.260-303. “Tem o julgador iniciativa probatória, quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado) ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. Diante de cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica, sobretudo quando custeada pela parte interessada, desprezar a produção da prova genética do DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz. No campo probatório, a grande evolução jurídica continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real.”

<sup>384</sup> STF, *habeas corpus* nº 71.373-4/RS, em que foi Relator o Min. Francisco Rezek, julgado em 10-11-1994, publicado no DJU de 22-11-1996, p. 45.686. A ementa está assim redigida: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA” – Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer -, provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para a coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.”

verdade jurídica, calcada na presunção, pela verdade real, fundada em critérios científicos.

Daí porque o Ministro Francisco Rezek, Relator do *habeas corpus* nº 71.373-4 asseverou, em certa passagem do seu voto: “É alentador, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética. A verdade jurídica, geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica.”<sup>385</sup>

Assim, embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha entendido, por maioria de votos, em dar prioridade aos direitos do investigado à liberdade, à intimidade, à vida privada e à integridade física, restou evidenciada forte tendência da jurisprudência brasileira, através dos votos vencidos<sup>386</sup>, em privilegiar o direito do filho ao conhecimento de suas origens, de suas raízes, de sua identidade genética. As manifestações divergentes da jurisprudência sobre o tema conduzem a uma reflexão a respeito dos novos rumos do Direito Civil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em especial no que se refere aos direitos de família e aos direitos da personalidade.

Com efeito, nesses casos estão em jogo direitos de uma mesma categoria jurídica, pertencentes a indivíduos diferentes, que se contrapõem, revelando uma verdadeira colisão de interesses juridicamente relevantes. De um lado, está o direito do suposto pai à liberdade, à intimidade, à vida privada e à intangibilidade física, e de outro lado, encontra-se o direito do filho de ser reconhecido, sendo esse direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado sem qualquer restrição, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Tanto os direitos invocados pelo investigado quanto o direito à identidade pessoal do investigante constituem direitos da personalidade, mercedores de igual tratamento jurídico.

Nesse sentido, é possível afirmar que hoje não há mais dúvidas de que todos os seres humanos são considerados pessoas, no aspecto técnico-jurídico,

---

<sup>385</sup> STF, *habeas corpus* nº 71.373-4/RS, em que foi Relator o Ministro Francisco Rezek, julgado em 10-11-1994, e publicado no DJU em 22-11-1996.

<sup>386</sup> Foram votos vencidos, no *habeas corpus* nº 71.373-4/RS os Ministros Francisco Rezek (Relator original), Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

sendo dotados de igual dignidade e de atributos naturais inerentes à própria existência, que se irradiam na personalidade.

É verdade que nem sempre o conceito jurídico de pessoa foi tão amplo no curso da história da humanidade, sendo necessária uma longa evolução para que tal conceito fosse ampliado a ponto de o simples fato de pertencer ao gênero humano tornar-se o único requisito para merecer o reconhecimento de direitos civis.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase no direito brasileiro, tornando-se o ponto nuclear da ordem jurídica, ao assumir o lugar que antes era ocupado pelo direito civil tradicional.<sup>387</sup> O constituinte brasileiro teve o cuidado de definir valores e princípios específicos referentes às relações de direito civil, em especial no tocante aos direitos da personalidade<sup>388</sup>, às atividades econômicas privadas e ao direito de família. Daí porque hoje se fala em constitucionalização do direito civil, ou em direito civil-constitucional, sendo forçosa uma releitura do direito civil à luz da nova Constituição.<sup>389</sup>

A releitura do Código Civil e das leis especiais de acordo com os princípios constitucionais relaciona-se à idéia de interpenetração do direito público e do direito privado, que caracteriza a sociedade contemporânea.<sup>390</sup> A complexidade e a natureza híbrida dos novos temas da atualidade, muitos deles decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos, alteraram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, impondo uma redefinição dos espaços público e privado, tornando ultrapassada a *summa divisio*.

Diante da nova realidade, em que o antagonismo entre o público e o privado perdeu definitivamente o sentido, percebe-se que a nova hermenêutica reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma

---

<sup>387</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 56; CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., p. 51/52. A Constituição de 88 inspirou-se nas Constituições européias do século XX (em especial, na Constituição de Weimar), que passaram a trazer, em seus textos, institutos de Direito Privado, “como o direito de propriedade, o direito de família e o direito contratual, limitando a atuação dos particulares, e gerando a possibilidade de tutela de direitos que ficavam à margem do sistema fechado imposto pelos Códigos. Esse movimento denominou-se de constitucionalização do Direito Privado.”

<sup>388</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., p. 85. “A constitucionalização da proteção da personalidade se deve ao fato de os Códigos de feição liberal não se ocuparem desta temática, eis que seu enfoque principal era a proteção dos interesses patrimoniais da pessoa. Essa lacuna foi, então, preenchida pela proteção constitucional. Já a efetividade da norma constitucional de proteção da personalidade se dá na medida em que a Constituição passou a ser o centro de integração do sistema jurídico de Direito Privado, o que impõe uma atitude hermenêutica de análise, interpretação e aplicação de qualquer norma infraconstitucional de acordo com o preceito constitucional.”

<sup>389</sup> Nesse sentido, ver: PERLINGIERI, Pietro. Op. cit.; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 1-68; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit.

<sup>390</sup> PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit., p. 284-285; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 8-12.

“despatrimonialização” do direito privado e uma valorização da pessoa humana, como ser dotado de dignidade.

Hoje, a tutela da personalidade apresenta um perfil de integração entre o direito público e o direito privado. A personalidade humana consiste no conjunto de características e atributos inerentes à pessoa. E o direito de personalidade consiste em um “direito subjetivo de categoria especial, de proteção e de respeito a todo ser humano.”<sup>391</sup>

Esse direito de tamanha nobreza, que representa as manifestações intrínsecas do ser humano, não poderia encontrar tutela plena e efetiva apenas no âmbito do direito civil, devendo ser procurada em primeiro lugar na Constituição.<sup>392</sup> Sendo o ser humano considerado como o principal destinatário da ordem jurídica, dotado de inalienável e inviolável dignidade, somente a partir da leitura de um direito civil-constitucional poderia ser formulada a noção de um direito de personalidade, em sua verdadeira amplitude, tal como concebido na atualidade.<sup>393</sup>

Sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, posto no ápice da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III, tem a função de atuar como uma cláusula geral de proteção da personalidade, em seus múltiplos aspectos e formas de manifestações, revelando-se como o valor unificador dos direitos a serem tutelados.

Como assevera Fernanda Borghetti Cantali:

Embora a Constituição de 1988 não contenha um princípio que consagre expressamente o livre desenvolvimento da personalidade ao lado da consagração da dignidade, como ocorre, por exemplo, no direito Alemão, a tutela geral, inequivocamente, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>394</sup>

---

<sup>391</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 57.

<sup>392</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., p. 85. “Desde o preâmbulo e os artigos 1º e 2º da Constituição da República constata-se o delineamento de um Estado garantidor dos direitos individuais e sociais, cujos principais fundamentos são a dignidade humana e os valores sociais, objetivando ainda a construção de uma sociedade pautada na liberdade, na justiça, na solidariedade e na igualdade formal e material para, assim, promover o bem de todos, já que o fim último é a tutela da pessoa humana em todas as suas dimensões.”

<sup>393</sup> CANTALI, F. B. “A proteção primordial da pessoa apenas enquanto ser dotado de dignidade impôs uma verdadeira alteração paradigmática, a partir da qual não mais se admite relegar ao segundo plano a tutela dos interesses existenciais posto que a dignidade humana, enquanto valor constitucional, é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, devendo ser o *telos* de todo o sistema.”

<sup>394</sup> CANTALI, F. B. Op. cit., p. 88. “Artigo 2º, alínea 1, da Constituição de Bonn: Todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, nos limites dos direitos de outrem, da ordem constitucional e da ordem moral.”

Os direitos da personalidade são ilimitados e impossíveis de serem relacionados de forma exaustiva e abrangente, donde se conclui que um direito de tal categoria só “encontra os limites postos na tutela do interesse de outras personalidades.”<sup>395</sup>

Por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 71.373-4 pela Suprema Corte, foi possível observar as dificuldades em se estabelecer os limites de proteção dos direitos de personalidade postos em jogo - do investigante e do investigado – sob a perspectiva civil-constitucional.

De um lado, havia preceitos constitucionais que permitiam a recusa do investigado em submeter seu corpo ao exame pericial de DNA, na ação de investigação de paternidade que era movida contra ele por duas irmãs gêmeas.<sup>396</sup> Sua defesa apoiava-se nos artigos 1º, II e III, e 5º, *caput*, II, e X, da Constituição Federal, incluindo o direito à integridade física do cidadão.<sup>397</sup> Amparado em tais dispositivos, alegava ser cabível a recusa à realização do exame em face dos princípios constitucionais que tutelam a personalidade humana.

De outro lado, estava o direito personalíssimo das filhas ao conhecimento de sua ascendência biológica, e conseqüente reconhecimento de paternidade.

A Constituição Federal de 1988 garantiu, em seu artigo 227, § 6º, a

---

<sup>395</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 87/88.

<sup>396</sup> Em linhas gerais, o caso em questão referia-se a duas meninas que ajuizaram ação de investigação de paternidade contra o suposto pai junto à Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre/RS. De acordo com a jurisprudência que vinha se consolidando, o juízo de primeiro grau determinou, no ano de 1992, que as partes se submetessem ao exame hematológico para a determinação de eventual vínculo genético. Recusando-se o réu à coleta do material necessário para a elaboração do exame pericial, foi determinada a sua condução sob vara ao laboratório. Irresignado com a decisão do juízo de primeiro grau, o réu agravou da decisão ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que a confirmou em acórdão exarado pela Oitava Câmara Cível em 04-11-1993. A fim de evitar o cumprimento da ordem de condução sob vara ao laboratório, o suposto pai impetrou *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal, contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual foi julgado em 10-11-1994. O Relator, Ministro Francisco Rezek, manifestou-se contrariamente ao pedido do paciente. Contudo, a tese sustentada pelo Relator acabou não prevalecendo, e o Tribunal Pleno, por maioria, acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio, favorável ao pedido do paciente, no sentido de fazer prevalecer o direito à integridade física do suposto pai sobre o direito à identidade de suas supostas filhas. Pela primeira vez, uma decisão judicial em torno do conflito entre diferentes direitos da personalidade levou em consideração o papel fundamental que deve desempenhar o princípio da dignidade da pessoa humana, como informador dessa categoria de direitos subjetivos.

<sup>397</sup> CF – “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:

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana”

CF – “Art 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

igualdade entre todas as categorias de filhos, além de afastar as antigas barreiras ao seu reconhecimento, e dedicou especial atenção para com a criança e o adolescente, atribuindo nova configuração a seus direitos, como prescreve o *caput* do artigo 227.<sup>398</sup> Não se pode olvidar, ainda, que a preocupação do direito de família em relação ao filho não reconhecido pelo pai já era anterior à Constituição de 1988, remontando aos textos legislativos do início do século passado.<sup>399</sup>

O reconhecimento da ascendência biológica é considerado atualmente como um direito fundamental da personalidade humana<sup>400</sup>, podendo dele decorrer outros direitos, como o direito ao nome de família e ao *status* de filiação, além de determinados direitos de ordem patrimonial, como por exemplo, o direito aos alimentos e à sucessão. Além disso, a identidade da pessoa destaca “o elo de ligação entre ela e a sociedade em geral, permitindo o seu reconhecimento individual e como cidadão.”<sup>401</sup> Portanto, não há dúvidas de que se trata de um direito que merece proteção especial do ordenamento jurídico. O direito à revelação da verdadeira identidade pessoal, por meio dos testes de DNA, igualmente goza da proteção constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana.

Impõe esclarecer que a Constituição de 1988 acatou a tendência mundial de reconhecimento de um direito geral de personalidade, ao consagrar, já no seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana, que traz em si todos os atributos inerentes à personalidade humana. Além disso, previu expressamente muitos direitos da personalidade no rol dos direitos fundamentais, em seu artigo 5º. Entretanto, essa relação não é taxativa, tendo em vista serem ilimitados os direitos da personalidade. Existem outros dispositivos no texto constitucional que igualmente se referem à tutela da personalidade humana.<sup>402</sup> Por outro lado, é possível a inclusão de diversos

---

<sup>398</sup> CF – “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.”

<sup>399</sup> STEIN, Thais Silveira. O estabelecimento da paternidade e a dignidade da pessoa nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 557-591.

<sup>400</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., p. 90.

<sup>401</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 125.

<sup>402</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., p. 90. “O constituinte cuidou da tutela da personalidade humana através de uma cláusula geral inculpada no art. 1º, III, ou seja, a dignidade da pessoa humana como princípio informador matriz, mas também especializou no artigo 5º alguns direitos especiais da personalidade no intuito de fortalecer a tutela da personalidade.” O art. 5º enumera alguns direitos da personalidade, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à integridade psico-física, à livre manifestação do

outros direitos de personalidade no sistema normativo constitucional, através da cláusula de abertura material referente aos direitos fundamentais, consagrada no § 2º do artigo 5º da Constituição.<sup>403</sup> Tal é a hipótese do direito à identidade pessoal.

Sendo assim, tanto os direitos de personalidade do filho, quanto os direitos de personalidade do suposto pai, encontram-se protegidos constitucionalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo direitos fundamentais de uma mesma categoria, merecedores de igual tutela jurídica. Conclui-se, pois, que, nas demandas investigatórias de paternidade, em que há recusa imotivada à realização do exame de DNA, estão em contraposição o valor da dignidade do investigante e o valor da dignidade do investigado.

Na solução do conflito entre direitos de uma mesma hierarquia, amparados pela dignidade humana, o Direito Constitucional impõe a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, parâmetros utilizados para auxiliar a estabelecer os limites e a atuação das normas referentes ao interesse que deve predominar.

Contudo, não se pode olvidar a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre dupla função. Com efeito, sendo também parte integrante do conteúdo dos direitos fundamentais, o princípio serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas e, portanto, também contra o uso abusivo dos direitos. De outro lado, o princípio serve igualmente como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, atuando como elemento limitador de tais direitos. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana atua simultaneamente como “limite dos direitos e limite dos limites”<sup>404</sup>, o que deve ser considerado na busca de uma argumentação

---

pensamento, à livre expressão da atividade intelectual, à intimidade, à vida privada, à honra, à própria imagem, à inviolabilidade da moradia, entre outros. Além dos direitos fundamentais consagrados no art. 5º, a tutela da personalidade alcança outros direitos especiais tutelados no texto constitucional, podendo ser citados, como exemplos: o art. 170, que trata da ordem econômica, com o escopo de assegurar a todos uma existência digna, conforme os preceitos de justiça social; os arts. 194 a 201, que estabelecem o sistema de seguridade social, através do qual é garantido aos cidadãos o direito à assistência social, à previdência social e à saúde; o art. 226, § 7º, que traz a dignidade como princípio essencial da família; o art. 227, que prevê a dignidade como direito fundamental da criança e do adolescente; e o art. 231, ao ressaltar os direitos dos indígenas com o objetivo de preservar a identidade cultural e sua personalidade. Além desses, outros podem ser incluídos através da cláusula de abertura material do sistema de direitos fundamentais, consagrada no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que possibilita a fundamentação de diversos outros direitos de personalidade no sistema normativo constitucional.

<sup>403</sup> PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 155; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 49/50; CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., p. 91.

<sup>404</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 127.



racional acerca dos valores em questão, e na solução do conflito entre os interesses do filho e suposto pai, nas ações de investigação de paternidade.

### 3.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROPORCIONALIDADE

Para dirimir o conflito instalado no estabelecimento judicial da paternidade biológica, onde se verifica a colisão de direitos da personalidade do suposto pai e do filho, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade mostra-se como solução para a valorização dos interesses envolvidos, apontada pelo Direito Constitucional<sup>405</sup>, possibilitando a escolha do interesse prioritário sobre aquele de menor sacrifício.<sup>406</sup>

Tais princípios resultam principalmente das idéias desenvolvidas por dois autores contemporâneos de grande destaque na busca da construção de uma teoria que permita a argumentação racional acerca de valores: Ronald Dworkin<sup>407</sup> e Robert Alexy.<sup>408</sup>

Para Ronald Dworkin, o Direito é constituído por regras (*rules*) e por princípios que compreendem valores fundamentais (*general principles of law*), tais como “justiça” e “Estado de Direito”, por exemplo. Apenas as regras são obrigatórias, pois prevêm hipóteses de incidência que, uma vez ocorridas em casos concretos, demandam a aplicação de sua conseqüência normativa. Mas existem casos que não se encaixam perfeitamente nas regras existentes, sendo considerados os casos difíceis (*hard cases*). Tais hipóteses abrem a possibilidade ao juiz de decidir de acordo com o seu “juízo de razoabilidade”, ou seja, de forma discricionária.

---

<sup>405</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1162/1163. O autor define a Constituição como um “sistema aberto de regras e princípios”. Ensina que qualquer sistema jurídico carece de *regras* jurídicas, capazes de proporcionarem segurança e racionalidade. A Constituição deve, por exemplo, fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral, ou garantir o direito à vida. Mas, por outro lado, o sistema jurídico também necessita de *princípios* (ou dos valores que eles exprimem), como liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito, entre outros. São eles “exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em virtude da sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ‘idéia de direito’, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma *função normogenética* e uma *função sistêmica*: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional.”

<sup>406</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação., p. 122.

<sup>407</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.**

<sup>408</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.**

As regras são concretas e específicas no que diz respeito à sua aplicação e, eventual conflito entre regras resolve-se por meio de critérios de validade, identificando-se a invalidade de uma delas ou a ocorrência de uma exceção.<sup>409</sup> Como assevera Marcus Eduardo de Carvalho Dantas, “as regras são consideradas como ‘fatos’ e são ou não são aplicadas, de acordo com o chamado critério ‘tudo ou nada’ (*all-or-nothing*)”<sup>410</sup>

Já os princípios, diferentemente das regras, possuem peso e importância a serem considerados no caso concreto, e não determinam diretamente o conteúdo da decisão. Na hipótese de conflito entre princípios, deve prevalecer aquele que apresente o maior peso, ou a maior importância.<sup>411</sup> Ou seja, um princípio não exclui o outro, mas é aplicado em “maior medida”, ou em “maior grau” em relação ao outro.<sup>412</sup> O critério que define o modo de aplicação dos princípios é o “mais ou menos”, em contraposição ao critério “tudo ou nada” usado para as regras.<sup>413</sup>

De acordo com Dworkin, um caso torna-se difícil por envolver aspectos conflituosos e, muitas vezes, contraditórios, o que dificulta o trabalho de interpretação do juiz. Tal fato, todavia, não exime o julgador de proferir um julgamento correto, que solucione o litígio. Quando uma situação considerada difícil ocorre na prática, o magistrado deve se socorrer do uso dos princípios de forma a garantir a tomada de uma decisão ponderada e criteriosa, teoricamente justificada,

---

<sup>409</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 119. “O *conflito de regras*, refere-se ‘a pertinência ao ordenamento jurídico, é dizer, da validade’. É dizer, estabelecido o conflito entre duas ou mais regras jurídicas, apenas uma delas pode ser declarada válida e pertencente ao ordenamento jurídico, pois o sistema jurídico não tolera a existência de regras jurídicas em oposição entre si. Daí a utilização de três critérios para solver as ‘antinomias aparentes’ entre as regras jurídicas – o cronológico, hierárquico e o da especialidade, que, no entanto, revelam-se incapazes para orientar o intérprete no caso de colisão de direitos fundamentais.”

<sup>410</sup> DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 555.

<sup>411</sup> DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 57.

<sup>412</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 120. “...o conceito de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios que entram em colisão. Vale dizer: não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor de outro. A colisão será sempre solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro. Como os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem essencialmente as características de princípios, o que foi dito sobre a colisão de princípios se aplica, em regra, ao caso de colisão entre direitos fundamentais.”

<sup>413</sup> Marcus Eduardo de Carvalho Dantas afirma que: “De forma resumida, é possível identificar ao menos três prismas pelos quais a relação princípio/regra comumente é encarada: i) o chamado hipotético condicional – por onde a regra é vista como tendo uma hipótese que, uma vez confirmada, gera uma consequência, ao passo que os princípios atuam como fundamentos para que o aplicador encontre a regra; ii) quanto ao modo de aplicação: “tudo ou nada” para as regras, “maior medida” ou “mais ou menos” para os princípios e iii) relacionamento normativo: o conflito entre regras resolve-se pela invalidade de uma delas (ou pela identificação de uma exceção) ao passo que os princípios em conflito são ponderados e um prevalece sobre o outro por seu maior peso relativo.” (Op. cit., p. 558).

para que não se torne arbitrária. Desta forma, a decisão apresenta-se como resultado de um trabalho de dogmática jurídica, reduzindo-se a incerteza existente em caso de normatividade indeterminada, que não se encaixe adequadamente nas regras jurídicas.

Ao interpretar o direito, por meio de critério teórico consolidado na sentença, o juiz faz uso de parâmetros de *razoabilidade*, no sentido de procurar fazer justiça. Entende-se ser *razoável* aquilo o que se apresente conforme a razão e que não seja arbitrário, “que traduza equilíbrio, moderação e harmonia”, ou que “corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em um determinado momento ou lugar”<sup>414</sup>

Desta forma, o *princípio da razoabilidade* caracteriza-se como um “parâmetro para se valorar os atos emanados do Poder Público, com o escopo de verificar se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”<sup>415</sup>

Entretanto, diferentemente das regras, os princípios mostram-se demasiadamente amplos para controlarem o arbítrio do juiz, e este deve resolver o conflito entre princípios através de uma “escolha racional do princípio eleito como o de maior peso”.<sup>416</sup> É no sentido de indicar o caminho para que se alcance uma resposta precisa que se torna importante o pensamento de Alexy.

Robert Alexy não discorda de Dworkin na maior parte de suas constatações, mas é mais preciso no que se refere aos critérios de diferenciação entre regras e princípios.<sup>417</sup>

Segundo refere, regras são normas que só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Assim, uma vez confirmada a hipótese da regra (não se tratando de uma exceção) e sendo válida a regra, sua consequência deve ser aplicada, já que ela estabelece uma obrigação absoluta.<sup>418</sup> A forma de aplicação das regras é a

---

<sup>414</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 129.

<sup>415</sup> ALMEIDA, M. C. de. Idem.

<sup>416</sup> DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Op. cit., p. 557.

<sup>417</sup> HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. (Coord.) **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.**, p. 93-98.

<sup>418</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** p. 92. “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.”

subsunção. Quanto aos princípios, constituem “*mandamentos de otimização*”, ou seja, “são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fácticas ou jurídicas.”<sup>419</sup> Sua forma de aplicação, diferentemente do que ocorre com as regras, é a ponderação.<sup>420</sup> Nesse sentido, a discussão sobre princípios, ou sobre direitos fundamentais, é uma discussão sobre ponderação, ou prevalência de um princípio sobre outro.<sup>421</sup>

A ponderação constitui um “processo de argumentação que vai confrontar as razões em jogo no caso concreto”<sup>422</sup>. Considerando que os princípios contêm

---

<sup>419</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 275. “Princípios são, portanto, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fácticas, senão também das jurídicas. Estas são determinadas, ao lado, por regras, essencialmente por princípios opostos. As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto.” Ver também: ALEXY, Robert. Op. cit., p. 93/94. “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” Ver ainda: HECK, Luís Afonso. Op. cit., p. 98-100.

<sup>420</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90/91. “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fácticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fáctico e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.”

<sup>421</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1161/1162. Para diferenciar regras e princípios, o autor assim menciona: “Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).” Ver também: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.**, p. 40-64.

<sup>422</sup> DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Op. cit., p. 559.

carga valorativa, a ponderação só será realizada com certo grau de segurança e de racionalidade se for orientada por regras que definam a forma de prevalência de um princípio sobre outro. Sendo assim, Alexy cria um conjunto de regras com o objetivo de tornar possível a argumentação e a contraposição racional de valores, no sentido de organizar a discussão para que a decisão do juiz não se torne mero resultado de suas emoções ou daquilo o que ele “acha melhor” no enfrentamento do caso concreto.<sup>423</sup>

Não é nosso objetivo analisar aqui todo o conjunto de regras que devem informar o processo de escolha do princípio de maior peso, ou prioritário. Entretanto, é possível afirmar que a ponderação (ou o sopesamento, ou o balanceamento) entre princípios, ou entre direitos fundamentais, deve obedecer a critérios de racionalidade, para tentar reduzir ao máximo o arbítrio decisório.<sup>424</sup> Mesmo assim, total segurança inexistente, já que, na prática, é sempre possível ocorrer alguma exceção às regras de precedência dos princípios, ou se verificar algum caso que não se “encaixe” nas regras.

Verificada, no entanto, a ocorrência de uma verdadeira colisão de direitos fundamentais (ou de princípios), deve o magistrado realizar a ponderação dos bens envolvidos, objetivando solucionar a colisão através do “sacrifício mínimo dos direitos em jogo”.<sup>425</sup> Nesse caso, para a consecução de tal tarefa, o julgador poderá guiar-se pelo princípio da proporcionalidade.<sup>426</sup>

Por *princípio da proporcionalidade* entende-se aquela “distribuição *necessária e adequada* dos custos de forma a salvaguardar direitos fundamentais e/ou valores constitucionais colidentes.”<sup>427</sup> Por tal princípio, o juiz que se encontre diante de dois interesses legitimamente tuteláveis e conflitantes verifica se eles são juridicamente protegidos. Em caso afirmativo, os interesses colidentes devem ser “ponderados e pesados de acordo com o critério da proporcionalidade, que irá

---

<sup>423</sup> DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Op. cit., p. 560.

<sup>424</sup> HECK, Luís Afonso. Op. cit., p. 106-110. O autor menciona a existência de determinados elementos que caracterizam os “ordenamentos moles”: “(1) um sistema de condições de primazia, (2) da lei da ponderação e (3) um sistema de primazias-*prima facie*.”

<sup>425</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. Op. cit., p. 122.

<sup>426</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Nº 30, 1998, p. 388. “A expressão **proporcionalidade** tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em um sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito.”

<sup>427</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. Op. cit., p. 123/124.

estabelecer os limites e a atuação das normas na verificação do interesse que deve predominar.”<sup>428</sup>

De acordo com Edilsom Pereira de Farias,

...o processo da ponderação é racional, isto é, podem ser fundamentados os enunciados que estabelecem as condições de harmonização e, se for necessário, a preferência de um direito sobre outro oposto num caso concreto de colisão de direitos fundamentais. Uma fundamentação consiste, segundo R. Alexy, na lei da ponderação, a saber: *a afetação de um direito só é justificável pelo grau de importância de satisfação de outro direito oposto.*<sup>429</sup>

A aplicação dos princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais (ou de princípios) é, portanto, necessária para manter o equilíbrio entre valores fundamentais conflitantes.<sup>430</sup>

Assim, frente à possibilidade de a proteção de um direito excluir o exercício de direito invocado por outrem, em determinado caso concreto, deve o magistrado definir a prevalência de um ou de outro direito fundamental através dos critérios de *ponderação* e de *razoabilidade*. Ou seja, deve analisar as vantagens e as desvantagens de priorização de um ou de outro direito, e proceder a uma ponderação entre o grau de importância do fim a ser atingido e o grau de restrição a ser causado aos direitos fundamentais.

Normalmente utiliza-se de um meio para se atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo ou social, e sua utilização acaba provocando uma restrição a direitos fundamentais do cidadão. Questão muito debatida é se deve ser

---

<sup>428</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 129.

<sup>429</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. Op. cit., p. 124.

<sup>430</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 396. “Em caso de colisão de direitos fundamentais, a técnica correta para aferição da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens, pela qual se estabelece uma relação de precedência condicionada, que vale como lei para determinado conflito.” Sobre a distinção entre *razoabilidade* e *proporcionalidade*, ver: ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 146 /163. “O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*, tal como o faz o postulado da proporcionalidade....A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto....A razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante à exigência de congruência, impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a *dimensiona*. Nessa hipótese, exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim.”

aceita uma carga argumentativa a favor de direitos individuais quando contrapostos a bens coletivos. De acordo com Alexy, embora existam critérios que auxiliam a ordenação de valores, uma decisão sempre dependerá da argumentação.<sup>431</sup>

Por ocasião do julgamento da Suprema Corte (*habeas corpus* 71.373-4/RS) com a finalidade de fixar os contornos da proteção da personalidade em face do interesse social, verificaram-se as dificuldades da jurisprudência na fixação dos limites de tal proteção sob o ponto de vista constitucional, e ainda hoje inexistiu unanimidade na solução de conflitos desta natureza no sistema jurídico nacional.

Num dos pólos da questão encontravam-se os preceitos constitucionais que permitiam a recusa do suposto pai em submeter seu corpo ao exame de DNA, na ação de investigação de paternidade. Com base nos direitos à liberdade, à intimidade, à vida privada, à intangibilidade do corpo humano, e à integridade física do cidadão, todos eles amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o investigado resistia à realização da prova científica da paternidade.

Não se duvida da relevância dos direitos da personalidade invocados pelo réu, assim como não se pode sustentar a obrigatoriedade de submissão das partes à perícia genética no direito brasileiro, já que tal prova constitui mero encargo processual do investigante e do investigado, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, não sendo necessária a sua produção. A recusa do investigado em submeter-se à perícia, no direito pátrio, tem sido entendida como admissão da paternidade, ou como confissão ficta dos fatos alegados pelo investigante, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, a exemplo do disposto no art. 343, *caput*, e parágrafos 1º e 2º, do mesmo diploma legal.<sup>432</sup>

Também não se pode negar que a imposição do exame constitui “evidente

---

<sup>431</sup> HECK, Luís Afonso. Op. cit., p. 126-127. Admite-se a limitação de direitos fundamentais a favor de bens coletivos, desde que seja limitada, por sua vez, pelo princípio da proporcionalidade. Ver: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica.

<sup>432</sup> Código de Processo Civil:

“Art. 333 – O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único – É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Art. 343 – Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

§ 1º - A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor.

§ 2º - Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, a juiz lhe aplicará a pena de confissão.”

constrangimento”, diante da inexistência de lei que obrigue o investigado a submeter-se à perícia.<sup>433</sup> Via de conseqüência, o constrangimento à realização do exame atinge o *direito de liberdade* do suposto pai, que, em tese, não pode ser compelido a permitir a revelação de sua identidade genética. Restam igualmente violados, nesse caso, os *direitos à intimidade*<sup>434</sup> e à *vida privada*<sup>435</sup> do investigado.

Quanto ao *direito à integridade corporal*<sup>436</sup>, identifica-se com o *direito à intangibilidade física* da pessoa, que deve ser respeitada. De acordo com Adriano de Cupis, o bem da integridade física é “um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos.” Trata-se de bem dos mais elevados na hierarquia, seguinte ao bem da vida. Enquanto esse último pressupõe apenas a existência, a integridade física “acrescenta-lhe alguma coisa, que é a incolumidade física. O direito que tem por objecto um bem de tal espécie situa-se entre os direitos essenciais e inatos.”<sup>437</sup>

Pietro Perlingieri acrescenta que a integridade psicofísica da pessoa “tem uma unidade problemática, dado que único é o bem ou interesse protegido.” Tanto o perfil físico como o psíquico compõem a estrutura humana, e a tutela de qualquer desses perfis “traduz-se naquela da pessoa no seu todo”. As normas referentes à

---

<sup>433</sup> ALMEIDA, Maria Chrisina de. Op. cit., p. 120.

<sup>434</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 300-305. “O direito à intimidade objetiva resguardar a vida íntima e privativa das pessoas, independentemente da invasão do domicílio. Pode-se violar a vida privada de alguém sem praticar a violação do domicílio deste. Hodiernamente, por intermédio de aparelhos óticos, gravadores e transmissores miniaturizados e de alta sensibilidade, teleobjetivas e binóculos muito poderosos, pode-se, facilmente, e a longa distância, interceptar comunicações, fotografar, filmar, gravar e tomar conhecimento de fatos e momentos da vida privada alheia, sem penetrar e, nem mesmo, se aproximar da casa da vítima.”

<sup>435</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 289-300. “O direito ao respeito da vida privada consiste no direito que cada pessoa tem de assegurar a paz, a tranqüilidade de uma parte de sua vida, a parte que não está consagrada a uma atividade pública.” A Corte de Grasse, na França, procurou definir o *direito à vida privada*, “que pode ser resumido como tudo aquilo que concerne à vida amorosa, à vida familiar, aos recursos financeiros de uma pessoa, aos aspectos não públicos de sua vida profissional, a suas atividades de lazer, tudo o que se encontra geralmente do lado externo das fronteiras da vida privada, e da parte da vida da pessoa que se desenrola necessariamente na presença do público e de sua participação na vida pública da comunidade.”

<sup>436</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 466-469. “A integridade física pode ser definida como um ‘modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos’. Trata-se de um direito essencial da pessoa, por ser este um direito de personalidade que consiste no direito que cada um tem de não ter seu corpo atingido por atos ou fatos alheios. Seu objeto pode consistir em não ser atingido o corpo da pessoa, e não a propriedade deste corpo, advindo, daí, que o direito à integridade corporal é um bem em si, protegido pelo direito....Atualmente, vamos encontrar, sob a denominação de direito à integridade física, diversos outros direitos, como subtificações dos direitos de personalidade, sob a ótica da doutrina do século XIX. A saber: o direito à vida, o direito à integridade corporal e o direito à saúde. Segundo alguns, o direito à integridade física se prolonga até mesmo depois da morte, dando, conseqüentemente, origem ao direito ao respeito a seu próprio cadáver.” Assevera, ainda, o autor, à fl. 490, que “Os mais freqüentes atentados contra o direito à integridade psicofísica do homem podem ser realizados por intermédio de exames corporais e psíquicos do indivíduo contra a sua vontade.” Sobre direito à integridade física, ver: ALVES, Cleber Francisco. Considerações sobre os Direitos da Personalidade e o Respeito à Integridade Física do Ser Humano. In: **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, V. 41, Editora Espaço Jurídico, 1999, p. 51-61; PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 159-160; DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 69-87.

<sup>437</sup> DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 69.



integridade física e aquelas referentes à integridade psíquica são sempre inspiradas pela garantia e defesa da pessoa.<sup>438</sup>

Isso significa que a integridade física do ser humano é tutelada pelos direitos da personalidade, já que cada pessoa tem o direito de não ter o seu corpo atingido por atos ou fatos alheios, contra a sua vontade.

Ciente da relevância dos direitos da personalidade invocados pelo investigado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 71.373-4/RS, enfatizou ser irrecusável o direito do paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório, para permitir a extração, de seu corpo, da porção de sangue necessária à realização do exame pericial. No entendimento do voto majoritário, a integridade física da pessoa não poderia ser invadida de forma coativa, ainda que se tratasse da retirada de mínima porção de sangue, diante do princípio fundamental de respeito à pessoa humana. Sendo assim, a recusa do paciente deveria ser resolvida no plano instrumental, e não no campo da violência física e da ofensa à dignidade humana.<sup>439</sup>

No entanto, vista a questão sob outro ângulo, identificava-se o direito personalíssimo das filhas ao conhecimento de sua ascendência biológica e conseqüente reconhecimento da paternidade.

O direito ao conhecimento da identidade genética é considerado um direito fundamental da personalidade humana, do qual derivam, neste caso, outros direitos de ordem pessoal (direito ao nome de família, ao *status* de filiação, à própria identidade) e de ordem patrimonial (direito a alimentos e à sucessão).

O ordenamento jurídico brasileiro caracteriza-se pelo avanço na proteção dos direitos dos filhos, garantindo o art. 227 da Constituição Federal de 1988 a igualdade entre todos os filhos. Tal dispositivo afastou definitivamente as barreiras ao reconhecimento da filiação, preocupação essa que já remontava aos textos

---

<sup>438</sup> PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 159.

<sup>439</sup> Supremo Tribunal Federal: *habeas corpus* nº 71.373-4/RS: Segundo o voto do Ministro Marco Aurélio: “...Digo isto porquanto a Carta Política da República – que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a ‘Carta Cidadã’ – consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (artigo 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante e em boa hora deu-se a impetração deste *habeas-corpus*. É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu.”

legislativos do início do século passado. Assim, pode-se afirmar que, sem dúvida, o direito ao reconhecimento do estado de filiação merece hoje proteção especial. E o reconhecimento da paternidade, “com a valorização da busca da verdade real fortalecida pelo exame de DNA, focaliza a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana.”<sup>440</sup>

Diante da verificação de direitos de personalidade das filhas contrapostos a direitos de personalidade do suposto pai, todos eles amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, constatou-se, no julgamento do *habeas corpus* nº 71.373-4/RS, a ocorrência de uma colisão de direitos fundamentais. De um lado, estavam os direitos fundamentais do investigado (à liberdade, à intimidade, à vida privada, à intangibilidade física, à dignidade humana), e de outro lado, estavam os direitos fundamentais das menores investigantes (ao conhecimento da origem genética, ao reconhecimento do estado de filiação, ao tratamento isonômico entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, à convivência familiar, à paternidade responsável, à identidade pessoal, à dignidade humana). Em resumo, estavam em jogo o valor da dignidade do suposto pai em contraposição ao valor da dignidade das filhas.

Na colisão de interesses entre os direitos de personalidade do pai e os direitos de personalidade do filho devem ser aplicados os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*. Nesse caso, na solução do conflito entre direitos fundamentais, deve prevalecer aquele que se mostrar prioritário sobre aquele que for menos lesivo ou de menor sacrifício. Ou seja, por meio de um processo de ponderação, deve-se procurar definir a prevalência de um ou de outro direito fundamental, analisando-se as vantagens e as desvantagens da prevalência de um ou de outro, através de uma análise comparativa entre os danos causados e os resultados obtidos.

Na hipótese do *habeas corpus* 71.373-4/RS, é importante lembrar alguns trechos do voto do Ministro Francisco Rezek, que traduzem as razões da prevalência dos direitos fundamentais das filhas sobre os direitos fundamentais do suposto pai. Assim se expressou o Ministro:

É alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do direito do investigado, vai cedendo

---

<sup>440</sup> ALMEIDA, Maria Christina. Op. cit., p. 126.

espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética. A verdade jurídica, geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica.

Nessa trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes, a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família, o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público. Não foi sem razão que o legislador atribuiu ao parquet, à vista da importância da determinação do vínculo de filiação, a iniciativa para que, em determinadas circunstâncias, intente a investigatória de paternidade (§ § 4º e 5º do artigo 2º da Lei 8.560/92).

A Lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado. “Como bem ponderou o parquet federal, no desfecho de sua manifestação, ‘não há forma mais grave de negligência para com uma pessoa do que deixar de assumir a responsabilidade de tê-la fecundado no ventre materno. (grifei) <sup>441</sup>

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Ilmar Galvão, que acrescentou:

Trata-se de interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida conotação de ordem pública, aspecto suficiente para suplantar, em favor do pretense filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física, no caso, afetada em proporção ridícula. (grifei) <sup>442</sup>

Tais votos, embora vencidos no julgamento em questão, trouxeram as razões por que deveria prevalecer o direito das filhas, atribuindo maior relevância à identidade pessoal do que ao alegado atentado à integridade física do suposto pai, ao priorizar o valor que daria maior proteção àquela das partes que não poderia ser responsabilizada pelo seu nascimento. Com efeito, o sacrifício imposto à integridade física do investigado, ao fornecer uma gota de sangue para a elaboração do exame, seria mínimo, se confrontado com o superior interesse das investigantes, em conhecerem sua ascendência biológica. Ademais, na hierarquia de valores, a integridade física configura um simples direito individual, enquanto que o direito à identidade real tem conotação pública, já que se refere “diretamente ao estado pessoal e familiar da criança”, sendo de interesse de toda a coletividade. <sup>443</sup> E entendemos que, na contraposição dos valores, o interesse público deve sobrepor-

<sup>441</sup> Supremo Tribunal Federal : *habeas corpus* nº 71.373-4/RS, Voto do Ministro Francisco Rezek.

<sup>442</sup> Supremo Tribunal Federal : *habeas corpus* nº 71.373-4/RS, Voto do Ministro Ilmar Galvão.

<sup>443</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 101.

se ao interesse privado. Por fim, não se pode olvidar que “No século XX, a criança é sujeito a proteger, como afirma, desde 1924, a Declaração de Genebra”<sup>444</sup>, apresentando-se vulnerável e merecedora de cuidados e garantias especiais na visão do novo direito privado que marca o mundo contemporâneo.

Ou, como bem ponderou Cleber Francisco Alves:

No caso em tela, considerando-se que para a realização do exame bastaria uma singela gota de sangue, parece que a Suprema Corte teria chancelado uma espécie de abuso do direito à intangibilidade física, em detrimento do direito à real identidade pessoal, ao conhecimento verídico das próprias origens, com as repercussões diversas daí decorrentes, sejam de ordem jurídica, cultural, ou social. (grifei)<sup>445</sup>

Pode-se, no entanto, afirmar, que por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 71.373-4, pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário brasileiro teve a oportunidade de proferir decisão em torno de conflito entre diferentes direitos fundamentais, amparados pelo mesmo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Mesmo que se discorde da decisão encerrada no acórdão já referido, que fez prevalecer o direito à integridade física do suposto pai sobre o direito à identidade pessoal das duas filhas menores, é preciso reconhecer que duas novidades foram introduzidas na jurisprudência do país. Pela primeira vez, uma decisão judicial em torno do conflito entre diferentes direitos da personalidade levou em consideração o papel essencial que deve a dignidade da pessoa humana desempenhar na qualidade de princípio informador dessa categoria de direitos subjetivos. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal não se furtou em atribuir igual dignidade às duas partes envolvidas, pelo seu simples caráter de seres humanos.

---

<sup>444</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 138.

<sup>445</sup> ALVES, Cleber Francisco. Op. cit., p. 58. Ver também, sobre o Abuso do Direito, MIRAGEM, Bruno (Abuso do Direito: Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 160.) Segundo afirma o autor, o abuso do direito, previsto no art. 187 do Código Civil, atua como cláusula de proteção da confiança. Busca não apenas a proteção da confiança dos sujeitos que participam de uma relação jurídica, mas também a proteção da comunidade e o sentido que esta tem de justiça e de correção.

### 3.3 O BIODIREITO E SUA REPERCUSSÃO NO ESTADO DE FILIAÇÃO E NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O século passado caracterizou-se por profundas transformações sociais, econômicas e políticas, em especial a partir da sua segunda metade.

A entidade familiar hierarquizada, formada exclusivamente pelo casamento, em que o marido exercia o poder marital e o pátrio poder, foi aos poucos perdendo força com o surgimento de novas formas de família, decorrentes de uniões livres e de vários outros tipos de relações familiares que passaram a gerar as chamadas famílias monoparentais<sup>446</sup>, cada vez mais freqüentes em nossa sociedade. Apareceram núcleos familiares constituídos por mães ou pais solteiros, e por pessoas separadas, divorciadas ou viúvas, com seus descendentes biológicos, adotivos ou, mais recentemente, com filhos resultantes de procriações artificiais.

Presenciou-se uma revolta contra os valores da sociedade burguesa do passado, muito bem expressa pela manifestação estudantil que ocorreu na França, em 1968, como bem lembrou Eduardo de Oliveira Leite, ao discorrer sobre a importância do exame de DNA para a configuração da paternidade. Nas palavras do autor:

Rebelando-se contra os modelos e as formas de educação, na escola e na família, e contra a hierarquia excessiva, recusando-se à vida burguesa, medíocre, repressiva e oprimida, a rebelião estudantil representou uma renovação cultural inspirada em pensadores anti-autoritários, como MARCUSE e REICH.<sup>447</sup>

Assim, sufocados pelos rígidos padrões que marcaram a sociedade de outrora, jovens, mulheres, e oprimidos passaram a demonstrar que não pretendiam continuar presos aos códigos sociais obsoletos, que lhes impediam de viver com liberdade e de privilegiar o amor como base de seus vínculos familiares e afetivos.

A família patriarcal, com seus dogmas e preconceitos, tornou-se passado, como conseqüência da nova ordem social e cultural que se impunha, e que, no Brasil, foi reconhecida pela primeira vez, no mundo jurídico, através dos artigos 226

---

<sup>446</sup> Sobre o tema, ver a obra de: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>447</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 64/65.

e 227 da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, em dois únicos dispositivos, a Constituição brasileira assimilou as profundas alterações ocorridas no campo do direito de família, abalando as estruturas tradicionais, e recepcionando os novos ideais da sociedade contemporânea, através do reconhecimento da existência das famílias monoparentais e das uniões livres, ao lado do casamento. Assim, paralelamente ao modelo clássico da família fundada no casamento, surgiram novos esquemas familiares decorrentes da desunião dos pais ou da morte de um deles, ou ainda, da “maternidade celibatária (voluntária ou involuntária)”<sup>448</sup>, modelos que já se verificavam na prática, seguindo as novas tendências da sociedade, caracterizadoras de uma realidade dotada de valores pós-modernos.

O mundo evoluiu, e a família sofreu grande transformação na virada para o novo milênio. Como salientou Maria de Fátima Freire de Sá:

Certo é que as pessoas vêm demonstrando que não mais pretendem ficar presas às amarras sociais e ao imperativo cultural de que a única forma de constituição de família é o casamento. O estigma de solteiro não mais incomoda as pessoas como outrora, e o roteiro cultural do casamento vem sendo freqüentemente revisto.”<sup>449</sup>

Essas mudanças sociais, que proporcionaram a muitas pessoas a possibilidade de levarem uma vida mais feliz, ou de reconstruírem a vida após uma experiência mal sucedida, todavia, acabaram fazendo ressurgir o dilema da filiação, antes pacificado pelo uso da fórmula de origem romana, que definia a paternidade através da presunção *pater is est*. A presunção, que estabelecia uma verdade legal, fictícia, resolvia o problema, mas só se aplicava – e ainda se aplica, embora não de forma absoluta – quanto à filiação resultante do matrimônio. Nos casos de filiação natural, muitas vezes a paternidade não era estabelecida, diante dos empecilhos jurídicos e sociais da época.

Os problemas referentes à filiação natural passaram a ser contornados, aos poucos, pela edição de leis especiais, autorizando o reconhecimento voluntário ou forçado da paternidade em alguns casos, e estendendo-se a todos após a Constituição de 1988. Ainda assim, na prática, persistiam as dificuldades probatórias da paternidade, o que acabava deixando muitos filhos sem pais. Contudo, em

---

<sup>448</sup> Expressão utilizada por LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 09.

<sup>449</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e Direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Op. cit., p. 436.

meados do século XX, verificou-se extraordinária evolução dos conhecimentos científicos, e surgiram novas tecnologias aptas a serem utilizadas como meios de prova da paternidade, no estabelecimento da filiação, através do estudo das características genéticas dos indivíduos, transmitidas aos seus descendentes por hereditariedade. Entre as novas técnicas desenvolvidas pela engenharia genética, estava o exame comparativo do DNA, realizado a partir da coleta de material genético da mãe, do filho e do suposto pai. Esse novo teste de identificação genética passou a ser considerado seguro e confiável, tanto para a exclusão como para a afirmação da paternidade, chegando a informar uma probabilidade de paternidade superior a 99,99%, segundo especialistas que realizam os exames, o que, no mundo científico, é considerado uma certeza.

O grau de confiabilidade do exame de DNA acabou por introduzi-lo rapidamente como o principal meio de prova em ações de investigação de paternidade, provocando uma verdadeira revolução nas áreas da biomedicina e do direito, elevando o novo teste ao patamar de prova absoluta e conclusiva da paternidade.

Mas a evolução histórico-social veio a comprovar que pai não é apenas aquele que contribui com seu componente genético para gerar o filho. “A verdadeira filiação – esta mais moderna tendência do direito internacional – só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética.”<sup>450</sup>

Apareceu uma nova verdade, em matéria de relação paterno-filial, que fez sucumbir todos os critérios até então utilizados para afirmar a paternidade, pois se tornou evidente que o puro critério biológico utilizado para impor uma paternidade muitas vezes não desejada, não serve para designar o verdadeiro pai. Embora possa a biologia ser útil para determinar a origem das pessoas, não se pode considerar como pai aquele que se limita a emprestar seu material genético para gerar uma vida.

Como afirma Paulo Luiz Netto Lôbo, “as relações de consangüinidade, na prática social, são menos importantes que as oriundas da afetividade. Defende-se no Brasil a convicção de que pais são os que criam e não os que procriam.”<sup>451</sup>

---

<sup>450</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 79.

<sup>451</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Direito de Família e a Constituição Federal de 1988.**, p. 74.

A maior prova desta afirmativa é a adoção, mais autêntica forma de aceitação de uma criança e de vinculação afetiva entre pais e filhos. Ou, ainda, a possibilidade que tem a mulher de engendrar por sua vontade exclusiva um filho, e de criá-lo sozinha após o nascimento, sem que o genitor venha a conhecer a criança ou a saber que é seu “pai”.<sup>452</sup>

Mais recentemente, destacam-se as modernas técnicas de reprodução humana assistida, oferecidas pela biomedicina, para superar a esterilidade de pessoas que desejam gerar seus próprios filhos. Criou-se uma gama de possibilidades a serem oferecidas às mulheres que desejam engravidar, e que hoje podem optar pela inseminação artificial homóloga ou heteróloga, pela fecundação artificial *in vivo* ou *in vitro*, com material genético de seu cônjuge, de seu companheiro, ou de um doador, pela transferência de embriões, ou ainda por técnicas como a maternidade de substituição ou que envolvam a doação de gametas ou de embriões.<sup>453</sup>

A revolução provocada pelo progresso científico e tecnológico veio acompanhada de desafios a estudiosos de diversas áreas do conhecimento, passando a exigir de juristas, em especial, a elaboração de legislação específica para atribuir soluções adequadas a temas ainda polêmicos e estabelecer novos critérios de filiação e de responsabilidades, adequando o direito aos novos tempos, sem perder de vista o interesse prioritário do ser humano gerado através do uso das novas técnicas.

Embora alguns países já tenham elaborado suas legislações no sentido de organizar e disciplinar as reproduções humanas assistidas, o Brasil ainda carece de lei especial que responda às inúmeras questões concernentes ao biodireito, e que exigem reflexões sobre aspectos éticos, psicológicos, religiosos, médicos e jurídicos,

---

<sup>452</sup> Vale a pena registrar o comentário feito por Eduardo de Oliveira LEITE (Op. cit., p. 72.) sobre o tema da contraceção e procriação, embasado nos ensinamentos de SULLEROT, no sentido de provar que, após o surgimento da pílula, o poder de decisão quanto à fecundação, para satisfazer o desejo da filiação, passou ao domínio feminino, invertendo-se a situação que antes existia, quando tal responsabilidade era atribuída ao homem, diante de sua supremacia sobre a mulher. Afirma o autor que a mulher tornou-se a pessoa que decide ter filhos, coloca-os no mundo, torna-se pai e mãe, e ainda tem o poder de forçar o homem a aceitar o filho que ela engendrou sem o consentimento dele (já que ele não pode interromper a gestação). E completa: “O que caracteriza este final de século é exatamente a ocorrência de milhares de pais solteiros que, na sua grande maioria, nem sabem que são pais.” E, por evidente, “eles não são pais inteiros, mesmo quando eles vivem com os filhos.”

<sup>453</sup> Sobre as técnicas de reprodução humana, ver: PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade Civil na Reprodução Assistida.**, p. 72-75; MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos.**; BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético.**



entre outros.<sup>454</sup>

Assim, pendem indagações a respeito da fertilização *post mortem* (admitida genericamente na lei civil)<sup>455</sup>, da maternidade de substituição<sup>456</sup>, da doação de gametas e de embriões<sup>457</sup>, da possibilidade de opção da mulher sozinha pela maternidade com participação genética de doador anônimo (a chamada “produção independente” ou monoparenatalidade)<sup>458</sup>, da regulamentação dos bancos de

---

<sup>454</sup> Atualmente, tramitam, no Senado Federal, os Projetos de Lei nº 90, de 1999, e 1.184, de 2003, sendo o primeiro deles o projeto original que dispõe sobre a reprodução assistida, e o segundo, um projeto substitutivo. Através deles, pretende-se regulamentar os princípios gerais sobre a matéria, o consentimento livre e esclarecido, a forma de utilização dos serviços de saúde e dos profissionais, as doações de gametas e de embriões, a questão da filiação da criança gerada a partir da utilização de tais técnicas, as infrações e penalidades, entre outras questões relevantes. Outra referência à manipulação de embriões humanos, no Brasil, embora sem o caráter de lei formal, é a Resolução nº 1.358, de 11-11-1992, do Conselho Federal de Medicina, que trata das normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o Novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002.**, p. 242/248. SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.**, p. 116/123.

<sup>455</sup> Sobre o tema, pode-se citar recente artigo de Eduardo de Oliveira Leite, em que o autor conclui: “A possibilidade da inseminação homóloga é plenamente válida, tanto no mundo científico quanto no jurídico, porque minorando a tragédia da esterilidade é capaz de dar filhos a quem a natureza os negou. Mas sua validade decorre de um projeto parental que inexiste na inseminação *post mortem*, quer porque a criança tem direito a seus dois genitores, quer porque o Direito não tem interesse em fomentar a geração de crianças órfãs. Causa espécie, senão perplexidade e repúdio, a sustentação de tal hipótese.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. Inseminação “post mortem” e a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina: do equívoco ético ao comprometimento jurídico. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. (Org.) Op. cit., p. 206/207.

<sup>456</sup> De acordo com Eduardo de Oliveira LEITE (Op. cit., p. 187), gravidez de substituição é uma prática “de acordo com a qual uma mulher carrega uma criança para outra mulher com a intenção de lhe entregar essa criança após o nascimento. Ou seja, a mãe de substituição faz as vezes de verdadeira mãe durante um determinado período (9 meses) ciente de que, esgotado este prazo, deverá se afastar da criança que alimentou, carregou e protegeu durante toda a gravidez.” A reprodução fica totalmente dissociada da gestação e do nascimento. No Brasil, as doadoras temporárias de útero devem pertencer à família da doadora genética, e não se admite que seja recrutada de forma comercial, ou seja, mediante pagamento. Ver também: LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Org.) Op. cit., p. 140/143; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coord.) **Biociência e suas implicações ético-jurídicas.**, p. 309/321.

<sup>457</sup> Os embriões *in vitro* são obtidos através de uma fecundação fora do organismo materno, e são mantidos em ambiente artificial até sua eventual implantação. Alguns são implantados imediatamente, outros não. O processo de fecundação *in vitro* acaba criando mais embriões do que o necessário para satisfazer os pedidos dos casais estéreis, pois a taxa de perdas é considerável em decorrência do fracasso freqüente das implantações. Com isso, acabam sobrando embriões, que são chamados de embriões excedentários ou excedentes. A produção de embriões em número superior ao desejado coloca em evidência a questão sobre a utilização a ser dada aos embriões excedentes, que pode assumir diversas formas: podem ser reutilizados com vistas a um segundo projeto parental; podem ser doados a outro casal a fim de possibilitar-lhe a realização do desejo de ter filhos; e podem ser utilizados para fins de pesquisas. Em alguns países, como é o caso da França, incentiva-se a doação de embriões, e proíbe-se o descarte. Sobre o tema, ver Eduardo de Oliveira LEITE (Op. cit., p. 177/184)

<sup>458</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios.**, p. 159/160. O autor traz estudo sobre as questões éticas da procriação artificial heteróloga. Lembra que, segundo a legislação de vários países, a doação para um banco de esperma deve ser anônima. Por outro lado, todo ser humano tem direito de saber quem é o seu pai genético. Sendo assim, o recurso ao banco de sêmen cria um conflito entre o dever de anonimato do doador e o direito ao conhecimento da paternidade biológica da parte do filho gerado. Questiona-se até que ponto é ético gerar-se um filho recorrendo a esperma estranho e tendo como pressuposto intencional o desconhecimento da paternidade genética.

sêmen<sup>459</sup>, entre inúmeras outras questões de igual relevância.

No que se refere à repercussão do biodireito no estado de filiação, merecem alguns comentários a questão da reprodução artificial heteróloga, em que a inseminação da mulher é realizada com material genético pertencente a pessoa diversa do seu cônjuge ou companheiro.

Há países em que a prática é permitida – como no caso brasileiro – e outros em que é condenada, para evitar transtorno aos envolvidos, pois necessariamente, em tais hipóteses, a paternidade jurídica diverge da paternidade biológica.

Nos países que aceitam a prática, a paternidade jurídica se estabelece com o consentimento do marido ou do companheiro, exigência que tem a função de impedir futura ação negatória de paternidade, conferindo estabilidade à família e à relação paterno-filial. Como afirma Gláucia Savin, “Isto significa que o que deve prevalecer é a segurança de um *status* jurídico para o filho, que não pode ser perturbado por posteriores desentendimentos ou mudança de ânimo dos pais.” E, complementa a autora que, desta forma, também se procura impedir “a propositura de ação de investigação de paternidade do doador em face do filho.”<sup>460</sup>

Entretanto, assegura-se ao filho o direito ao conhecimento da sua origem genética, por tratar-se de direito inerente à sua personalidade, que deve ser respeitado. Além disso, permite-se que ele tenha acesso aos dados biológicos do doador, por motivo de prevenção da saúde e de aplicação dos impedimentos matrimoniais.

Portanto, em tais situações, a revelação da hereditariedade mostra-se relevante unicamente para assegurar direitos da personalidade, especialmente o direito do filho à própria identidade, que nada tem a ver com a paternidade ou com relações de afetividade. Trata-se da determinação do patrimônio genético do filho gerado por tais técnicas de reprodução, que lhe confere uma singularidade,

---

<sup>459</sup> Os bancos de sêmen são utilizados para a criopreservação dos espermatozoides a serem utilizados nas procriações humanas realizadas por meio das técnicas de inseminação artificial. Funcionam como verdadeiros “armazéns de espermatozoides” que serão utilizados nas diversas técnicas de reprodução assistida. A criopreservação do sêmen é aconselhada nos casos em que o homem será submetido a procedimentos cirúrgicos que possam interferir na espermatogênese ou na função ejaculatória. Aconselha-se, também, nos casos de militares, antes de partirem para a guerra, a fim de armazenarem seu esperma e de garantirem sua continuidade genética. O banco de sêmen pode ser utilizado para a inseminação homóloga, nos casos já especificados, ou para a inseminação heteróloga. Nessa última hipótese, o homem doa o seu material genético, e perde a titularidade no momento da transferência do mesmo, através do contrato estabelecido com o banco de sêmen. QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coord.) Op. cit., p. 279/280.

<sup>460</sup> SAVIN, Gláucia. Op. cit., p. 238 e 239.

considerando que os caracteres genéticos são transmitidos através das sucessivas gerações.

Questão delicada é também a da inseminação artificial homóloga *post mortem*, em que a mulher deseja ter um filho do marido ou do companheiro pré-morto. Neste caso, fica excluída, por exclusiva vontade da mãe, a possibilidade de vir a criança a conhecer seu pai e de ter com ele uma vida familiar. Se, de um lado, toda pessoa tem o direito fundamental de ter filhos, de outro lado, existe o direito fundamental de ter a criança um pai, e de crescer amparado na figura materna e na figura paterna.

Como bem lembrou Maria Cláudia Crespo Brauner, ao discorrer sobre o direito do filho à biparentalidade:

Observa-se que aqui não tratamos do caso da mãe solteira que foi abandonada pelo namorado quando engravidou ou da esposa grávida que ficou viúva, pois esses fatos escapam normalmente da esfera de decisão da mulher, e a criança, mesmo não desfrutando da presença do pai em sua vida, poderá no primeiro caso, saber quem é o pai, conhecê-lo e até estabelecer judicialmente a filiação, ou, no segundo caso, a criança saberá que ela poderia ter tido a sorte de conhecer seu pai se a morte, normalmente imprevisível, não o tivesse arrebatado deste mundo.<sup>461</sup>

Trata-se, então, de saber se, a despeito do que dispõe o art. 1.597, II, do novo Código Civil, deve ser incentivado esse tipo de projeto parental que inviabiliza desde o início, na prática, o direito do filho de conhecer e de conviver com seu pai.

A questão é polêmica, e vem dividindo a opinião da doutrina. Há quem entenda que a reprodução assistida *post mortem*, assim como a monoparentalidade projetada (“produção independente”) não ofendem o princípio do melhor interesse da criança, já que “Ao longo da vida, a imagem do pai pode ser encontrada em outra pessoa que tenha vocação para tal”<sup>462</sup>, e a paternidade se constrói pela vontade e por laços de afeto formados na convivência diária.

De outro lado, estão aqueles que entendem que tais práticas devem ser evitadas, porque inviabilizam na origem o direito do filho de conhecer seu pai, e porque o Estado não tem interesse em “fomentar a geração de crianças órfãs”.<sup>463</sup>

Eduardo de Oliveira Leite enfatiza que:

---

<sup>461</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Op. cit., p. 148.

<sup>462</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. Op. cit., p. 440.

<sup>463</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 207.

o recurso à procriação artificial não deita as suas raízes no puro egoísmo, mas é, antes de tudo, resultado de um **projeto parental** tendente a contornar problemas oriundos de um *handicap* de ordem natural. **‘Remédio à esterilidade do casal’**; este é o princípio, o meio e o fim que sempre regeu, e continua regendo, a matéria das procriações artificiais’.<sup>464</sup>

As mesmas reflexões aplicam-se à hipótese de opção da mulher pela monoparentalidade, pelo uso da técnica de reprodução artificial com material genético de doador anônimo. Também, nesse caso, a criança já nasceria órfã de pai e sem nenhuma possibilidade de conhecê-lo. Mais ainda, não teria sequer a paternidade reconhecida em seu registro de nascimento, o que constituiria violação de seu direito (fundamental) à integral filiação, segundo boa parte da doutrina.<sup>465</sup>

Todos esses casos, entre outros, decorrentes da evolução da biotecnologia, constituem questões polêmicas, que vêm impondo reflexões aos especialistas, no sentido de solucionar conflitos envolvendo, muitas vezes, direitos fundamentais colidentes entre pais e filhos.<sup>466</sup>

A família contemporânea reestruturou-se e o parentesco sangüíneo vem sendo substituído pelo parentesco de afeto.<sup>467</sup> Mudaram os critérios. O direito do filho de conhecer sua ascendência genética foi incluído no rol dos direitos da

---

<sup>464</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 194. O autor acrescenta: “É que a possibilidade de gestação de um novo ser, sem pai, fica plenamente rechaçada pelos princípios do bom-senso e da razoabilidade que devem nortear a conduta humana. ‘Essa hipótese de monoparentalidade’, diz Martins, ‘é encarada como prejudicial ao filho e colhe, por isso, a generalizada censura da literatura jurídica.” No mesmo sentido, a opinião de MARTINS, Antonio Carvalho. **Bioética e diagnóstico pré-natal.**, p. 51.

<sup>465</sup> Ver estudos de JUNGES, José Roque. Op. cit., p. 147-170; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 783-788. No Brasil, a matéria não se encontra adequadamente disciplinada, e não se pode dizer que a Constituição Federal vede a monoparentalidade. Entretanto, na ausência de lei especial, devem ser observados os princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, pelos profissionais da área da saúde responsáveis pela análise do requerimento de procriação artificial heteróloga feito por mulher sozinha.

<sup>466</sup> Entre outros casos decorrentes da evolução da biotecnologia está a clonagem humana, prática que tem suscitado repúdio na grande maioria dos países, e que é proibida no Brasil, através do art. 6º da Lei nº 11.105/2005. Sob o olhar da engenharia genética, o indivíduo clonado é idêntico ao seu clone, mas do ponto de vista da subjetividade, ele é um ser humano único. A prática da clonagem reprodutiva suscita diversos questionamentos, incluindo o direito do clone a sua identidade específica, e o acesso às suas origens e à identificação do parentesco. Permite-se, no entanto, a clonagem terapêutica (diferente da clonagem reprodutiva), com a utilização de células-tronco, para o tratamento de doenças graves e para a produção, no futuro, de órgãos para pessoas que necessitem de transplantes. Sobre o tema, ver: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Biotecnologia e produção do direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. (Org.) *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 175-192.

<sup>467</sup> Sobre o tema: PEREIRA, Tânia da Silva. *O cuidado como valor jurídico*. In: PEREIRA, Tânia da Silva. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Ética da Convivência Familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 231-256; LÔBO, Paulo. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. In: DIAS, Maria Berenice. PINHEIRO, Jorge Duarte. *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 145-163.

personalidade.<sup>468</sup> Os conceitos de maternidade e de paternidade foram alterados. Até mesmo o adágio *mater semper certa est* restou contestado, com a possibilidade de opção da mulher pela “maternidade de substituição”. O simples critério biológico tornou-se insuficiente para definir os laços de parentesco, devendo vir acompanhado do critério cultural. E, na busca de soluções para os problemas derivados dos avanços científicos, a única certeza que se tem é a de que a prudência e a ética devem sempre orientar o biodireito, atuando o princípio da dignidade da pessoa humana como critério orientador para definir os limites de aplicação da biotecnologia.

---

<sup>468</sup> LOPES, Caetano Levi. *Direito ao Conhecimento da Ascendência Genética – Conveniência e Oportunidade*. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. (Coord.) *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 192. De acordo com o autor, na ponderação entre os direitos em conflito do suposto pai biológico e do filho, deve prevalecer o direito deste à ciência de sua origem genética. “O direito do filho sobreleva o dos pais. Ele veio ao mundo sem ser consultado. Invocar a preservação da intimidade não pode ser óbice para pesquisar a origem biológica. Vozes podem ser levantadas em contrário. A prevalência, entretanto, deve ser o do conhecimento efetivo. Felizmente já vai longe o tempo em que se sacrificava o filho para salvar moral farisaica de quem, na comunidade, não poderia, em público, ter sua reputação manchada, apesar do deslize de conduta na intimidade.” Ver também: CAMPOS, Wania Andréa Luciana Chagas Duarte de Figueiredo. *O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva*. In: PEREIRA, Tânia da Silva. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Ética da Convivência Familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 235-360.

## **PARTE III – O INTERESSE PÚBLICO DO INVESTIGANTE E O INTERESSE PRIVADO DO INVESTIGADO:**

### **1. O EXAME DE DNA COMO SALVAGUARDA DA IDENTIDADE HUMANA**

#### **1.1 A VALIDADE DO EXAME DE DNA COMO MEIO DE PROVA DA FILIAÇÃO**

Em decorrência do avanço tecnológico e científico ocorrido em todas as áreas do conhecimento humano nos últimos anos, surgiu um grande número de especialidades científicas, que utilizam técnicas cada vez mais elaboradas em seus experimentos. O progresso resultante das pesquisas, principalmente no terreno da biotecnologia, passou a contribuir para a solução de inúmeros processos judiciais, cíveis e criminais, por meio de exames periciais antes inexistentes, e que se tornaram indispensáveis em juízo na busca da verdade real.<sup>469</sup>

Uma das áreas que alcançou maior evolução foi a Biologia, em todas as suas ramificações, destacando-se entre elas a Genética, ou ciência da hereditariedade. O maior exemplo de sua importância é o “Projeto Genoma Humano”, iniciado oficialmente em 1990, com a finalidade de identificar e mapear todos os genes humanos, além de proceder ao seqüenciamento de seus três milhões de pares. Tal Projeto foi concluído em 14 de abril de 2003, possibilitando

---

<sup>469</sup> RASKIN, Salmo. A análise do DNA na determinação de paternidade, mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 313. O autor esclarece que, entre as aplicações da técnica PCR (Reação em Cadeia pela Polimerase) para análise do DNA de pessoas humanas, está a identificação de suspeitos numa investigação criminal, o que é feito através da análise de amostras de material biológico encontrado em locais determinados (ex: saliva na ponta de cigarro ou em correspondências, marca de batom em copo, gotas de sangue na cena do crime), contribuindo para apontar autores ou excluir falsas imputações. Esse mesmo método pode ser utilizado com notável precisão nos casos de identificação de vítimas onde outras técnicas que necessitam de grande quantidade inicial de DNA mostram-se ineficazes, como nas grandes mutilações ou nos carbonizados, ou ainda nos casos de acidentes aéreos ou explosões. Afora essas hipóteses, as aplicações médico-legais do uso da técnica PCR para a análise do DNA estão voltadas para a investigação de paternidade e maternidade, mesmo após a morte dos envolvidos, desde que possa ser reconstituído o padrão genético do falecido através de amostras do DNA dos parentes próximos.

inimagináveis formas de sua utilização.<sup>470</sup>

Dentro da Genética, desenvolveu-se o estudo do DNA (ácido desoxirribonucléico)<sup>471</sup>, o que possibilitou o surgimento do exame pericial que teve maior influência nas decisões judiciais dos últimos anos, em especial naquelas proferidas em ações de investigação de paternidade ou maternidade. A importância da perícia genética das impressões digitais do DNA deve-se ao elevado índice de confiabilidade de seus resultados, quando realizado por peritos capacitados e com a observância dos cuidados recomendados na coleta do material.

Nos termos do art. 3º, inc. II, da Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), ácido desoxirribonucléico (ou ADN) é o material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência.

Daí decorre que o DNA está ligado à idéia de individualidade, no sentido de que as características variáveis de uma pessoa para outra são únicas e determinadas por seus genes, que estão contidos em seu genoma ou genótipo. O genoma constitui o conjunto dos genes do gameta, ou todo o material genético presente nas células de uma pessoa.

De acordo com Salmo Raskin, o DNA “é o componente básico do material

---

<sup>470</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Op. cit., p. 177/181. O Projeto Genoma Humano (PGH) foi instituído oficialmente em 1990 com a participação inicial do Canadá, dos Estados Unidos, da França, da Inglaterra, da Itália e do Japão. Aos poucos, mais de 50 Estados ingressaram no Projeto, incluindo o Brasil. Segundo os autores, “Realizar o mapeamento genético significa representar graficamente o posicionamento dos genes no genoma humano. Esse processo de mapeamento implica em fragmentar o DNA, catalogar as seis bilhões de bases que o compõem e reconstituir sua sequência original. Após a determinação da posição e do espaçamento dos genes, tem início o seqüenciamento, isto é, desfazer-se a dupla hélice de DNA, colocando as bases químicas (adenina, timina, citosina e guanina) em seqüência para que possa ser lida a informação contida no cromossomo. Por fim, decifram-se as informações obtidas, relacionando-as ao fenótipo, definido como as características visíveis e não-visíveis do ser humano.” O fim do PGH constitui o primeiro passo na compreensão da complexa arquitetura do ser humano, e uma revolução na visão que o homem tem de si próprio.

<sup>471</sup> HOTTOIS, Gilbert. PARIZEAU, Marie-Hélène. Dicionário de Bioética. Tradução de Maria de Carvalho. Título original: Les mots de la bioéthique. Coleção Atlas e Dicionários. Direção de António Oliveira Cruz. Lisboa: Instituto Piaget. Divisão editorial, 1993, p. 186/187. Em 1944, O. T. Avery, C. MacLeod e M. McCarthy mostraram que o ácido desoxirribonucléico veicula a informação genética. Nove anos mais tarde, J. Watson e F. Crick descobriram que o DNA é uma longa molécula formada por duas cadeias enroladas sobre si mesmas em dupla hélice. Em cada hélice, sucedem-se quatro componentes elementares, chamados nucleótidos, que contêm respectivamente as bases azotadas adenina (A), timina (T), citosina (C) e guanina (G).. Os nucleótidos de uma cadeia emparelham os nucleótidos de outra cadeia, formando uma complementaridade precisa. Nos anos 50, formulou-se a hipótese de que os genes constituem mensagens codificadas que comandam a síntese das proteínas. Graças aos trabalhos de M. Nirenberg e de S. Ochoa, o código genético é descoberto no início dos anos 60. E, no início da década de 70, ocorreram os primeiros trabalhos de recombinação artificial do DNA, dando origem à engenharia genética. As técnicas de recombinação do DNA decorrem da descoberta de que o ácido desoxirribonucléico (DNA) encontrado nas células dos seres vivos vegetais, animais e humanos veicula a informação genética que os compõe. A partir daí constatou-se que o código genético é universal, apresentando-se idêntico no mundo vivo, podendo, portanto, ser manipulado e recombinado para gerar novas formas ou produtos.

genético de cada indivíduo, presente em todas as células do corpo.”<sup>472</sup> A possibilidade de serem encontradas duas pessoas geneticamente iguais, analisando-se diversos pontos do material genético, através da mais recente geração de testes de DNA, é menor do que a atual população mundial do planeta (equivalente a seis bilhões de pessoas), restando uma única exceção quanto aos gêmeos univitelinos, que possuem, em tese, igualdade em 100% de seu DNA.

Até o advento dos testes em DNA, não era possível garantir com absoluta certeza se um indivíduo era ou não filho biológico de determinado casal. No entanto, com o surgimento das modernas técnicas de análise do DNA, na atualidade, esse problema restou definitivamente solucionado, tornando-se possível a exclusão de indivíduos falsamente apontados como genitores, mas também a afirmação da paternidade biológica extremamente próxima a 100%. Por tal motivo, o exame de DNA logo passou a ser considerado como o mais poderoso elemento esclarecedor da verdade a serviço dos juízes e dos profissionais ligados à área do Direito de Família.

O DNA situa-se no núcleo de todas as células do corpo humano, e apresenta semelhanças típicas entre indivíduos biologicamente relacionados. Isto se deve ao fato de que a metade do DNA de um indivíduo é sempre herdada de seu pai biológico, e a outra metade é sempre herdada de sua mãe biológica.<sup>473</sup> Sendo assim, o DNA “funciona como uma marca registrada da herança genética das pessoas.”<sup>474</sup> Como detentor da bagagem hereditária de todos os seres<sup>475</sup>, nada mais natural que ele se tornasse o melhor recurso para o esclarecimento definitivo de

---

<sup>472</sup> RASKIN, Salmo. Op. cit., p. 312.

<sup>473</sup> SILVA, Sandra Maria da. Op. cit., p. 108. Todos os organismos vivos são formados por células, e essas possuem um núcleo que contém o material genético. Em quase todas as células podem ser encontradas duas cópias das informações genéticas do indivíduo, uma em cada par de cromossomos, sendo a primeira transmitida pelo pai biológico, por seu espermatozóide, e a outra pela mãe biológica, através do óvulo. A maioria das informações genéticas presentes nas duas cópias dos diferentes indivíduos da espécie humana é idêntica, razão pela qual todas as pessoas têm as mesmas características gerais, como por exemplo, a quantidade de dedos, o formato do corpo, etc. Entretanto, existe um grande número de características para as quais as pessoas possuem cópias semelhantes, mas não idênticas, da informação genética, gerando diferenças quanto à cor da pele, cor dos olhos ou dos cabelos, sexo, altura, textura dos cabelos, voz, ouvidos, olfato, maneira de andar, entre outras. Esses grupos de informações genéticas variam na população e são chamados de poliformismos. Por meio da análise das informações genéticas polifórmicas é possível determinar as relações de vínculo genético entre investigadores e investigados, pois cada cópia das informações genéticas veio de um dos pais biológicos do indivíduo.

<sup>474</sup> RASKIN, Salmo. Op. cit., p. 313.

<sup>475</sup> JACOB, François. **La logique Du vivant**: une histoire d'hérédité. Paris: Éditions Gallimard, 1970, p. 196 e ss. Segundo menciona o biólogo, não há mais dúvidas hoje de que todos os seres vivos, animais ou vegetais, e pertencentes a qualquer reino ou espécie, desde uma simples bactéria até o ser humano, são formados a partir de uma mesma estrutura de genes e possuem igual funcionamento de genomas. Genoma significa a informação hereditária de um organismo que está codificada em seu DNA; é a seqüência completa de um conjunto de cromossomos.



vínculos nebulosos de paternidade ou maternidade.

Diante dessas constatações, torna-se fácil perceber como o exame de DNA assumiu um valor diferenciado das outras técnicas de conhecimento científico da verdade biológica utilizadas anteriormente. Com efeito, as técnicas que utilizavam sistemas eritrocitários (Sistema ABO, Sistema MN e Sistema Rh) e a técnica denominada de HLA (de análise do Sistema do Antígeno Leucocitário Humano) não eram concludentes no sentido da afirmação da paternidade, porque não estudavam o código genético original do indivíduo, limitando-se a uma linguagem secundária dos genes.<sup>476</sup>

Historicamente, a Genética foi descoberta por George Mendel, em 1865, mas os exames sanguíneos de identificação biológica iniciaram-se de maneira indireta, após a identificação dos grupos sanguíneos por Karl Landsteiner, em 1900, com a criação do Sistema hematoclassificatório ABO (eritrocitário), que se limitava a ser utilizado para excluir a paternidade ou a maternidade. A partir de 1972, passou a ser utilizado o Sistema HLA (leucocitário), oferecendo uma certeza absoluta de seu resultado para a exclusão da paternidade, e uma probabilidade de 90% na determinação da paternidade (ou maternidade) biológica, quando combinado com os demais métodos.

Apenas em 1985 o geneticista inglês Alec Jeffreys, da Universidade de Leicester, desenvolveu o conjunto de sondas de DNA, que permitem estudar simultaneamente diferentes regiões do genótipo, chamadas de minissatélites, que possuem quantidade e comprimento distintos em cada pessoa, oferecendo um “padrão indivíduo-específico, ao que Jeffreys denominou de Impressões Digitais de DNA (DNA Fingerprints)”.<sup>477</sup> Mais tarde ainda, no final da década de 1980, surgiram outras tecnologias para a análise do DNA, como a tecnologia das Sondas Unilocais (single locus probe) e a tecnologia da Reação em Cadeia de Polimerase (Polymerase Chain Reaction). Diversos fatores devem influenciar na escolha da técnica mais adequada para cada caso (material coletado, sua quantidade e qualidade, dentre outros).<sup>478</sup>

Entre as inúmeras vantagens dos testes de DNA, está o fato de que podem

---

<sup>476</sup> CHAMELETE NETO, Alberto. Op. cit., p. 55 e ss; SILVA, Sandra Maria da. Op. cit., p. 42/43; BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, Paternidade e Filiação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 129/131.

<sup>477</sup> SILVA, Sandra Maria da. Op. cit., p. 43/44.

<sup>478</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. O exame de DNA e a sua Influência na Investigação da Paternidade Biológica. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Op. cit., p. 79.

ser realizados com qualquer tecido do corpo, já que o DNA pode ser extraído da raiz do cabelo, dos ossos, do sêmen, da saliva, dos músculos, da urina, do sangue, entre outros. Porém, o sangue é o preferido por ser relativamente simples a sua coleta, sendo que o DNA é retirado das células brancas, e não das células vermelhas (hemácias), já que estas não possuem núcleo.<sup>479</sup> Por outro lado, os métodos de exame em DNA requerem quantidade menor de sangue do que os testes de paternidade tradicionais (anteriores ao DNA), e as células do sangue não precisam permanecer vivas do momento da coleta até o início da fase analítica.<sup>480</sup>

Além disso, não há limite de idade para a análise do DNA. O teste pode ser feito em bebês, recém-nascidos ou durante a gravidez.<sup>481</sup> Por outro lado, o exame pode ser feito com sangue coletado a qualquer tempo, ou seja, há semanas, há meses, ou há anos. Isso se deve ao fato de ser o DNA uma molécula estável, que pode ser extraída e congelada por períodos prolongados, o que permite realizar o teste mesmo na ausência de pessoas-chaves, como a mãe ou o suposto pai do investigante. Ademais, é possível realizar o exame com os pais do investigado (supostos avós paternos do investigante), com os irmãos, ou com outros filhos do suposto pai, quando este estiver morto ou não se dispuser a fazer o teste. Porém, a maior vantagem, sem dúvida, é a precisão do teste. Nas palavras do médico Salmo Raskin:

A análise em DNA é o teste laboratorial de paternidade mais preciso possível atualmente. A chance do teste em DNA detectar um homem que esteja sendo falsamente acusado de ser o pai biológico é superior a 99,99%. Se ele não for excluído de ser o pai biológico pelo teste, a probabilidade de que ele mesmo seja o pai biológico varia de 99% a 99,99999%, de caso para caso. Na prática, tomadas as devidas precauções no controle de qualidade do teste, este é um teste absolutamente preciso. Um resultado de Exclusão significa com 100% de certeza que o suposto pai não é o pai biológico. Um resultado de Inclusão vem acompanhado da probabilidade que o suposto pai seja o pai biológico, geralmente números acima de 99,99%, resolvendo na prática, inequivocamente, todas as disputas. O número decimal da Probabilidade de Paternidade, em caso de Inclusão, jamais atingirá 100% por uma simples questão matemática decorrente da fórmula utilizada para o cálculo da Probabilidade de Paternidade calculada a partir do Índice de Paternidade (Teorema de Bayes). No limiar do século XXI, não existe absolutamente nenhuma dúvida entre os cientistas quanto à extrema segurança e eficiência da análise de

---

<sup>479</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 67.

<sup>480</sup> RASKIN, Salmo. Op. cit., p. 317.

<sup>481</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. Op. cit., p. 79. “Em se tratando de investigação intra-uterina, a perícia pode ser feita a partir da oitava semana de gestação, obtendo-se o DNA fetal do líquido amniótico ou de um fragmento da placenta.” Ver também: SILVA, Sandra Maria da. Op. cit., p. 120/122.

Impõe considerar que, nas situações em que o suposto pai é falecido, ainda assim o teste de paternidade pode ser realizado através de várias formas: coletam-se os materiais genéticos da mãe e do filho, podendo o suposto pai ser substituído por seus pais biológicos; ou por dois irmãos biológicos dele; ou ainda por um filho biológico dele e a mãe biológica desse filho; ou por somente um filho biológico dele. Pode ainda ser feito o teste sem a presença da mãe do investigante. Nesse caso, é necessário coletar material do filho e de, pelo menos, um filho biológico do suposto pai falecido e sua mãe biológica; ou ainda, coleta-se material do filho e de, pelo menos, um filho biológico do suposto pai falecido. Quanto maior o número de indivíduos testados, mais informativo será o resultado do teste. Se nenhum desses grupos de pessoas estiver disponível, ainda resta a alternativa de ser realizado o exame através da exumação do cadáver do suposto pai. O laboratório pode oferecer a possibilidade de extração do DNA a partir de ossos coletados por peritos com o apoio técnico do Instituto Médico Legal (IML).<sup>483</sup> Constata-se, portanto, que o exame de DNA apresenta enorme flexibilidade em suas estratégias de análise, o que se apresenta como outra grande vantagem.

No que se refere ao controle de qualidade dos testes no Brasil, Salmo Raskin esclarece que “são vários os Laboratórios de Genética que têm investido pesadamente no sentido de aprimorar uma série de controles da qualidade do exame,”<sup>484</sup> iniciando pela rigorosa identificação das partes, passando pela fase da elaboração dos testes, e concluindo com a entrega dos laudos.

Tecnicamente, feita a extração do material genético das pessoas envolvidas, analisam-se em primeiro lugar o DNA da mãe e o do filho. Tendo em vista que o filho recebe parte de sua herança genética da mãe, a comparação deve mostrar uma igualdade entre a mãe e o filho para apenas um dos segmentos. Sabendo-se qual parte do DNA do filho veio da mãe, conclui-se que a outra parte obrigatoriamente foi transmitida pelo pai biológico. Este, por sua vez, tem seu DNA comparado com a peça paterna obrigatória do filho e, havendo a paridade em diversos segmentos do

---

<sup>482</sup> RASKIN, Salmo. Op. cit., p. 319.

<sup>483</sup> RASKIN, S. Idem, p. 325; SILVA, Sandra Maria da. Op. cit., p. 120/122.

<sup>484</sup> RASKIN, S. Idem, p. 322. O autor descreve todas as precauções comumente tomadas pelos laboratórios desde a fase da coleta do material até a final entrega do laudo, para que os resultados sejam considerados seguros e confiáveis (p. 322/323). Ver também: SILVA, Sandra Maria da. Op. cit., p. 122/124. Sobre os cuidados na coleta do material.

material genético, resultará na conclusão positiva da paternidade.<sup>485</sup>

Nesse caso, é necessário apresentar uma estimativa quantitativa da evidência em favor da paternidade apontada pelo resultado do exame dos marcadores genéticos, que é o chamado Índice de Paternidade. Tal índice pode alcançar resultados de inclusão de probabilidade que variam de 99,99% a 99,9999%. E, nas hipóteses de exclusão da paternidade, o resultado é equivalente a 100% de certeza de que o suposto pai não é o pai biológico do investigante.<sup>486</sup>

É possível, pois, afirmar que hoje não é mais cabível a simples utilização de outros meios de provas ou de meros critérios de presunção na aferição da paternidade biológica. Apesar da prova testemunhal, do confronto fisionômico e dos antigos exames laboratoriais imprecisos ainda continuarem tendo seu valor no conjunto probatório dos processos, hoje dispomos de tecnologia altamente sofisticada a ser utilizada na busca da ancestralidade genética dos indivíduos interessados em conhecer suas origens, capaz de apoiar a tomada de decisões seguras e a realização da justiça nos casos concretos.

Não se desconhece, todavia, que a figura da paternidade não pode ficar adstrita a uma mera questão biológica. Zeno Veloso assevera que a paternidade hoje se insere em três dimensões: “a paternidade jurídica, a paternidade biológica, e a paternidade sócio-afetiva. Nem sempre elas coincidem.”<sup>487</sup> E, não havendo coincidência, normalmente deve prevalecer a paternidade antes associada com a circunstância de amar e servir, do que aquela associada à circunstância de procriar. Diante dessa realidade, notáveis autores já se rebelaram contra a chamada “sacralização” ou “divinização” do exame de DNA, entendendo que as transformações mais recentes por que passou a família, afirmando-se como um grupo de afetividade e companheirismo, contribuíram para o reforço da paternidade sócio-afetiva, provocando o enfraquecimento da paternidade biológica.<sup>488</sup>

Sem embargo do entendimento de que a relação paterno-filial constrói-se no afeto cotidiano, sendo o pai muito mais do que um simples ascendente genético, é

---

<sup>485</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. Op. cit., p. 68.

<sup>486</sup> TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade-II. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 20/21.

<sup>487</sup> VELOSO, Zeno. A Sacralização do DNA na Investigação de Paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 388.

<sup>488</sup> Entre eles: VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 379-390; PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., 81 e ss; VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Nº 21, mai/1979, p. 401 e ss.

preciso reconhecer que a verdade biológica jamais será irrelevante para o filho. Sendo assim, é preciso procurar equilibrar essas duas vertentes – a relação biológica e a relação sócio-afetiva – na construção da nova família.

Existem casos em que, mesmo existindo um parentesco sócio-afetivo, o filho deseja conhecer sua família biológica em determinada fase da vida, chegando muitas vezes a optar pelos laços de consangüinidade. Nesse sentido, não se pode deixar de recordar caso recente ocorrido no final da década de 70, na Argentina, que serve igualmente para demonstrar a utilidade e a precisão do exame de DNA. Conforme relata J. Lélío P. de Mattos Filho:

Por razões políticas, inúmeras pessoas foram detidas e desapareceram. Muitas eram mulheres grávidas, que vieram a dar à luz na prisão. Estas crianças foram retiradas das mães biológicas e criadas por outras famílias, como sendo filhos legítimos. Como proceder à investigação de vínculo genético nesta situação aparentemente insolúvel? Se não, vejamos: a mãe biológica (e, com grande freqüência, também o pai biológico) está desaparecida e temos um casal que se diz pai e mãe da criança. Em um primeiro tempo, executamos a investigação de vínculo genético com as pessoas de que dispomos. No caso da criança não ser filha biológica do casal, haverá uma dupla exclusão: a exclusão de paternidade e da maternidade (semelhante ao que ocorre quando investigamos crianças trocadas na maternidade). Uma vez excluído o vínculo genético primário, temos que localizar parentes vivos, para que seja possível o estudo. Nesta hora é que as mães da Praça de Maio, em Buenos Aires (que na verdade são avós destas crianças) tiveram decisiva participação, para que o caso pudesse ser esclarecido. Na eventualidade de pai e mãe não disponíveis, foram utilizados os avós maternos e paternos. Algumas vezes tios paternos e maternos também puderam colaborar e fazer parte da investigação. Dessa maneira, as estruturas genéticas do pai e da mãe biológicos foram determinadas (mesmo nas suas ausências, através de seus ascendentes e colaterais). O que era uma tarefa impossível tornou-se palpável realidade. Cerca de cinqüenta crianças tiveram seus parentes biológicos detectados, pelo exame de DNA, executado conforme a estratégia aqui descrita.<sup>489</sup>

Nesses casos, entre os filhos que obtiveram a revelação de seus parentes biológicos, alguns deles, já adultos, optaram por continuarem convivendo com as famílias que os acolheram quando bebês. Outros, porém, preferiram se afastar das famílias onde foram criados, aproximando-se dos familiares biológicos, tendo alguns deles ingressado em juízo com demandas indenizatórias contra o Estado e contra as famílias substitutas.<sup>490</sup>

---

<sup>489</sup> MATTOS FILHO, J. Lélío. P. de. O Impacto da Introdução do Exame do DNA no Conjunto de Provas na Investigação de Paternidade. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**. Nº 12., p. 275.

<sup>490</sup> Casos semelhantes já ocorreram com trocas de bebês em maternidades, ou com furto de bebês, que passaram a ser criados por famílias substitutas, e só mais tarde vieram a conhecer os verdadeiros pais biológicos. Paulo Luiz NETTO LÔBO (Op. cit.), menciona: “Questão relevante diz respeito ao estado de filiação constituído a

Sendo assim, nem sempre o critério sócio-afetivo prevalece, na prática, sobre o critério biológico, donde se conclui a importância de serem realizados todos os tipos de provas nos processos judiciais, incluindo o exame de DNA, a fim de possibilitar ao julgador uma correta avaliação dos fatos, considerando o melhor interesse do menor.

Convém lembrar, ainda, a relevância do exame de DNA no esclarecimento da origem genética de filhos havidos por novas técnicas de procriações artificiais.

Com efeito, não se pode olvidar que os recentes progressos da biotecnologia igualmente viabilizaram o projeto parental de inúmeras pessoas estéreis, permitindo a procriação em laboratório, sem relação sexual, acarretando enorme transformação no destino da família contemporânea. Com isto, grandes desafios foram lançados aos juristas, obrigados a reverem antigos conceitos e a criarem soluções para hipóteses nunca antes imaginadas. A possibilidade de fecundação *in vitro* (fora do corpo humano), de transferência de embriões para o útero de mulher que não forneceu o óvulo, de conservar embriões por longos períodos em bancos de sêmen (tornando viável a sua utilização após a morte dos doadores), entre inúmeras outras novas experiências, atingiram as noções de reprodução e de concepção, impondo um repensar dos valores familiares.<sup>491</sup>

Sem adentrar nos aspectos éticos ou psicológicos – que não é nosso objetivo - a biomedicina contribuiu para provocar radical mudança de comportamentos na sociedade, alterando a perspectiva do “modelo familiar natural”, e contribuindo para a consolidação de uma “noção de sexualidade independente da concepção/reprodução”, conforme mencionou Cláudia Fonseca, exemplificando:

Com o primeiro bebê de proveta, ficou evidente que as relações sexuais não eram o *'sine qua non'* da concepção. Com a 'barriga de aluguel', tornou-se possível duas mulheres (uma com o óvulo da outra implantado no seu útero) serem parceiras na procriação de um filho. Hoje, com a maternidade assistida, uma mulher pode ser mãe de sua própria irmã. E, com as cirurgias dos transexuais, as autoridades estatais estão procurando maneiras para classificar aquele pai que passou a ter um sexo feminino legal. Em outras palavras, os princípios 'básicos' da procriação – o casal exclusivamente heterossexual, a seqüência inevitável das gerações, e a

---

partir de fatos ilícitos (por exemplo, seqüestro de criança, falsidade documental, troca consciente de recém-nascidos). Também nessas situações, não haverá automático predomínio da origem biológica, quando o estado de filiação perdurar no tempo. A solução adequada considerará o caso concreto, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança que, apesar da repulsa ao fato originário, poderá não coincidir com os dos pais biológicos.”

<sup>491</sup> Ver LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 17 e ss.

complementaridade sexual dos genitores – não se mantêm mais, pelo menos não na sua forma original.<sup>492</sup>

Ou, nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, “Assim como a criança pode ter três pais (o doador do esperma, o pai adotivo, o marido da mãe), ela pode igualmente ter três mães (a mãe biológica, a mãe portadora e a mãe de recepção).”<sup>493</sup>

Nesse novo cenário, o exame de DNA ganhou ainda mais prestígio no esclarecimento da origem genética de filhos havidos por novas técnicas de procriações artificiais.

Portanto, ainda que eleito o afeto como elemento principal formador da família, os laços de sangue continuam mantendo importância no atual modo de pensar o parentesco, já que num mundo “composto de cidadãos anônimos”, é precisamente o vínculo consangüíneo que fornece “ao indivíduo a chave de seu pertencimento social assim como de sua identidade pessoal.”<sup>494</sup> E, nesse sentido, os seguros testes de DNA revelam-se a melhor prova para o esclarecimento da verdade biológica, possibilitando a plena identificação do indivíduo e sua integração no seio da família consangüínea.

Como bem ponderou a antropóloga Cláudia Fonseca, tanto a sociedade como os julgadores, na grande maioria dos casos em que se discute a paternidade, ainda hoje continuam exigindo a prova pericial para a declaração do parentesco, mesmo quando já consolidados os vínculos afetivos entre investigante e investigado. Essa afirmação também se confirma na medida em que os casais ou parceiros homossexuais ainda preferem optar por gerar filhos biologicamente vinculados a um deles, ou a ambos, do que optar pela adoção.<sup>495</sup>

---

<sup>492</sup> FONSECA, Cláudia. “O impacto do teste de DNA sobre noções de família e filiação no Brasil contemporâneo.” [http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=88](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=88), acessado em 26/12/2006, às 23h.

<sup>493</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 11.

<sup>494</sup> FONSECA, Cláudia. Op. cit. p. 2. De acordo com a autora, há um princípio imutável da biologia, que diz: “O sangue é mais espesso do que a água.” Tal adágio revela a “extrema importância no modo euro-americano de pensar as relações de parentesco (Ver Schneider, 1984). Hoje, como atesta o negócio emergente das árvores genealógicas de família – assim como a popularidade crescente das reuniões de família que juntam pessoas que pouco têm em comum além de um certo sobrenome – a idéia de descendência genealógica parece não ter perdido nada do seu apelo.”

<sup>495</sup> FONSECA, C. Op. cit. p. 2. Nesse sentido, esclarece a autora, ao mencionar o critério do afeto ou da “escolha” na formação dos laços familiares: “Paradoxalmente, é precisamente nas relações familiares que melhor demonstram a idéia de ‘escolha’ que vemos a reafirmação estridente do princípio biológico. Por que outro motivo, por exemplo, as crianças adotadas teimariam tanto em conhecer suas origens genealógicas (ver Yngvesson 2000)? Por que outro motivo parceiros do mesmo sexo tentariam tão apaixonada e dolorosamente

Não se olvide, ainda, que a técnica comparativa do DNA tem imensa utilidade na definição da hereditariedade para prevenir doenças, viabilizar as cautelas quanto aos impedimentos matrimoniais ou transplantes de órgãos, avaliar a possibilidade de contrair doenças transmissíveis geneticamente, entre outras finalidades que não chegam a repercutir diretamente no estado de filiação, mas que se revelam importantes para a preservação da saúde. E, sendo o direito à saúde um direito da personalidade assegurado pela Constituição, deve ser igualmente preservado.

Desta forma, não se pode negar que a prova técnica em DNA é revolucionária, além de ser universalmente aceita, sendo capaz de afastar qualquer dúvida quanto à filiação biológica, além de apontar a verdade em casos que, até pouco tempo, permaneceriam sem solução e acabariam caindo no esquecimento, prolongando para a eternidade sentimentos de injustiça. Por tais motivos, no mundo contemporâneo, em que dispomos de tecnologia altamente requintada, capaz de propiciar diagnósticos extremamente precisos na identificação dos laços familiares, não é mais cabível que se dispense a elaboração do exame de DNA nas situações em que se deseja determinar a paternidade ou a maternidade com absoluta certeza.

## 1.2 A LEGALIDADE DO EXAME DE DNA: O EXEMPLO DO DIREITO COMPARADO

O surgimento dos testes genéticos e, em especial, do exame de DNA, contribuíram para eliminar a incerteza da paternidade, que sempre se afirmou ser incerta ao longo da história da civilização ocidental. Tais exames permitem estabelecer o perfil genético de uma pessoa e identificar, com alto grau de precisão, os vínculos de sangue entre diversos indivíduos, já que cada pessoa herda caracteres genéticos de seus pais biológicos. Hoje é possível até mesmo estabelecer a paternidade antes do nascimento de uma criança, a partir do exame do líquido amniótico que protege o embrião.

Tradicionalmente, a paternidade sempre resultou da aplicação da conhecida

---

gerar crianças vinculadas biologicamente a ambos os membros do casal (como no caso de duas mulheres, uma emprestando seu útero para o óvulo da outra...). Se laços genealógicos não fossem importantes, por que as pessoas se prestariam ao processo exaustivo da maternidade assistida ao invés de simplesmente adotar uma criança (ver, por exemplo, Ramirez 2003, Luna 2004)?”



fórmula de origem romana “*pater is est quem nuptia demonstrant*”. Tal fórmula, que estabelecia uma presunção de paternidade no casamento, “atravessou incólume os séculos e só começou a ser contestada quando do surgimento dos primeiros experimentos biomédicos.”<sup>496</sup>

Os novos testes comparativos de DNA tiveram repercussão imediata no direito de filiação, por possibilitarem, pela primeira vez, a afirmação da paternidade embasada numa certeza científica, e não apenas em presunção, que nada mais é do que um processo lógico através do qual se atinge uma verdade ficta ou legal. As antigas provas das ações investigatórias de paternidade, costumeiramente utilizadas nos casos de filiação extramatrimonial, foram logo suplantadas pelos avançados testes de DNA, capazes de evidenciar a paternidade biológica com absoluta certeza. E, “à velha fórmula ‘*pater incertus*’, substituiu-se a novíssima noção de ‘*pater et mater certa sunt*’.”<sup>497</sup>, restando pouco a pouco superada a validade da presunção da paternidade pelas novas técnicas de determinação da filiação, e passando o exame de DNA a ser denominado de “rainha das provas”.

Sem dúvida, o elevado grau de precisão dos testes genéticos repercutiu seus efeitos nas ações de investigação de paternidade, nas negatórias de paternidade, nos pedidos de alimentos e até mesmo em questões de direito sucessório.

Tudo aquilo que era decorrente da presunção e da indefinição passou a receber a influência dos novos meios de prova científicos, e o direito de filiação tornou-se dependente de prova, sendo os testes de identificação genética indispensáveis no estabelecimento da verdade biológica, em proveito do melhor interesse do menor.

Entretanto, as leis, a doutrina e a jurisprudência ainda permanecem com a mesma estrutura do sistema jurídico tradicional, de uma época em que não havia os testes de DNA, e não era possível determinar-se a paternidade com precisão equivalente a 99,9999% - o que equivale a uma certeza científica em favor da verdade biológica.

Diante das recentes descobertas na área da engenharia genética, que

---

<sup>496</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.) **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais.**, p. 189.

<sup>497</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 190.

proporcionaram o acesso à verdade objetiva da parentalidade, torna-se necessário verificar quais as modificações que a nova técnica de determinação da hereditariedade poderia provocar sobre as atuais normas que regulam o direito de filiação, e principalmente sobre os próprios fundamentos da filiação. Nesse sentido, merecem comentários algumas soluções encontradas nos diferentes sistemas jurídicos para questões decorrentes da atual possibilidade de atingir-se a verdade biológica referente à paternidade.

O exame de DNA representa, sem dúvida, uma das maiores contribuições dos últimos anos para o Direito, podendo ser utilizado tanto na área cível - para estabelecer com certeza as relações de parentalidade e de filiação - quanto na área criminal - no sentido de afirmar a culpabilidade de um criminoso ou de inocentá-lo da prática de um delito. Assim, a nova tecnologia representou um avanço espetacular no campo probatório dos diversos ordenamentos jurídicos, sendo capaz de determinar os verdadeiros laços de sangue das pessoas envolvidas em processos judiciais.

Todavia, o exclusivo emprego dessa prova vem provocando questionamentos de ordem ética e jurídica, já que o exame de DNA revela a filiação a partir dos dados sanguíneos, mas é sabido que a parentalidade não se resume a simples questão de hereditariedade. Por outro lado, importante questionamento também surge quando uma das partes (em geral, o suposto pai) recusa-se a fornecer material para a elaboração do exame de DNA.

É preciso ter em mente que a relação paterno-filial não se restringe à mera consideração dos laços de hereditariedade biológicos, sendo também composta de laços afetivos e sociais, vividos no dia a dia, entre pais e filhos, realidade essa que os testes genéticos não são capazes de apontar. “A relação paterno-filial é extremamente complexa e movediça; não se esgota na fragilidade de um momento capaz de decidir toda uma vida, ou na fecundação do óvulo pelo espermatozóide”, alerta Eduardo de Oliveira Leite.<sup>498</sup>

Não há dúvidas de que a filiação se constrói e evolui no decorrer da vida, através de atitudes de comprometimento e de apoio, de experiências vividas por pais e filhos, de troca de afetos, de influências sociais, de situações de alegrias e de tristezas vivenciadas em comum, justificando-se não apenas pela biologia, mas

---

<sup>498</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 193.

também por dados socioafetivos e jurídicos.

Tanto é assim que, no curso da história, sempre imperou o princípio da desigualdade da filiação, operando a ignorância sobre a realidade biológica a serviço dos interesses de ordem econômica, política, religiosa ou moral de cada época. Basta recordar as normas sobre filiação e parentesco em qualquer sociedade e em qualquer época passada até o início dos anos 70, para ilustrar tal afirmativa.

A partir daí, verificou-se uma mudança radical na mentalidade das sociedades ocidentais, que passaram a privilegiar o princípio da igualdade e os direitos humanos, tornando-se a busca pela verdade um instrumento de realização da justiça, especialmente em matéria de estabelecimento da filiação.<sup>499</sup>

Poder-se-ia, então, afirmar, que a possibilidade técnica de acesso à verdade genética deveria determinar alterações essenciais das normas substantivas atinentes à filiação? Ou, ao contrário, são as raízes culturais, os interesses e os valores essenciais de cada povo que continuam prevalecendo acima do conhecimento sobre a verdade biológica, no tocante às regras sobre o parentesco?

No direito comparado, verificam-se diferentes posturas quanto à importância da *consanguinidade* ou da *vontade* como principal fundamento do elo de parentesco. Com efeito, os países de sistema germânico (seguindo o modelo alemão) privilegiam a *descendência* (pelo sangue), enquanto que os países com sistema de tradição romana (inspirados no modelo francês) utilizam o *reconhecimento* (fundado na vontade), para estabelecer a filiação, constatando-se uma oposição entre o realismo germânico e o voluntarismo francês.

O direito alemão impõe a procura da verdade biológica a qualquer preço e por qualquer meio, desde a reforma do Código de Processo Civil Alemão de 1938, adverte Frank Rainer<sup>500</sup>. Com efeito, o § 372a do Código impõe a toda pessoa (não apenas às partes) a obrigação de se submeter a qualquer tipo de exame biológico,

---

<sup>499</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis. Op. Cit., p. 140. De acordo com os autores, “O *Leitmotive*, elemento guia, destacado por Jayme é um *revival* dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos fundamentais seriam as novas “normas fundamentais”, e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito civil assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado na família, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos. De outro lado, a própria definição de família se amplia assim como os deveres de cuidado, como no exemplo dos alimentos gravídicos (Lei 11.804/2008).

<sup>500</sup> FRANK, Rainer. L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand. In: **Revue internationale de droit comparé**. N° 4. Société de législation comparée: octobre/décembre 1995, p. 906.

em particular aqueles com coleta de sangue, para a análise de seu grupo sanguíneo. E o art. 3, §9, da lei civil que modificou e completou os dispositivos do direito de família, bem como as leis aplicáveis aos estrangeiros de 12-04-1938, previram, pela primeira vez, que as partes e as testemunhas deveriam se submeter à coleta de amostra de sangue, desde que a medida fosse necessária à verificação de filiação de uma criança.

A análise comparativa dos grupos sanguíneos ou do DNA pode ser ordenada de ofício ou a requerimento das partes, no direito alemão. Ocorrendo recusa de submissão à perícia determinada pelo juízo, o § 372 a, alínea 2, combinado com o § 390, do Código de Processo Civil, permite a aplicação de sanção equivalente a multa ou a prisão. Restando infrutífera a sanção aplicada, é possível ser realizada a condução compulsória da parte ou da testemunha ao exame.<sup>501</sup>

Embora tais regras remontem à época do nacional-socialismo, em que razões políticas justificavam a pesquisa sobre as origens raciais e genéticas das pessoas residentes na Alemanha, o princípio da compulsoriedade do exame não foi estigmatizado como típico de um movimento de pretensa superioridade da raça ariana. Ao contrário, subsistiu à Segunda Guerra e à democratização, e foi mantido mesmo após a reforma processual de 1950, sendo justificado como decorrência do princípio inquisitório utilizado nos procedimentos relativos à filiação, no direito alemão.

Tal sistema restou igualmente legitimado com o reconhecimento, pelo Tribunal Constitucional Federal, do *direito ao conhecimento da origem genética* entre os direitos gerais da personalidade. É importante observar que o direito ao conhecimento da origem genética só se torna viável a partir da possibilidade de ser estabelecida a filiação biológica, especialmente por meio de perícia sanguínea com análise comparativa do DNA. Diante da nova realidade, proporcionada pelo avanço da biotecnologia, e da facilidade de realização compulsória da prova pericial, a Corte entendeu necessária a criação de uma ação autônoma declaratória da filiação genética, no intuito de garantir a cada pessoa adulta o conhecimento de suas origens, embora sem modificar o estado da pessoa, ou a parentalidade jurídica já existente.<sup>502</sup>

---

<sup>501</sup> FRANK, Rainer. Op. cit., p. 906 e 909/911.

<sup>502</sup> Segundo afirma Marie-Thérèse Meulders-Klein, o realismo alemão deu origem à ação pretoriana de conhecimento das origens biológicas, como forma obsessiva de estabelecer a verdadeira paternidade genética,

Nessa mesma linha de raciocínio, o Tribunal Constitucional Federal alemão já se pronunciara, em decisão prolatada nos anos 50, no sentido de que a coleta de uma pequena amostra de sangue não constitui agressão à pessoa, e não fere o direito fundamental à integridade corporal.<sup>503</sup>

Constata-se, pois, que o § 372 do Código de Processo Civil alemão (ZPO) estabelece um dever das partes e dos intervenientes na causa de contribuírem para a elucidação da verdade e de se submeterem às perícias biológicas exigidas, sob pena de multa ou de prisão, ou até mesmo de condução forçada *manu militari*.<sup>504</sup>

Segundo afirma Rainer Frank, também nos países nórdicos, em especial na Suécia, existe a mesma possibilidade de constrangimento físico das partes e de terceiros interessados à realização das perícias determinadas pelo juízo, o que demonstra que a solução do direito alemão não é isolada.<sup>505</sup>

Na Suíça, as partes e os terceiros têm o dever de prestar auxílio às perícias necessárias para elucidar a filiação, desde que as medidas não apresentem prejuízo ou perigo para a saúde dos mesmos (artigo 254-2º ZGB).<sup>506</sup> A coleta de sangue não pode ser recusada por motivos confessionais ou em razão da idade da criança. O juiz aprecia livremente a recusa injustificada de uma pessoa a submeter-se aos exames, e pode ameaçá-la de multa (de acordo com o direito cantonal) ou de aplicação de pena por insubordinação, na forma do artigo 292 do Código Penal. Mas o constrangimento físico não é admitido. Aquele que se recusa a submeter-se aos exames biológicos sem motivo legítimo responde pelos danos causados à parte encarregada de produzir a prova (de acordo com o artigo 41 e seguintes do Código das Obrigações).

A doutrina e a jurisprudência austríacas adotam posicionamento semelhante, embora o § 7º do Decreto sobre a “harmonização das disposições do direito de

---

embora sem efeitos jurídicos, diante da existência de meios cada vez mais sofisticados de obtenção da prova científica do vínculo parental. Tal ação, contudo, não teve o condão de instaurar a absoluta igualdade da filiação, tendo em vista que o pai biológico limitava-se normalmente a prestar alimentos, sem estabelecer qualquer vínculo afetivo ou relacionamento mais próximo com o filho. Tal fato serve para comprovar que a paternidade não decorre unicamente dos laços de sangue ou da verdade objetiva, dependendo muito mais de raízes culturais e da vontade de ser pai, como sustenta a autora. MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. *Les empreintes génétiques et la filiation: la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes?* In: HENNAU-HUBLET, Christiane, KNOPPERS, Bartha Maria (Dir.) *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme: aspects médico-scientifique, éthique et juridique*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant S A, 1997, p. 400.

<sup>503</sup> FRANK, Rainer. Op. cit., p. 911/912; LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 200.

<sup>504</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 200.

<sup>505</sup> FRANK, Rainer. Op. cit., p. 920.

<sup>506</sup> MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Op.cit., p. 418.

família de 06-02-1943” permita a condução forçada de uma pessoa aos exames médicos, da mesma forma que estabelece o § 372 a do Código de Processo Civil alemão. O diploma legal austríaco também tem origem na época do nacional-socialismo. Todavia, tal regra é interpretada de forma diferente por seus Tribunais, no sentido de que só pode ser determinada a *apresentação* forçada da pessoa para realizar os exames, mas não o *exame biológico* propriamente dito. É verdade que tal distinção se mostra praticamente irrelevante na Áustria, tendo em vista que a simples possibilidade de aplicação de uma pena de multa ou privativa de liberdade torna-se suficiente, em geral, para que a pessoa permita a execução do exame médico determinado pelo juízo.<sup>507</sup>

Entretanto, a solução adotada pelo direito alemão, no sentido de admitir o constrangimento físico à perícia genética, ainda que seguida por alguns países no campo do direito comparado, mais se apresenta como uma exceção do que como a regra.

Com efeito, a grande maioria dos países entende não ser possível a realização de uma perícia biomédica sem que haja o prévio consentimento daquele que deve sujeitar-se aos exames, em matéria de filiação. Nesse sentido, a França e a Bélgica entendem que devem ser respeitados os direitos à inviolabilidade do corpo humano e à vida privada, tornando-se inviável a condução forçada de uma pessoa à prova pericial.

Ao contrário do sistema germânico, que privilegia a *descendência* em termos filiação, os países de tradição romana preferem atribuir maior relevância ao *reconhecimento* e à *vontade* como fundamentos dos laços de parentesco. Sendo assim, em razão do maior peso atribuído à *vontade* como elemento formador do vínculo familiar, e da importância mais restrita dada ao conhecimento da verdade biológica pelo Código Civil francês de 1804, é que se deve a tradicional indiferença dos juristas franceses em fazer uso dos meios científicos de acesso à parentalidade genética. Acrescente-se a essa diferença cultural uma importância histórica ligada à noção de *posse de estado* na França, desde a época em que houve a proibição do casamento de protestantes, após a revogação do Édito de Nantes, e da injusta condição de bastardos imposta a seus filhos.<sup>508</sup>

Como consequência desse sistema tradicional de filiação, na França, a

---

<sup>507</sup> FRANK, Rainer. Op. cit., p. 909.

<sup>508</sup> MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Op. cit., p. 401.

coleta de qualquer material genético contra a vontade da pessoa, ou com o seu desconhecimento, é tida como ilícita e considerada ofensiva à vida privada e à integridade física. A coleta do material biológico mediante constrangimento é considerada nula, cabendo a imposição de sanção penal àquele que colaborou para a ocorrência da infração.<sup>509</sup> O princípio, aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, é o de que a inviolabilidade do corpo humano exclui todo e qualquer uso de constrangimento físico.

A única possibilidade de interpretação sobre a recusa ou sobre a abstenção de comparecimento à perícia decorre do disposto no artigo 11 do Novo Código de Processo Civil francês, que permite ao juiz tirar as conseqüências que entender cabíveis em tais hipóteses, desde que uma das partes deixe de prestar sua colaboração quanto aos exames biomédicos. O desrespeito a uma determinação judicial de submissão a perícia pode ser simplesmente considerado pelo juiz como um elemento a mais no momento da apreciação das provas, mas não conduz à confissão ficta ou ao suprimento da prova que se desejava obter através do exame médico.

Na Bélgica, o princípio da inviolabilidade da integridade física e da vida privada assume proporções tão obsessivas quanto é a pesquisa pela verdade biológica na Alemanha. O país chega ao ponto de rejeitar toda e qualquer idéia de aplicação de multa ou de constrangimento, de perdas e danos, ou de inversão do ônus da prova, nas hipóteses de recusa injustificada de submissão à perícia. A recusa parece estar “justificada” por definição – argumenta Meulders-Klein.<sup>510</sup>

Entretanto – lembra a mesma autora – tal postura acaba por demonstrar o desconhecimento de que, em matéria de filiação, o interesse do menor deve sobrepor-se ao interesse dos adultos, a partir da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989), e da Convenção Européia dos Direitos Humanos, que estabelece, em seu artigo 8º, o direito ao respeito à vida familiar.

A completa ausência de sanção à recusa injustificada de comparecimento à perícia acabaria por impedir, muitas vezes, o acesso do menor à paternidade e à vida familiar, o que torna injusta a prevalência sistemática dos direitos fundamentais dos adultos sobre os direitos das crianças e dos adolescentes. Ainda - na opinião da mesma autora belga - a solução que se apresentaria como a mais justa e mais

---

<sup>509</sup> LEITE. Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 200/201.

<sup>510</sup> MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Op. cit., p. 419.

eficaz, nas hipóteses de recusa injustificada de submissão à prova pericial, seria a inversão do ônus da prova, podendo o juiz considerar como provados os fatos que a perícia objetivava demonstrar.<sup>511</sup> Desta forma, restaria igualmente preservado o respeito à justiça, além do interesse do menor.

Por seu turno, o Professor da Universidade Católica de Louvain (na Bélgica), Henri Wattiaux, refletindo sobre questões referentes à identificação genética em processos criminais, lembrou que, entre os direitos fundamentais da pessoa humana, dois deles são frequentemente apontados pelos acusados, quando determinadas perícias genéticas judiciais: o direito à vida privada e o direito à integridade corporal.

Afirmou, todavia, que o *direito à vida privada* não é absoluto. O argumento de desrespeito à vida privada parece referir-se muito mais ao risco (ou à possibilidade) de se extraírem informações outras além das necessárias para se estabelecer a culpabilidade de alguém em eventual processo criminal, através de um estudo mais detalhado das moléculas de DNA. Nesse caso, caberia ao legislador estabelecer as garantias e os limites da investigação genética, e fixar a possibilidade de utilização do material somente para a finalidade pretendida.<sup>512</sup>

Quanto à ofensa à *integridade corporal* da pessoa sujeita à perícia, seria materialmente mínima, considerando ser reduzida a amostra de material genético extraída de seu corpo (sangue, esperma, cabelo ou qualquer outro elemento), embora altamente simbólica, tendo em vista que daria acesso ao código genético que identifica o indivíduo. Todavia, a finalidade da perícia justificaria a intervenção corporal, desde que fossem observadas as cautelas legais. Ademais – concluiu o mestre - o que poderia temer o indivíduo cujo exame genético fosse determinado, se o seu resultado poderia servir para absolvê-lo da presunção de culpabilidade de um crime?<sup>513</sup>

Tais argumentos se aplicariam igualmente às hipóteses de estabelecimento da filiação, nas quais sequer se cogita da imposição de eventual pena privativa de liberdade a alguém. Como já afirmara Maria Celina Bodin de Moraes, quem não tem nada a esconder, não deve perder a oportunidade de provar a sua exclusão de

---

<sup>511</sup> MEULDERS-KLEIN, M. T. Idem, p. 420.

<sup>512</sup> WATTIAUX, Henri. L'identification génétique: réflexions morales. In: HENNAU-HUBLET, Christiane, KNOPPERS, Bartha Maria. **L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme: aspects médico-scientifique, éthique et juridique.**, p. 132/133.

<sup>513</sup> WATTIAUX, Henri. Op. cit., p. 132.



paternidade, pois o indivíduo ético, responsável e de boa fé aspira ele próprio a conhecer a verdade.<sup>514</sup>

Observa-se, então, que a doutrina já começa a se insurgir contra o excessivo privilégio atribuído por esse grupo de países aos direitos à vida privada e à integridade corporal de pessoas adultas, o que acaba por frustrar, muitas vezes, o interesse essencial da criança ao estabelecimento da filiação e o interesse maior da coletividade. Ainda assim, a verdade é que, no plano internacional, outros países ainda seguem a linha do direito francês, influenciado pelo sistema voluntarista de parentesco.

Nesse sentido, a Itália e a Espanha também entendem que a recusa de submissão ao exame biomédico só incide no plano da apreciação das provas pelo juiz.

O direito italiano, em princípio, assemelha-se ao direito francês, apresentando, contudo, uma diferença: no caso de um terceiro interessado recusar-se a submeter-se à perícia sanguínea determinada pelo juízo, o Tribunal poderá aplicar-lhe uma multa (simbólica, devido ao reduzido valor previsto em lei). Tratando-se, todavia, de recusa de uma das partes, o Tribunal poderá livremente apreciar a recusa no momento da análise das provas, na forma do artigo 118 do Código de Processo Civil italiano. Dessa diferença de tratamento, conclui-se que a negativa apresentada por aquele que é parte no processo poderá levá-lo a perder a causa.<sup>515</sup>

No direito espanhol, assim como no direito francês, também podem ser determinadas perícias judiciais para fins de estabelecimento da filiação. Em nenhuma hipótese, todavia, pode ser ordenada a condução *manu militari* das partes ou de interessados ao exame. Da mesma forma, não se admite qualquer outro tipo de constrangimento, tal como imposição de multa ou de prisão. Essa concepção repousa sobre fundamentos constitucionais que protegem a integridade corporal. A doutrina e a jurisprudência consideram a recusa ao exame como um simples *indício* a ser sopesado no momento da livre apreciação das provas pelo juiz, o que não conduz à necessária perda do processo judicial. Tal solução é diferente de entender-

---

<sup>514</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 97.

<sup>515</sup> FRANK, Rainer. Op. cit., p. 907/908. O autor comenta que a regra contida no artigo 118 do Código de Processo Civil italiano é severamente criticada por Carnelutti, que a considera inconciliável o princípio inquisitório que domina o direito da infância e da juventude, tendo em vista que acaba por permitir ao juiz proferir uma decisão desfavorável ao menor, diante de uma simples recusa em submeter-se a um exame pericial, recusa essa plenamente admitida pelo sistema jurídico.

se a recusa como *confissão ficta*, já que, se assim fosse, a parte responsável por frustrar a prova obrigatoriamente perderia a causa.<sup>516</sup>

A Inglaterra, por seu turno, apresenta um sistema semelhante no que se refere à possibilidade de serem determinados testes científicos pelos juízos, embora a execução das medidas não possa ser realizada mediante constrangimento corporal ou através da imposição de pena de multa ou de prisão. Os exames de DNA não podem ser levados a efeito sem a concordância dos interessados, e a lei exige a aceitação expressa do representante legal dos menores de 16 anos. Ocorrendo a recusa injustificada de uma das partes em submeter-se a uma perícia determinada pelo juízo, o Tribunal poderá não apenas “tirar conclusões de convicção no plano da apreciação das provas”, mas também “manifestar sua decisão contra a parte recalcitrante”.<sup>517</sup> É o que prevê a Seção 23 da *Family Law Reform Act*, de 1969, que permite aos Tribunais “*to draw such inferences (...) from that fact as appear proper in the circumstances*”.

A postura inglesa, nesse sentido, é a que mais se aproxima da tendência brasileira, por considerar que “a ausência dos elementos de prova provocada pela recusa opera como meio suficiente de convicção ao juiz de que a mesma não ocorreria se a parte não temesse o resultado do exame”.<sup>518</sup> Em outras palavras, a recusa opera como *confissão ficta* dos fatos que se pretendia provar com a prova pericial não realizada.

Convém observar que, em 1995, entrou em vigor um novo dispositivo processual penal, na Inglaterra, que acabou com o tradicional direito ao silêncio de que dispunha todo o indivíduo preso pela polícia britânica. Tal norma, conjugada a uma lei de 1994, que autoriza a coleta de material biológico sobre todo o suspeito da prática de um delito no país, mesmo sem a sua concordância, demonstrou uma impressionante alteração do pensamento inglês, que historicamente defendia o direito de permanecer calado como forma de expressar a liberdade de espírito e a liberdade corporal. Desde então, percebe-se uma tendência de predomínio do interesse coletivo sobre o interesse individual no país.<sup>519</sup>

Essa mesma tendência verifica-se no direito norte-americano, onde a perícia

---

<sup>516</sup> FRANK, R. Idem, p. 908/909.

<sup>517</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 201.

<sup>518</sup> LEITE, E. de O. Idem, ibidem.

<sup>519</sup> HENNAU-HUBLET, Christiane. *La preuve génétique et les droits de l’homme: des points de médiation?* In: HENNAU-HUBLET, Christiane, KNOPPERS, Bartha Maria. Op. cit., p. 422.

genética é em geral obrigatória, tanto na esfera civil como na esfera penal, embora existam algumas variações de um Estado para outro.

“A Suprema Corte dos Estados Unidos já reconheceu o valor e a credibilidade dos exames genéticos nos casos de paternidade”, conforme mencionou Eduardo de Oliveira Leite.<sup>520</sup> Não há mais dúvidas de que os resultados dos exames de DNA são válidos, confiáveis e seguros, quer para a determinação quer para a exclusão da paternidade, fato que é considerado aceito e incontestável no meio científico e no mundo jurídico.

A recusa injustificada ao exame é entendida como *confissão ficta*, por representar evidente manifestação de que o resultado seria desfavorável à parte, caso chegasse a ser realizado. A negativa de submissão ao exame vem sendo igualmente considerada como um desrespeito ao Tribunal, sendo cabível a sua punição, inclusive através de encarceramento, em certos casos.

Em alguns Estados, todavia, a omissão da parte à perícia sanguínea é considerada como simples meio de prova, a ser apreciado pelo juízo.

Independentemente das variações legislativas entre os diversos Estados, “há uma tendência generalizada nos Estados Unidos de considerar a recusa aos exames de sangue, em matéria de filiação, como ato nocivo ao bom andamento do processo.”<sup>521</sup> Por outro lado, entende-se que não há qualquer violação de direito constitucional ao exigir-se que as partes se submetam a exame de sangue para verificar a filiação.

Com efeito, assim dispõe a Seção 1 da *Uniform Act on Blood Tests to Determine Paternity*, referindo-se à “Autorização para coleta de sangue”:

Em uma ação civil, na qual a paternidade é um fato relevante, o Tribunal, por sua própria iniciativa, ou sugestão feita por ou em nome de qualquer pessoa, pode, por meio de ordem judicial provocada por qualquer das partes envolvidas na ação, tempestivamente, para não atrasar a medida judicial indevidamente, ordenar à mãe, à criança e ao suposto pai, submeterem-se a exames de sangue. Se qualquer das partes se recusar, o Tribunal pode resolver a questão da paternidade contra a parte, impondo a sua ordem se os interesses de terceiros e o interesse da Justiça assim o exigirem.<sup>522</sup>

Assim como ocorre na Inglaterra, o direito norte-americano também priorizou

---

<sup>520</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. Cit., p 202.

<sup>521</sup> LEITE, E. de O. Idem, p. 203.

<sup>522</sup> LEITE, E. de O.. Idem, ibidem.

o interesse da coletividade sobre o interesse individual da parte recalcitrante. Desta forma, sobrepôs o direito da criança de estabelecer a paternidade aos direitos constitucionais normalmente invocados pelo suposto pai, de respeito à vida privada e à integridade física.

Exemplo curioso, que merece ser comentado, é o do direito penal canadense, também já destacado por Eduardo de Oliveira Leite.<sup>523</sup> Segundo informa Manon Lapointe<sup>524</sup>, Conselheiro Jurídico do Ministério da Justiça do Canadá, até 13 de julho de 1995, não havia nenhuma lei que autorizasse a coleta de amostras biológicas de pessoas acusadas de crimes, para possibilitar as análises genéticas comparativas com as amostras recolhidas nos locais dos delitos. A ausência de dispositivo legal que permitisse os exames biológicos dificultava o trabalho dos policiais, que nem sempre obtinham autorização judicial para procederem à perícia, obrigando-se a obter o consentimento do suspeito como forma de legitimar a medida. No entanto, a negativa do acusado acabava frustrando a descoberta da verdade, deixando muitos casos sem solução.

Esse vazio jurídico acabou suscitando comentários e críticas, que conduziram à organização de um movimento favorável à adoção de medidas legislativas nesse campo probatório, ao qual se uniram diversos grupos de interesse.

Entre eles, o “Comissariado de proteção à vida privada” alertava, desde 1992, sobre as incursões injustificadas e não controladas na vida privada que poderiam seguir-se à elaboração dos testes de DNA, muitas vezes realizados através de coletas abusivas de materiais biológicos, obtidos em revistas pessoais de pessoas presas, contrariando dispositivos da Constituição canadense.

Por outro lado, o “Comitê canadense sobre a violência contra as mulheres” recomendava a coleta das amostras necessárias à análise genética em pessoas acusadas de agressões sexuais, além da criação de um banco de dados que permitisse a identificação dos reincidentes.<sup>525</sup>

Nesse cenário, que exigia uma tomada de posição legislativa sobre o tema, decorrente das recentes descobertas na área da biotecnologia, o Ministério da Justiça do Canadá deu início a um processo de consulta nacional, em novembro de

---

<sup>523</sup> LEITE, E. de O.. Idem, p. 197/199.

<sup>524</sup> LAPOINTE, Manon. L'identification par l'analyse génétique dans le système de preuve pénale canadien: à la recherche du difficile équilibre entre la poursuite de la vérité et les droits fondamentaux de l'accusé. In: HENNAU-HUBLET, Christiane, KNOPPERS, Bartha Maria. Op. cit., p. 228/229.

<sup>525</sup> LAPOINTE, Manon. Op. cit., p. 230.

1994, através de um documento de pesquisa de opinião denominado *Collecte et entreposage des preuves médico-légales à caractere génétique* (Coleta e armazenamento das provas médico-legais de caráter genético), que sugeria uma reflexão sobre três aspectos específicos da técnica de identificação pela análise genética: a possibilidade de concessão de mandado judicial que autorizasse a coleta de amostras biológicas para fins de análise genética; a criação de um banco de dados contendo um fichário criminalístico, um fichário dos condenados e um fichário das pessoas desaparecidas; e, por último, a regulamentação dos laboratórios de exploração médico-legal das impressões genéticas.<sup>526</sup>

A grande maioria dos grupos de interesse que participaram do processo de consulta se mostrou favorável à criação de lei referente aos temas propostos. Sendo assim, logo após o final da fase de consultas, o Ministro da Justiça apresentou o Projeto de Lei C-104, contendo alterações do Código Penal (*Code criminel*) e da “Lei sobre os jovens infratores” (*Loi sur les jeunes contrevenants*), que foi rapidamente votado e aprovado pela Câmara dos Deputados (*Chambre des communes*), em 22 de junho de 1995. A nova lei entrou em vigor no dia 13 de julho do mesmo ano.

Embora o caso em comento trate de matéria penal, o exemplo do Canadá poderá ter reflexos nas legislações de outros países, que tradicionalmente invocam os princípios da preservação da intimidade e da intangibilidade do corpo humano para vedar a possibilidade de condução compulsória das partes ou de terceiros ao exame de DNA, nas hipóteses em que se pretende estabelecer a filiação.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, no passado, no sentido de invocar a proteção à integridade física do suposto pai para vedar a possibilidade de sua coação ao exame de DNA, no julgamento do *habeas corpus* nº 71.373-4/RS. No entanto, o princípio da inviolabilidade do corpo humano parece já estar sendo entendido, na atualidade, como subordinado ao interesse maior da criança e ao interesse da comunidade, que devem prevalecer ao simples interesse individual e aos argumentos meramente teóricos invocados por pais irresponsáveis.

Não há mais dúvidas hoje a respeito da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e essa tendência de publicização das relações privadas aparece nos exemplos elencados acima, especialmente nos casos do Canadá, dos Estados Unidos, da Alemanha e dos demais países de direito germânico, que

---

<sup>526</sup> LAPOINTE, M. Idem, *ibidem*, p. 230; LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 198.

adotaram a obrigatoriedade do exame como regra, em benefício da sociedade. Mas, mesmo nos demais países, de sistema tradicional romano, onde a filiação é normalmente estabelecida pelo reconhecimento e pela vontade, a recusa injustificada ao exame já vem sendo interpretada de forma negativa e prejudicial àquele que deixou de emprestar seu material biológico para possibilitar a elaboração da perícia determinada pelo juízo. Em certos casos, embora não se permita o constrangimento físico ao exame, admitem-se formas de constrangimento moral, tais como imposição de penas de multa, de prisão, ou de penalidades processuais como a confissão ficta ou a inversão do ônus da prova.

Convém lembrar, ainda, que toda a produção jurídica em matéria de filiação do último século pende em favor da superioridade dos interesses da criança, o que conduziu os países do ocidente europeu a uma completa revisão das normas referentes ao direito de família. No Brasil, as reformas legislativas já se faziam sentir desde os anos 60, com a divisão do poder parental de forma responsável e igualitária entre ambos os pais, no interesse do menor, tornando-se mais intensa a partir da Constituição de 1988 – que garantiu à criança o direito à convivência familiar “com absoluta prioridade”, em seu artigo 227.

Quanto à possibilidade de condução das partes ao exame de DNA, o tema ainda não foi objeto de disposição legislativa em âmbito nacional. Sendo assim, a jurisprudência e a doutrina mais recentes entendem ser possível a recusa, diante da inexistência de lei que obrigue a perícia. Mas o ônus da recusa injustificada deve recair exclusivamente sobre a parte que deixou de comparecer ao exame e de ceder material para a sua elaboração. Em outras palavras, entende-se, em geral, que a recusa deve ser entendida como *confissão ficta*, dispondo a Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça que: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.”

Embora seja válida a solução, eis que coerente com o sistema legislativo do país e com a mais nova tendência constitucional, não se pode deixar de observar que “em nenhum momento da história da humanidade o ambiente foi tão propício a se reverem princípios, noções e fundamentos até então tidos como absolutos, intangíveis e inquestionáveis.”<sup>527</sup> Sendo assim, impõe que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário tomem a iniciativa de valorizar a verdade biológica como um

---

<sup>527</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 218.

elemento essencial e inicial da paternidade, a partir do qual se reforçariam os laços de afeto entre pais e filhos.

Certamente, a ciência sozinha não responde a todas as questões de escolha de valores, de interesses e de conveniências considerados pelas sociedades no estabelecimento dos vínculos de parentesco. Não há mais dúvidas de que a filiação não se resume a simples dados biológicos, em um mundo onde os afetos parecem dominar as relações familiares. Todavia, também não se pode olvidar que os laços afetivos seguidamente se rompem, permanecendo a verdade objetiva como o único elemento certo e fundamental da parentalidade, constituindo um dado indispensável na busca da justiça e da igualdade entre os filhos.

Por outro lado, pode-se afirmar que o exame de DNA tornou possível decifrar o enigma da origem genética das pessoas, tornando certa tanto a maternidade quanto a paternidade, cabendo agora aos juristas e aos operadores do Direito zelarem pela garantia dos interesses do menor e da coletividade, estimulando a idéia de paternidade responsável já recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico.

### 1.3 O EXAME DE DNA COMO GARANTIDOR DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O melhor interesse da criança é hoje um princípio consagrado no Direito Comparado, decorrente da especial atenção destinada à população infanto-juvenil por inúmeros documentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, frutos de preocupações das autoridades públicas de diversos países, que vêem nos jovens a continuidade de seus projetos e o futuro de suas Nações.

Mas o tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes nem sempre foi prioritário, pois, até o final do século XIX, os menores eram considerados como simples objetos, “força de trabalho da qual poderiam dispor os pais ou responsáveis.”<sup>528</sup> “A qualidade da criança como sujeito é extremamente contemporânea”, como assinala Rose Melo Vencelau Meirelles.<sup>529</sup>

---

<sup>528</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 167.

<sup>529</sup> MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O Princípio do Melhor Interesse da Criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 464.

Embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelecesse o princípio da igualdade de direitos entre todos os homens, a realidade é que, na época, havia uma preocupação constante da população com a sobrevivência, especialmente nas camadas mais pobres, exigindo a colaboração de todos os membros para prover o sustento do grupo familiar, visto como unidade produtiva.<sup>530</sup> A família do passado era eminentemente patriarcal, de base rural, e funcionava como unidade de produção, sendo que, quanto mais numerosa era a prole, maiores eram as condições de sobrevivência do grupo familiar. Os filhos legítimos deviam obediência aos pais, e tinham obrigações em relação aos mais velhos, e os filhos nascidos de relações extramatrimoniais eram relegados à marginalização e ao esquecimento pelo Direito, ficando privados de seus direitos mais elementares.

Nesse ambiente, em que os interesses patrimoniais predominavam sobre os valores existenciais dos membros da família, não se falava em direitos dos menores, mas apenas nas suas obrigações.

As preocupações em garantir amparo aos interesses das crianças, através da proteção de seus direitos fundamentais, só começaram a surgir no início do século XX.

Em nível internacional, a primeira tentativa de elaboração de um documento único que contivesse uma enumeração de todos os direitos da criança foi com a Declaração de Genebra de 1924, que afirmou a necessidade de conceder ao menor uma proteção especial, através de cinco princípios referentes ao bem-estar e à proteção da infância.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, firmada em Paris, igualmente proclamou o direito da criança a uma proteção e assistência especiais.

Mas apenas em 20 de novembro de 1959 é que foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos da Criança, inspirada na Declaração de Genebra de 1924, enunciando, em seu preâmbulo, que “*a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes de depois do nascimento.*”<sup>531</sup> E, em seu princípio segundo, dispõe:

---

<sup>530</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Op. cit., p.67.

<sup>531</sup> Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, USP, [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br).



A criança gozará de proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo, levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança. (grifei)<sup>532</sup>

A Declaração foi assinada pelo Brasil. Entretanto, como afirma Maria Claudia Crespo Brauner, não se pode negar que há dificuldade em respeitar as normas contidas em declarações de direitos, por não possuírem eficácia jurídica plena, dependendo de incorporação na ordem jurídica interna dos Estados signatários para a garantia de efetividade dos direitos nelas elencados.<sup>533</sup>

Seguiu-se a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembléia Nacional das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, declarando que a infância “*deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando consideração especial, devendo sua proteção sobrepor às medidas de ajustes econômicos, sendo os seus direitos fundamentais, universalmente salvaguardados.*”<sup>534</sup> Essa Convenção representou um marco importante na história do Direito Internacional, pois através dela, pela primeira vez, os direitos da criança foram codificados sob a forma de um tratado, com *status* de norma jurídica para os Estados que a ratificaram, cabendo a cada um deles, a partir daí, adaptar suas leis internas aos novos princípios estabelecidos neste documento.

Em seu artigo 3, § 1º, a Convenção de 1989 menciona o melhor interesse da criança como critério máximo a ser utilizado nas situações que exijam intervenção sobre seus interesses, ao estabelecer que: “*Todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão como consideração primordial os interesses superiores da criança.*” (grifei)<sup>535</sup>

Poucos anos mais tarde, em 1992, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que prevê, em seu artigo 19: “*Direitos da criança. Toda criança terá*

---

<sup>532</sup> Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, USP, [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br).

<sup>533</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Op. cit., p. 68.

<sup>534</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. Cit., p. 168.

<sup>535</sup> Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, USP, [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br).

*direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.*<sup>536</sup>

Convém observar que a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 e da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, pelo Brasil, ocorreram após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, no seu artigo 227, trouxe uma síntese dos princípios contidos nas Convenções.

A ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança deu-se com a publicação do Decreto nº 99.710, de 21-11-1990, através do qual o Presidente da República transformou-a em lei interna nacional, estabelecendo o seu artigo 3.1: “*todas as ações relativas às crianças levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.*” (grifei)<sup>537</sup>

Tanto a Constituição de 1988 como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13-07-1990), em nível infraconstitucional, mostram-se ajustados aos princípios adotados na Convenção, de proteção dos direitos da criança, que passou a ser tratada “como sujeito de direitos e não apenas como parte de uma coletividade necessária.”<sup>538</sup>

A Convenção de 1989 foi fruto de mais de dez anos de estudos e negociações entre diversos países, resultando em um conjunto de normas internacionais que modificaram de maneira radical e irreversível a doutrina de hierarquia e de discriminações no âmbito das relações de parentesco, adotando a doutrina de proteção integral ao menor, instituída pelas Nações Unidas. Em seu corpo, ela reafirma o princípio do melhor interesse da criança, que é dever dos pais ou responsáveis e, na falta destes, é obrigação do Estado assegurar que instituições adequadas garantam a proteção e os cuidados especiais exigidos pela população infanto-juvenil. Enfatiza ser a família o ambiente natural para proporcionar o bem-

---

<sup>536</sup> Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, USP, [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br)

<sup>537</sup> Tânia da Silva Pereira alerta ser importante mencionar que o texto original, em inglês, declarava: “*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.*” Assim, a versão original está vinculada a um critério quantitativo – *the best interest* – e a versão brasileira, contida no Decreto nº 99.710/90, adota um critério qualitativo – o *interesse maior* da criança. Entretanto, a orientação constitucional e infraconstitucional do nosso sistema jurídico optou pelo conceito quantitativo, preferindo utilizar a expressão “*melhor interesse*”, também utilizada pela doutrina em geral. (PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do ‘Melhor Interesse da Criança’: da Teoria à Prática. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Nº 6. Editora Síntese, jul-ago-set 2000. p. 32.)

<sup>538</sup> MEIRELLES, Rose Mello Vencelau. Op. cit., p. 466.

estar e o equilibrado desenvolvimento de seus membros, especialmente das crianças, que têm direito à proteção e à assistência necessárias para um desenvolvimento saudável de suas personalidades que lhes permita, no futuro, assumir suas responsabilidades com os familiares e a sociedade.

No Brasil, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 sintetiza os princípios contidos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU, ao reconhecer serem fundamentais os direitos da criança e do adolescente, dispondo: “*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.*”<sup>539</sup>

O mesmo texto é reproduzido no Estatuto da Criança e do Adolescente, através dos artigos 3º, 4º e 5º, que, em conjunto, expressam o *princípio da garantia prioritária do menor*, restando evidentes as garantias da população infanto-juvenil em nosso ordenamento jurídico, destacando-se, ainda, o disposto no art. 6º, que contém o *princípio da prevalência dos interesses do menor*, ao determinar: “*Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.*”

Esses dois princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente evidenciam que o menor é hoje sujeito de direitos reconhecidos universalmente, “não somente de direitos comuns aos adultos, mas, também, de direitos especiais decorrentes de sua condição de pessoas em desenvolvimento”<sup>540</sup>, que devem ser assegurados e promovidos pela família, pela sociedade e pelo Estado.

A sociedade deve, então, conscientizar-se de que a proteção à infância e a garantia de seus direitos fundamentais constitui prioridade para a qualidade de vida

---

<sup>539</sup> Para Patrícia Melo Messias, do dispositivo constitucional depreende-se “que o princípio do interesse do menor como tarefa, impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir o melhor interesse do menor. Esse princípio vincula a atividade legislativa ao dever de elaboração de esquemas jurídicos que objetivem o bem-estar do menor. O judiciário, por seu turno, assume papel vital neste contexto, conquanto dele se exige uma práxis interpretativa que seja responsável e comprometida com o menor. A decisão não deve ser prolatada a qualquer sorte, pois a atuação do juiz é limitada por imposição do melhor interesse do menor.” (MESSIAS, Patrícia Melo. O Princípio do Melhor Interesse do Menor. In: **Revista do Mestrado em Direito UFAL – Universidade Federal de Alagoas**. Nossa Livraria Editora. Nº 2. 1º semestre 2006, p. 310/311).

<sup>540</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 170.

e a melhoria das condições da população. Desse modo, o princípio do melhor interesse da criança constitui o principal suporte à condição da criança como pessoa humana, merecedora de tratamento especial por se tratar de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. Dele decorre igualmente a consagração do princípio da igualdade de direitos entre todas as crianças.

Tânia da Silva Pereira, citando Daniel O'Donnell, assinala que o princípio do melhor interesse da criança tem sua origem mais remota no direito comum, e serve para a solução de conflitos de interesse entre uma criança e outra pessoa. Em resumo, significa que, nas hipóteses de conflitos dessa ordem, como na dissolução de um casamento, por exemplo, os interesses da criança devem sobrepor-se aos de outras pessoas ou instituições.<sup>541</sup>

A lei não define, contudo, o que se deve entender por *interesse do menor*. Trata-se de conceito jurídico indeterminado, que só adquire relevância quando referido ao interesse de algum menor identificado em caso concreto, podendo haver interesses diversos para diferentes menores. Rui Jorge Guedes Faria Amorim afirma, com propriedade, que “o interesse de uma criança não se confunde com o interesse de outra criança e o interesse de cada menor é, ele próprio, susceptível de se modificar ao longo do tempo, já que o processo de desenvolvimento é uma sucessão de estágios, com características e necessidades próprias.”<sup>542</sup>

Para Eduardo de Oliveira Leite, “a dificuldade da determinação de noção de ‘interesse’ já surge da dualidade a qual ela está naturalmente submetida.”<sup>543</sup> Assim, existe o interesse privado pessoal dos pais ou do casal de um lado, e o interesse público e jurídico do menor e do Estado de outro lado. Além disso, reportando-se às

---

<sup>541</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Op. cit., p. 32. Esclarece a autora que o princípio teve sua origem no instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como prerrogativa do Rei e da Coroa para proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria, como era o caso das pessoas incapazes, por menoridade ou por insanidade mental. “O *parens patriae* é definido por Daniel B. Griffith como ‘a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica’. Desta forma, as Cortes de Chancelaria, com o Chanceler atuando como o ‘guardião supremo’, assumiram o dever de ‘proteger as crianças, assim como os loucos e débeis, ou seja, todas as pessoas que não tivessem discernimento suficiente para administrar os próprios interesses’.” De acordo com a autora, também nos Estados Unidos o princípio do *best interest* vincula-se às atribuições do juiz quanto ao *parens patriae*. “Ele emana da função tradicional do Estado como guardião daqueles que sejam legalmente incapazes. O poder, outrora conferido ao rei, foi agora transferido para cada Estado. A Suprema Corte tem reconhecido essa prerrogativa como parte de uma tradição de longa data.” Assim, as Cortes detêm o poder de supervisionar os guardiães de pessoas incapazes, e de assegurar que eles ajam no melhor interesse de seus pupilos. O princípio do *best interest* é hoje considerado um padrão que prioriza as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais ou responsáveis, impondo o estudo do caso concreto pela Corte, no sentido de encontrar a melhor solução para o incapaz.

<sup>542</sup> AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria. O Interesse do Menor: um conceito transversal à jurisdição de família e crianças. In: **Revista do CEJ, 2º semestre 2009, Nº 12**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 88.

<sup>543</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 196.

hipóteses de separação dos pais, acrescenta o autor que a noção de *interesse do menor* pode ser usada em dois níveis: “como controle e como solução”, segundo a ótica de Le Guidec.<sup>544</sup>

O interesse do menor atua como “critério de controle” quando permite vigiar o exercício da autoridade parental, a fim de evitar a prática de abusos ou o uso indevido de prerrogativas pelos pais, embora sem questionar a existência dos direitos dos genitores. E serve como “critério de solução” quando a determinação da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas aos pais, ou a um dos pais, dependa da apreciação do interesse do menor feita pelo juiz.

Cabe ao juiz, portanto, a determinação do interesse de cada menor, a partir da análise de elementos objetivos e subjetivos que caracterizam cada situação de fato, o que normalmente é feito com o auxílio de estudos interdisciplinares de profissionais convocados a intervirem no campo familiar, entre eles, assistentes sociais, psicólogos, clínicos e psiquiatras.

Desse modo, a superioridade do interesse da criança revela-se nos casos que necessitem de uma comparação de opções, ou nos “casos concretos que perquiram a escolha entre pai e mãe, entre avós e pais, entre pai biológico e pai afetivo, entre verdade real e formalismo jurídico. Mas também cabe nas situações nas quais a condição especial de pessoas em desenvolvimento impõe prioridade de tratamento, quer no âmbito Executivo, Legislativo ou Judiciário, em respeito à vulnerabilidade infanto-juvenil.”<sup>545</sup>

O arbítrio do juiz é, sem dúvida, um elemento caracterizador da subjetividade da noção de interesse do menor, que está longe de constituir um princípio objetivo de solução, aplicável de forma rígida e absoluta em todos os casos. Diante dessa realidade, Eduardo de Oliveira Leite conclui que “toda tentativa de definição do interesse do menor é vã.” E, lembrando os ensinamentos de Fulchiron, acrescenta: “o critério só adquire sua eficácia no exame prático do interesse de cada criança. Convém, pois, não considerar o interesse do menor como um fim em si, mas como um instrumento operacional, cuja utilização é confiada ao juiz.”<sup>546</sup>

---

<sup>544</sup> LEITE, E. de O.. Idem, p. 197.

<sup>545</sup> MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. Op. cit., p. 471; MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. Op. Cit., p. 129-143.

<sup>546</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 198.

Nesse sentido, Rui Jorge Guedes Faria Amorim afirma que:

Caberá, pois, ao julgador, preencher valorativamente este conceito, de conteúdo imprecisamente traçado, apreendendo o fenômeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade e, numa análise sistêmica e interdisciplinar da situação concreta de cada criança, decidir em oportunidade pelo que considerar mais justo e adequado.<sup>547</sup>

Quem, na realidade, define em cada caso o sentido do interesse do menor, em face das realidades concretas da vida, é o magistrado, com sua sabedoria, seu discernimento e sua experiência, ao exercer sua função de interpretar e aplicar os conceitos intencionalmente deixados vagos na lei.

Numa tentativa de delinear o interesse do menor, Marianna Chaves definiu-o como sendo “todos os critérios de avaliação e resolução que possam conduzir à certeza de que estão sendo atendidos todos os propósitos, que levam ao esperado desenvolvimento educacional, ético e de saúde da criança, de acordo com os cânones vigentes.”<sup>548</sup>

Por seu turno, Rui Jorge Guedes Faria Amorim, parafraseando Maria Clara Sottomayor, estabeleceu:

O conceito de interesse da criança comporta uma pluralidade de sentidos. Não só porque o seu conteúdo se altera de acordo com o espírito da época e com a evolução dos costumes, ou porque é diferente para cada família e para cada criança, mas também porque relativamente ao mesmo caso, é passível de conteúdos diversos igualmente válidos, conforme a valoração que o juiz faça da situação de facto.<sup>549</sup>

A noção exige, portanto, condutas subjetivas de apreciação, dispondo o juiz de grande poder discricionário para julgar matérias que envolvam os interesses de menores. Entretanto, da análise jurisprudencial emanam diversos critérios ou elementos que auxiliam na determinação do interesse da criança. Os elementos são variados e emergem da repetição de certas decisões pela jurisprudência, podendo sofrer modificações ao longo do tempo, já que o processo utilizado para determinar o interesse do menor costuma abranger uma pluralidade de fatores, mostrando-se variáveis em cada caso e para cada infante.<sup>550</sup>

---

<sup>547</sup> AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria. Op. cit., p. 88.

<sup>548</sup> CHAVES, Marianna. Op. cit., p. 415.

<sup>549</sup> AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria. Op. cit., p. 88.

<sup>550</sup> Assim, na atribuição da guarda de um menor a um dos pais separados, por exemplo, constituem pontos de referência, conforme menciona Marianna Chaves, o desenvolvimento físico e moral da criança; a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo familiar; a presunção maternal para crianças de tenra idade; a preferência da criança, seu apego ou sua indiferença manifestada em relação a um dos pais; a estabilidade da

No que se refere às ações de investigação de paternidade, é possível observar uma tendência, na jurisprudência nacional, especialmente junto ao Superior Tribunal de Justiça<sup>551</sup>, para considerar o conhecimento da verdade real ou biológica como correspondente ao melhor interesse da criança, embora o mesmo princípio venha sendo igualmente utilizado, mais recentemente, para dar suporte à paternidade socioafetiva.

Com efeito, ao serem abolidas as discriminações entre a filiação matrimonial, a filiação natural e a adotiva, no Brasil, houve uma valorização da filiação verdadeira, direcionando-se o sistema de provas da filiação à descoberta da verdade biológica. As ações investigatórias de paternidade destinam-se hoje a reconhecer um estado de filiação que corresponda à verdade. E, com essa finalidade, incentivou-se o recurso aos métodos científicos de prova da filiação, em especial, o exame de DNA, “defendido por muitos juristas como o antídoto perfeito para todos os problemas relativos à prova da filiação em juízo”, como afirma Alberto

---

criança; a não separação entre irmãos; a capacidade educativa dos pais; a conduta daquele que mais favorece as relações do menor com o outro progenitor; a continuidade das relações da criança com seus familiares; a identidade de sexo entre a criança e o progenitor; a conduta moral dos pais, em particular e mais recentemente, a questão da homossexualidade; a figura de referência do menor, entre outros critérios. Também a capacidade econômica dos pais pode ser levada em consideração para a fixação da guarda do menor. Entretanto, as condições materiais (atividades profissionais, renda mensal, alojamento) não se sobrepõem, normalmente, às condições morais (vínculo de afetividade existente entre pai e filho, qualidade de cuidados e investimento paterno, ambiente familiar e social), mesmo porque eventual desvantagem econômica pode ser equilibrada com a prestação de alimentos. No que se refere à mencionada “figura primária de referência”, ou “*Primary Caretaker*”, Marianna Chaves explica que equivale àquele “progenitor que predominantemente cuidou do infante no seu dia a dia, ou seja, que tratou da preparação das refeições, do banho e asseio das roupas, do transporte para o colégio ou para o encontro com os amiguinhos, da preparação para dormir, de atender o filho de madrugada, de acordá-lo pela manhã, da orientação de boas maneiras, da disciplina, da instrução ética, etc.” Procura-se demonstrar, a partir de provas objetivas, qual dos progenitores exerceu o papel de figura primária de referência de maneira mais apropriada ao seu conteúdo, sem fazer alusão ao sexo dos pais ou às capacidades ou incapacidades de cada um. Trata-se de um critério neutro, no sentido de que busca refletir apenas as ações e os comportamentos de cada um dos pais em relação aos filhos, no decorrer de suas vidas familiares. (CHAVES, Marianna. Melhor interesse da criança: critério para atribuição da guarda unilateral à luz dos ordenamentos brasileiro e português. In: DIAS, Maria Berenice. BASTOS, Eliene Ferreira. MORAES, Naime Márcio Martins. (Coord.) **Afeto e Estrutura Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 432-435). Ver também, nesse sentido: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 199; MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. Op. cit., p. 478-489.

<sup>551</sup> “Direito civil e processual. Investigação de paternidade. Determinação de ofício de audiência de testemunhas. Possibilidade. Direito indisponível. Art. 130, CPC. Direito de Família. Evolução hermenêutica. Precedentes. Recurso desacolhido. I – Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser um mero expectador inerte na batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. III – Tem o julgador a iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de uma causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.” (STJ, 4ª T, REsp. 43.467, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 12-12-1995).

Chamelete Neto.<sup>552</sup>

O uso da técnica tornou-se rotineira na solução de casos de paternidade duvidosa, sendo considerada como prova conclusiva dos laços biológicos, capaz de superar qualquer outra produzida nas demandas referentes à filiação, devido à incontestável certeza científica oferecida pelo exame de DNA. A introdução da nova tecnologia ampliou conhecimentos e modificou a rotina das Varas de Família na condução de ações investigatórias de paternidade, tornando possíveis soluções mais simples e rápidas, em substituição às longas e antigas indefinições.

Desta forma, os progressos trazidos pela ciência e, mais especificamente, pela engenharia genética, tornaram possível a prova positiva ou negativa da paternidade, com o máximo de precisão (grau de probabilidade superior a 99,99%), passando o exame de DNA a ser considerado o principal método de identificação do parentesco biológico, devido ao seu elevado poder de definição.

A perícia em DNA foi então consagrada pela prática judiciária como prova indispensável nas demandas investigatórias de paternidade/maternidade, ainda que possível o reconhecimento de filiação socioafetiva, em certos casos. Mas o exame sanguíneo mostra-se igualmente de grande utilidade para revelar a origem biológica de filhos que não tiveram a paternidade reconhecida, ou de filhos adotivos ou frutos de inseminação artificial heteróloga<sup>553</sup>, assegurando, desta forma, a efetivação de

---

<sup>552</sup> CHAMELETE NETO, Alberto. Op. cit., p. 87.

<sup>553</sup> Discute-se, na doutrina, sobre a possibilidade de aplicação das técnicas de reprodução assistida por pessoas sem parceiro, diante da tendência, quase mundial, de impossibilidade de estabelecimento da paternidade entre o doador do material genético e a criança concebida por meio da técnica de inseminação artificial heteróloga, resultante do anonimato do doador. Helena de Azeredo Orselli argumenta que “o direito a procriar de um homem ou de uma mulher que não tem um parceiro não pode se sobrepôr aos superiores interesses da criança ou do adolescente. O direito da pessoa gerada por meio de técnica de reprodução assistida de ter um pai e uma mãe, com base no princípio de proteção integral à criança e ao adolescente, é superior ao direito do adulto de ter um filho sozinho.” (ORSELLI, Helena de Azeredo. O Sigilo do Doador do Material Genético nas Técnicas de Reprodução Assistida e os Interesses da Criança Gerada. In: **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Nº 48. Editora Simone Costa Saletti Oliveira, jul-ago/2007, p. 144). Também Eduardo de Oliveira Leite defende que o “recurso à procriação artificial não deita suas raízes no puro egoísmo, mas é, antes de tudo, resultado de um projeto parental tendente a contornar problemas oriundos de um ‘handicap’ de ordem natural. Remédio à esterilidade do casal: este é o princípio, o meio e o fim que sempre regeu, e continua regendo, a matéria das procriações artificiais.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 153). Em sentido contrário, destaca-se o pensamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, para quem, “na ausência de lei específica regulando os aspectos civis da reprodução assistida, deve-se considerar, com os limites constitucionais já tratados, que no estágio atual do direito brasileiro, a Lei nº 9.263/96, no seu art. 3º, autoriza a monoparentalidade na reprodução assistida.” O autor fundamenta seu entendimento na proteção constitucional às diversas formas de entidade familiar, especialmente na família monoparental, protegida pelo art. 226, parágrafo 4º, da Constituição Federal. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. Cit., p. 786.). Em igual sentido é o pensamento de Maria Cláudia Crespo Brauner, que enfatiza: “a família deste final de século não se define mais exclusivamente pela existência da triangulação clássica: pai, mãe e filho e, ainda, afirmamos que o critério biológico, ou seja, os valores simbólicos ligados à hereditariedade, parentesco sanguíneo e o direito de conhecer as origens devem ceder lugar,



direitos da personalidade constitucionalmente garantidos.<sup>554</sup>

A filiação socioafetiva, ou posse de estado de filho, constitui-se de fatos que fazem presumir a existência de laço de filiação, e que deixam transparecer a existência de vínculo paterno ou materno, por ser a criança tratada e reconhecida por outras pessoas como filho de alguém. Esse tratamento deve ser contínuo, pacífico e inequívoco, para que seja reconhecida a existência de um liame socioafetivo de parentesco, ou a filiação vivenciada de fato pela criança.<sup>555</sup> Ainda que não tenha sido sequer mencionada pelo legislador nacional, a jurisprudência tem reconhecido o devido valor à “posse de estado de filho” como meio de prova da filiação, mesmo sem mencionar claramente tal conceito, preferindo utilizar a expressão “socioafetividade”.

Portanto, vigoram hoje, em nosso ordenamento jurídico, tanto o critério biológico quanto o critério socioafetivo no estabelecimento contencioso dos vínculos incertos de parentesco. A solução que melhor atenderá aos interesses do menor dependerá da apreciação que o juiz fará em cada caso concreto.

De qualquer forma, seja para estabelecer um vínculo de filiação não reconhecido voluntariamente, ou ainda para ter a criança acesso e conhecimento à

---

progressivamente, à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica.” (BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A Monoparentalidade Projetada e o Direito do Filho à Biparentalidade. In: **Estudos Jurídicos**. Vol. 31. Nº 83. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, set/dez 1998, p. 152).

<sup>554</sup> Sobre o tema: CAMPOS, Wania Andréa Luciana Chagas Duarte de Figueiredo. O Direito à Busca da Origem Genética na Relação Familiar Socioafetiva. In: PEREIRA, Tânia da Siva. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 325/360; PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 78/95; FERREIRA, Aline Damásio Damasceno. Bioética e filiação: direito à identidade pessoal, direito a conhecer a origem biológica. In: **Direito & Justiça, Revista da Faculdade de Direito da PUCRS**, Vol. 35, Nº 1. EdiPUCRS, jan/jun 2009, p. 28/36; AULER, Juliana de Alencar. Adoção e direito à verdade sobre a própria origem. In: **Jurisprudência Mineira: Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Vol. 194. Belo Horizonte, jul/set 2010, p. 23/30; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. FIUZA, César. Direito à Identidade Genética. In: FIUZA, César. (Coord.) **Curso Avançado de Direito Civil**, Vol. II. São Paulo: IOB, p. 109/123; NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. In: **Revista dos Tribunais**, Vol. 905. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar. 2011, p. 67/87.

<sup>555</sup> Sobre o tema, ver: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Novos Contornos do Direito à Filiação: a Dimensão Afetiva das Relações Parentais**. <http://www.direitodafamilia.net/listaartigo>, acessado em 26-12-2006; PEREIRA, Tânia da Silva. **O “Cuidado” Chega ao STJ**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Nº 19. Dez – jan 2011, p. 100/121; RODRIGUES, Maria Alice. RAMIRES, Vera Regina. As transições familiares e o melhor interesse da criança: as perspectivas do direito e da psicologia. In: **Estudos Jurídicos: Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**. Vol. 36. Nº 97. Mai/Ago 2003, p. 211/242; SANTOS, Silas Silva. NEGRÃO, Sônia Regina. GUIMARÃES, Angélica Bezerra Manzano. **Paternidade X Paternidade Socioafetiva**. <http://www.direitodafamilia.net/listaartigo>, acessado em 26-12-2006.

sua origem genética, como forma de concreção de um direito da personalidade, o exame de DNA se apresenta como garantidor do melhor interesse do menor, diante da certeza que proporciona quanto à revelação da verdade biológica.

Na avaliação do melhor interesse do menor, o magistrado deverá considerar sua condição de sujeito privilegiado de direitos, com direito ao completo e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade e à busca de sua integral filiação, ao conhecimento da verdade biológica e de sua história familiar, ao respeito pelas suas ligações psicológicas mais profundas, à continuidade de suas relações afetivas gratificantes, à não discriminação relativamente aos filhos nascidos no casamento, ao crescimento em meio familiar e à proteção social e de sua saúde.

Há hoje um reconhecimento de que o menor é um ser humano em formação, que deve ser orientado e preparado para a vida, através de um processo de desenvolvimento nos planos físico, intelectual, moral e social, que ocorra em ambiente familiar, em clima de carinho, amor e compreensão. O superior interesse da criança apresenta-se, desta forma, como um objetivo a ser perseguido pelos pais, enquanto responsáveis pela educação dos filhos, e também pelo Estado, através da adoção de medidas tendentes a garantirem o exercício de seus direitos.<sup>556</sup>

Cabe assim ao magistrado, representando o Estado, e fazendo uso de sofisticada tecnologia proporcionada pelo avanço das ciências nas últimas décadas, zelar pela efetivação do melhor interesse do menor, princípio já reconhecido e consagrado em nível internacional, como forma de impulsionar o pleno desenvolvimento da população infanto-juvenil e, assim, preservar um futuro digno para a humanidade.

---

<sup>556</sup> AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria. Op. cit., p. 89/90.

## 2. A LEGITIMIDADE (OU ILEGITIMIDADE) DA RECUSA AO EXAME DE DNA

### 2.1 A RECUSA COMO CARACTERIZADORA DE UM EVENTUAL ABUSO DE DIREITO

Já se afirmou que o terceiro milênio iniciou com novos valores que marcaram uma ruptura com o modelo liberal do século passado. Com a redemocratização, abriu-se “espaço para a realização de uma sociedade mais justa, fraterna e igualitária”<sup>557</sup>, em que a harmonia social deve prevalecer sobre os simples interesses individuais.

Verificou-se, na passagem para o mundo contemporâneo, um renascer dos direitos humanos, que mereceram especial atenção do ordenamento, sendo absorvidos pela Lei Maior, protetora dos direitos fundamentais. No dizer de Cláudia Lima Marques:

Os direitos fundamentais seriam as novas ‘normas fundamentais’, e estes direitos constitucionais influenciaram o novo direito privado, a ponto do direito civil assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado na família, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos.<sup>558</sup>

Diante da nova realidade social e jurídica, não há mais dúvidas de que “As prerrogativas individuais estão condicionadas a um fim – que é a harmonia social.”<sup>559</sup> Ou seja, o direito dos novos tempos apresenta, obrigatoriamente, uma destinação social.

Nessa ordem de idéias, toda a ação direcionada à satisfação de necessidades meramente individuais e egoísticas, em prejuízo dos “superiores interesses da coletividade”<sup>560</sup>, deve ser repudiada pelo direito, por caracterizar-se

---

<sup>557</sup> FACHIN, Luiz Edson. Op. cit. p. 322.

<sup>558</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 39. Segundo a mesma autora, em obra realizada em conjunto com Bruno Miragem, vem surgindo uma nova realidade, no mundo contemporâneo, em que identidades e culturas são coordenadas pelos direitos humanos, formando um direito privado solidário. Na Europa já nasce um “segundo humanismo”, “un nouvel âge de l’humanisme”, de acordo com o pensamento de Luc Ferry e Renault, que afirmam ser possível um humanismo que respeite as diferenças. “Segundo Wolkmer, o vocábulo humanismo ‘surgiu somente no início do século XIX, para designar um modo de pensar o humano, uma determinada forma de compreender a experiência humana’ e hoje significa, dentre outros princípios: ‘(a) eleger o ser humano como valor central; (b) afirmar a igualdade de todos os seres humanos; (c) reconhecer e considerar a diversidade (pessoal e cultural).’” (MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. Op. Cit., p. 208/209).

<sup>559</sup> MARTINS, Pedro Baptista. **O Abuso do Direito e o Ato Ilícito**. p. 251.

<sup>560</sup> MARTINS, P. B.. Idem, p. 251.

abusiva, ao exceder os limites permitidos para o seu exercício. E isto porque, no atual estágio de evolução da sociedade, já não existe mais lugar para o “absolutismo dos direitos subjetivos”<sup>561</sup>, quando desviados de seu fim social.

Daí se infere que a forma de exercitar um direito subjetivo serve para qualificá-lo, e esse aspecto funcional passa a integrar o direito, juntamente com o seu aspecto estrutural. Portanto, quando o exercício do direito se realiza em desacordo com a finalidade social, quebra-se a harmonia dos interesses envolvidos, e o ato passa a ser abusivo e ilícito, ainda que praticado sem intenção nociva do seu autor. Ou, nas palavras de Pedro Baptista Martins:

Desde que o exercício do direito se realiza em desconformidade com essa destinação, de maneira perturbadora do equilíbrio dos interesses juridicamente protegidos, que se enfrentam nas relações sociais, é claro que o ato deixa de ser lícito para ser reprovável.<sup>562</sup>

Já na década de 30, quando Josserand lecionava na Universidade de Lyon, o ilustre professor embasava sua teoria definidora do ato abusivo na finalidade social do direito, “partindo do princípio de que o abuso de direito se exerce de conformidade com o direito da pessoa e em contrariedade às regras sociais.”<sup>563</sup>

Ao longo do tempo, outras teorias foram estruturadas para explicar o abuso de direito, acompanhando as tendências valorativas de cada época, ora a partir de critérios subjetivos (valorizando o elemento intencional na produção do ato danoso), ora com o uso de critérios objetivos (desconsiderando o aspecto voluntarista, por entenderem que é o caráter anti-social que define o ato danoso).<sup>564</sup>

---

<sup>561</sup> MARTINS, P. B. Idem, p. 260.

<sup>562</sup> MARTINS, Pedro Baptista. Op. cit., p. 251.

<sup>563</sup> LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso do Direito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959, p. 83/84. Ou, ainda, nas palavras do próprio autor da teoria finalista, (JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativé: théorie dite de l'abus des droits**. 2ème ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939, p. 368): “... l'acte accompli sous le coup de la valenté de nuire ne doit pas bénéficier de la protection légale, encore qu'il se presente hypocritement ou cyniquement sous l'aspect de l'exercice d'une faculté légale...” “...o ato realizado sob o ímpeto da vontade de prejudicar não deve ser beneficiado de proteção legal, ainda que ele se apresente hipócrita ou cinicamente acobertado pelo aspecto de exercício de uma faculdade legal...”

<sup>564</sup> O estudo das diversas teorias é feito por Everardo da Cunha LUNA (Op. cit., p. 67 e ss.), que conclui, ao final, ser o abuso de direito, indiscutivelmente um ato ilícito, salientando que “... a culpa (no sentido lato, incluindo o dolo) não consiste apenas na violação de um ‘dever legal’ mas também na violação de um ‘dever moral’. Na raiz da culpabilidade, pulsa a moral, arde a consciência, que se inflama pelo sentido ético da vida e das coisas. O abuso de direito, como fenômeno jurídico que é, não pode ser explicado, se repudia o concurso da moral, cuja ausência nos deixa num verdadeiro beco sem saída, confusos e perplexos.” (p. 107) Também Fernando Augusto Cunha de SÁ (*Abuso de Direito*. Lisboa: Ministérios das Finanças, 1973) traz extenso estudo envolvendo a construção científica do abuso de direito, contendo as distintas teorias já formuladas e as críticas a cada uma delas. O autor conclui, igualmente, pela existência de um elemento axiológico referente ao comportamento do sujeito, delimitador dos limites entre a licitude e a ilicitude do ato, caracterizadoras do abuso

Entretanto, o ponto comum de todas as teorias é o de que, no ato abusivo, ocorre uma desarmonia entre o aspecto estrutural e o aspecto funcional do direito subjetivo. E, esse rompimento do equilíbrio é que conduz à reprovação do ato, exercitado acima dos limites permitidos pelo direito.<sup>565</sup>

Nesse sentido, após comentar as diversas teorias sobre o abuso de direito, Pedro Baptista Martins conclui:

Realmente, exercício anti-social ou anti-funcional do direito, desvio do direito de sua finalidade econômica ou social, ausência de motivos sérios e legítimos, falta de utilidade ou de interesse, exercício anormal ou irregular são critérios vários sugeridos pela doutrina para facilitar ao juiz a apreciação do ato abusivo. No fundo, porém, todos esses critérios são meios diversos mas equivalentes que se podem adotar para a realização do mesmo fim: verificar se há, de fato, ruptura do equilíbrio dos interesses, que à ordem jurídica cumpre estabelecer e assegurar.<sup>566</sup>

Certo é que o ato abusivo excede os limites da licitude, tornando-se, desta forma, reprovável e ilegítimo.

E é exatamente por esse motivo que a recusa imotivada do pretense pai em fornecer amostra de material genético para a elaboração do exame de DNA, em demanda investigatória de paternidade, torna-se abusiva e ilegítima e, no Brasil, é considerada *confissão ficta*.

Deve-se acrescentar, por necessário, que, no direito pátrio, o artigo 187 do Código Civil de 2002 dispõe que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé, ou pelos bons costumes.” Tal norma recepcionou a teoria do abuso do direito em nosso ordenamento jurídico, devendo ser respeitada.

Conforme afirma Bruno Miragem, referida norma contém cláusula geral de ilicitude objetiva aplicável a todo o direito privado nacional, que protege a *confiança* em seu duplo significado: “tanto a *confiança relacional* (confiança no outro sujeito da relação jurídica) quanto a *confiança no sistema jurídico e em sua efetividade*, na

---

de direito. (p. 587); Mais recentemente, Bruno MIRAGEM (**Abuso do Direito: proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009) traz estudo detalhado sobre a teoria do abuso do direito, e sua evolução, até ser recepcionada pelo Código Civil brasileiro de 2002, em seu art. 187, como espécie de ilicitude objetiva e cláusula geral de Direito Privado protetora da confiança e dos direitos fundamentais.

<sup>565</sup> Ver, em San Tiago DANTAS (**Programa de Direito Civil: Teoria Geral**, p. 311 e ss.) freqüentes exemplos de atos abusivos que se verificam na vida social, “casos em que uma pessoa traz prejuízo à outra no exercício de um direito; mas o exercício desse direito ao invés de se fazer para aqueles fins, em vista dos quais o direito foi tutelado pela norma, faz-se ou com escopo de prejudicar a outrem ou com escopo manifestamente anti-social.” (p. 314).

<sup>566</sup> MARTINS, Pedro Baptista. Op. cit. p. 250.

coibição e repressão do ilícito, e na estabilidade das relações jurídicas.”<sup>567</sup>

No direito comparado, já se concluiu que a única justificativa legítima para a recusa seria a possibilidade de vir o exame a causar risco para a saúde da pessoa que deve atender à determinação judicial. No entanto, tal hipótese dificilmente ocorreria, considerando ser reduzida a quantidade de tecido exigida para a elaboração dos testes (um único fio de cabelo com a raiz, a saliva, ou qualquer outra célula do corpo, seriam suficientes para possibilitar a perícia), o que significa existir escassa probabilidade de ser considerada legítima a recusa do suposto pai à perícia, em tais hipóteses.

Por outro lado, na ponderação de interesses, entre o direito privado do suposto pai à recusa, por ofensa à sua vida privada e à integridade física, e o direito do filho a estabelecer seu estado de filiação e conhecer sua ascendência genética, deve prevalecer o último, por ser de interesse individual e social.

Não há dúvidas de que os direitos à vida privada e à integridade física constituem direitos fundamentais da personalidade assegurados pela Constituição, da mesma forma que os direitos à filiação e ao conhecimento da origem.

Entretanto, no exercício de seus direitos fundamentais, o indivíduo que se recusa a realizar a perícia, de forma imotivada, inviabiliza o exercício de direitos essenciais do filho, que interessam a todos.

Nesse caso, o abuso se caracteriza pelo exercício contrário à finalidade social do direito subjetivo invocado pelo suposto pai, através do qual ele busca a satisfação de interesses meramente individuais e egoísticos, que contrariam os superiores interesses da coletividade.

E é nesse sentido que tal conduta se mostra ilegítima e reprovável, já que a sociedade contemporânea, e em especial o nosso ordenamento jurídico, repudiando o individualismo exagerado que marcou o Estado liberal, recepcionou o princípio do abuso do direito, como forma de proteção da confiança e da solidariedade social.

---

<sup>567</sup> MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 244/246. De acordo com o autor, a norma do artigo 187 é inspirada no direito português (artigo 334 do Código Civil de 1966), e desconsidera, em seu suporte fático, os elementos de *culpa* e *dano*, caracterizando, desta forma, uma espécie de ilicitude objetiva. Por outro lado, constitui “norma jurídica que permite, por intermédio de sua interpretação e concreção, irradiar os efeitos da proteção dos direitos fundamentais às relações privadas. Nesse sentido, a relativa indeterminação dos limites ao exercício dos direitos subjetivos previstos na norma faz com que devam ser concretizados mediante o recurso interpretativo ao sentido de máxima efetividade aos direitos fundamentais.” (p. 246)

## 2.2 OS INTERESSES MORAIS x OS INTERESSES PATRIMONIAIS

O Estado Liberal do século XIX, no mundo ocidental, caracterizou-se pela limitação do poder político e pela não-intervenção nas relações privadas e no poder econômico, como forma de concretizar os ideais iluministas de liberdade e igualdade entre todos os indivíduos. Entretanto, a liberdade voltava-se à aquisição, ao domínio e à transmissão da propriedade, e a igualdade era meramente formal, significando a igualdade de sujeitos de direito abstraídos de suas condições existenciais.<sup>568</sup>

Mas a família, nos códigos liberais, permaneceu sendo concebida como uma unidade política e econômica, comandada por um chefe patriarcal, a serviço do Estado, apresentando-se como centro de sustentação do *status* familiar burguês, desconsiderando as pessoas humanas que a integravam. Os códigos da época rejeitavam o divórcio, a adoção e os filhos extramatrimoniais, que representavam ameaças à ordem social assim estabelecida.

Esse modelo reproduzia a ambientação familiar da época, em que a família era entendida como unidade de produção, sendo realçados seus laços patrimoniais. Como assinala Cristiano Chaves de Farias:

As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da revolução industrial.<sup>569</sup>

Ao longo do século XX, desenvolveu-se o Estado Social, caracterizado pela intervenção nas relações privadas e pelo controle do poder econômico, objetivando a proteção dos mais fracos, como forma de promover a solidariedade e a justiça social.

O intervencionismo nas relações de família verifica-se na preocupação com a redução do despotismo masculino, e equiparação dos poderes do casal, e com a inclusão de todos os filhos, tornando-se a família um espaço de diálogo e compreensão entre seus membros, e lugar de promoção da dignidade humana.

A família patriarcal, que serviu de modelo ao Código Civil de 1916, no Brasil,

---

<sup>568</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família.**, p.59.

<sup>569</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 4.

entrou em crise ao longo do século XX, culminando por desaparecer, no plano jurídico, pelos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988, que promoveu a mais profunda transformação na disciplina do Direito de Família.

Com efeito, a nova Carta reconheceu proteção a qualquer entidade familiar, sem restrições; reconheceu a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; consumou a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar, e a liberdade de planejamento familiar; reconheceu a prevalência da filiação socioafetiva sobre a filiação de origem exclusivamente biológica; concedeu primazia aos interesses das pessoas humanas, integrantes da família, sobre os interesses patrimoniais; e salientou ser a família um espaço de realização pessoal e de promoção da dignidade de seus membros.

Ao refletir a força das transformações sociais do fim do século XX<sup>570</sup>, a Constituição de 1988 alterou o sistema de interpretação do direito privado, destacando os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, que passaram a se impor aos interesses particulares, ocorrendo uma “*constitucionalização do direito civil*.” A expressão é utilizada por Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Celina Bodin de Moraes, Paulo Luiz Netto Lobo, e por outros eminentes civilistas de igual renome, em estudos aprofundados sobre o tema.

A partir daí, várias partes da legislação existente sobre Direito de Família tornaram-se anacrônicas, eis que voltadas àquela família tradicional, em que predominavam os interesses patrimoniais aos valores morais e existenciais de seus membros. De acordo com Paulo Luiz Netto Lobo, “No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao Direito de Família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais.”<sup>571</sup> Editado sob a inspiração do individualismo liberal, o antigo Código elevava “a propriedade e os interesses patrimoniais a pressuposto nuclear de todos os direitos privados, inclusive do Direito de Família.”<sup>572</sup>

É evidente que as relações de família também têm natureza patrimonial, pois sempre se afirmou que o Direito de Família disciplina direitos pessoais, assistenciais e patrimoniais. Entretanto, os interesses patrimoniais não podem se

---

<sup>570</sup> Sobre as transformações ocorridas nas relações familiares durante o século XX, ver: DUBY, Georges. PERROT, Michelle. Ob. Cit., p. 479-503.

<sup>571</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 60.

<sup>572</sup> LÔBO, P. L. N. Idem, ibidem.



revelar determinantes, sob pena de perder a família a característica de espaço destinado à convivência afetiva e à realização da dignidade da pessoa humana.

A família atual forma-se através de laços de afetividade, de respeito e de solidariedade, concentrando-se com maior intensidade na qualidade das relações entre as pessoas e no desejo livre de permanecer no grupo. É uma família plural, que se constitui por formas variadas, e onde a procriação não é essencial, sendo menos hierarquizada e predominantemente urbana. Nela, a função econômica perdeu o sentido, pois a família já não se apresenta como unidade rural produtiva ou o ambiente seguro para amparar a velhice, tendo a emancipação feminina e a primazia da vida profissional contribuído para tais mudanças. Seu dado unificador é a comunhão espiritual e de vida, atuando a serviço do desenvolvimento da pessoa. E, diante dessas alterações sociais, já não faz sentido priorizar os interesses patrimoniais sobre os valores humanos.<sup>573</sup>

De forma sintética, Cristiano Chaves de Farias destaca:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo *afeto*, como mola propulsora.<sup>574</sup>

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais do passado não se reproduz na família contemporânea, marcada por interesses de ordem pessoal, e ligada por elemento nuclear distinto, que é a afetividade. Esse novo elemento nuclear “define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos *repersonalização*”, afirma Paulo Luiz Netto Lobo.<sup>575</sup>

Citando Orlando de Carvalho, Luiz Edson Fachin explica o sentido do termo “*repersonalização*”:

É esta valorização do poder jurisdicção do homem comum – sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda

---

<sup>573</sup> FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 318/318. Nesse sentido, afirma o autor: “Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma ‘comunidade de sangue’ e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma ‘comunidade de afeto’. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível.”

<sup>574</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 4.

<sup>575</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 62.

quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, como no direito de família, a sua afetividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se potenciam - é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do Direito Civil o *foyer* da pessoa, do cidadão puro e simples.<sup>576</sup>

A pessoa humana passa, então, a ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o “ser” acima do “ter”. Restaura-se a primazia da tutela da pessoa, considerada em sua dimensão ontológica<sup>577</sup>, como forma de adequação do direito à nova realidade social. E, sendo a família um espaço de realização pessoal afetiva, “finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem”<sup>578</sup>, e fundada no respeito à dignidade de seus membros, não mais se apresenta como um ambiente onde as relações de produção exercem papel primordial. A repersonalização das relações familiares intensifica os valores existenciais, os laços de afetividade, de solidariedade, e de convivência nas mais diversas formas de entidades familiares.<sup>579</sup>

O afeto como valor substitui o primado da propriedade. Os vínculos de afetividade e de convivência passam a prevalecer sobre os dados biológicos, nos casos de conflitos sobre o estado de filiação, salvo nos casos em que o princípio da

---

<sup>576</sup> FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 8-9.

<sup>577</sup> Sobre o termo “ontologia”, conforme Marilena Chauí: “Se considerarmos os entes na perspectiva dos seres humanos, diremos que todos os entes – naturais, artificiais, ideais, valores, metafísicos – são entes culturais e históricos, submetidos ao tempo, à mudança, pois seu sentido – sua essência – muda com a cultura. No entanto, podemos observar também que as categorias ontológicas (ser, realidade, causalidade, temporalidade, idealidade, atemporalidade, relação, diferença, qualidade, quantidade, polaridade, oposição, etc) permanecem, ainda que mudem seus objetos. Assim, por exemplo, a ciência física pode oferecer uma explicação inteiramente nova para o fenômeno da percepção das cores. Contudo, a existência da luz, da cor, da percepção das coisas coloridas permanece e é a essa permanência que se refere a ontologia. Uma sociedade pode considerar o homossexualismo masculino um valor positivo (como foi o caso na sociedade grega antiga) ou um valor negativo (como na sociedade inglesa vitoriana, do século XIX), mas o ato de valorar positiva ou negativamente alguma ação permanece e é essa permanência que interessa à ontologia.” (CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. Ob. Cit., p. 257.)

<sup>578</sup> PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 244. Segundo o autor: “O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.”

<sup>579</sup> “Rodrigo da Cunha Pereira, reportando-se a Jacques Lacan, procura demonstrar que a família não se constitui por um homem, mulher e filhos. É uma estruturação psíquica, onde cada um dos seus membros ocupa um lugar. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filho, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. ‘É nessa estrutura familiar que existe, antes e acima do Direito, que devemos buscar, para sermos profundos, o que realmente é uma família, para não incorrerem em moralismos e temporalidades que só fazem impedir o avanço da ciência jurídica.’ (PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Ética da Convivência Familiar**: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 235/236.)

dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse do menor indicam solução diversa.. A filiação adotiva e, mais recentemente, a filiação resultante de procriações artificiais, equiparam-se à filiação natural, revelando a primazia dos interesses existenciais e dos direitos da personalidade, sendo aceita social e juridicamente a chamada “adoção à brasileira” ou “adoção de fato”, por razões de solidariedade.

O princípio da igualdade entre homem e mulher e entre os filhos é elevado a direito fundamental pela nova Carta, sobrepondo-se aos antigos interesses econômicos do passado, que protegiam as desigualdades entre os membros da família como forma de manter o patrimônio no seio da família legítima fundada no casamento indissolúvel, da qual eram excluídos os filhos naturais.

Inicia-se uma era de *despatrimonialização* do direito civil, como conseqüência de sua constitucionalização, significando, conforme afirma Pietro Perlingieri, “a passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais.”<sup>580</sup> A idéia é, portanto, de rumar no sentido de um maior apego aos valores imateriais, repondo-se a pessoa humana no centro do direito civil, passando para segundo plano o patrimônio.

Todavia, o Código Civil de 2002, “apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao direito de família”,<sup>581</sup> contendo inúmeros dispositivos predominantemente patrimonializantes, inclusive no Título I, dedicado ao “direito pessoal”.<sup>582</sup>

Sendo assim, suas normas devem ser interpretadas à luz dos princípios

---

<sup>580</sup> PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 33.

<sup>581</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 60.

<sup>582</sup> Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo traz alguns exemplos: quando o Código cuida dos regimes de bens entre os cônjuges (art. 1.641), impõe, com natureza de sanção, o regime da separação de bens aos que contraírem matrimônio com inobservância das causas suspensivas e ao maior de sessenta anos, “regra esta de discutível constitucionalidade, pois agressiva da dignidade da pessoa humana, cuja afetividade é desconsiderada em favor de interesses de futuros herdeiros.” Também as normas destinadas aos tutelados e aos curatelados estão “muito mais voltadas ao patrimônio do que às pessoas dos tutelados ou curatelados.” Ainda, “as causas suspensivas do casamento, referidas no art. 1.523, são quase todas voltadas aos interesses patrimoniais (principalmente, em relação à partilha de bens). Da forma como permanece no Código, a autorização do pai, tutor ou curador para que casem os que lhe estão sujeitos não se volta à tutela da pessoa, mas ao patrimônio dos que desejam casar; a razão da viúva estar impedida de casar antes de dez meses depois da gravidez não é a proteção da pessoa humana do nascituro, ou a certeza da paternidade, mas a proteção de seus eventuais direitos sucessórios; o tutor, o curador, o juiz, o escrivão estão impedidos de casar com as pessoas sujeitas a sua autoridade, porque aqueles, segundo a presunção da lei, seriam movidos por interesses econômicos.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 60/61.

constitucionais, em especial, do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a realização pessoal, em ambiente impregnado de amor, diálogo, compreensão e paridade, é a função básica da família da nossa época. Suas antigas funções, econômica, política e religiosa, perderam o sentido ou passaram a desempenhar papéis secundários.

Na lição precisa de Gustavo Tepedino, a preocupação central do mundo contemporâneo é com “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.”<sup>583</sup>

A repersonalização das relações familiares valoriza o afeto e a dignidade da pessoa, elevando o indivíduo a principal destinatário da ordem jurídica. Significa a revalorização da pessoa humana concreta, como titular de direitos, “antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais, nomeadamente durante a hegemonia do individualismo liberal proprietário”<sup>584</sup> que marcou o século XIX.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, através de seus artigos 226 a 230, substituiu “a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução de valores culturais, éticos, econômicos e religiosos” pela tutela privilegiada da dignidade de seus membros, “em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”.<sup>585</sup>

Essa alteração de paradigma e de valores mostra, uma vez mais, que, na contraposição entre os direitos fundamentais do suposto pai e os direitos igualmente essenciais do filho, em demandas investigatórias de paternidade, a tendência mais atual é a de fazer prevalecer os interesses existenciais prioritários do menor, que tem direito à filiação integral e à convivência familiar. Eventual resistência no sentido de evitar o justo reconhecimento, passa a ser entendida, não apenas como abusiva, mas também contrária aos princípios constitucionais da especial dignidade do menor, da solidariedade, da afetividade<sup>586</sup> e da prevalência dos valores morais sobre

---

<sup>583</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.**, p. 326.

<sup>584</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 63.

<sup>585</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 397.

<sup>586</sup> De acordo com Paulo Lobo, “A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com o afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações: assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental.” Entretanto, nas relações entre cônjuges ou companheiros, o princípio

os interesses econômicos ou patrimoniais.<sup>587</sup>

Paulo Lôbo ensina que o princípio da afetividade se encontra implícito na Constituição Federal, através de fundamentos constitutivos dessa notável evolução da família brasileira, entre eles:

a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).<sup>588</sup>

Nessa linha de raciocínio, o desafio que se coloca aos juristas da nossa época, principalmente aos que lidam com o direito de família, refere-se à capacidade de adequar o direito à nova realidade e aos fundamentos constitucionais, subordinando as considerações de caráter patrimonial à dimensão ontológica da pessoa, que se tornou o centro da nova ordem jurídica.

A família recuperou sua função original, de grupo unido por laços afetivos e comunhão de vida. E o princípio constitucional da afetividade restaurou a igualdade

---

da afetividade só incide enquanto houver afetividade real, pois essa é pressuposto de convivência. Nesses casos, “o dever de assistência, que é desdobramento do princípio jurídico da afetividade (e do princípio fundamental da solidariedade que perpassa ambos), pode projetar seus efeitos para além da convivência, como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada.” LÔBO, Paulo. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. In: DIAS, Maria Berenice. PINHEIRO, Jorge Duarte. (Coord.) *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister Editora, 2008, p. 149-150.

<sup>587</sup> O princípio da afetividade, traduzindo a centralização das atenções nos interesses existenciais de pessoas envolvidas em demandas judiciais, atua igualmente como suporte para impedir que interesses patrimoniais sirvam como móvel de ações investigatórias de paternidade, em casos de falecimento de suposto pai com patrimônio considerável a ser partilhado entre seus herdeiros. A investigação de paternidade tem por objetivo assegurar o pai a quem não tem, e não assegurar a herança através do reconhecimento de laços biológicos não correspondentes à paternidade socioafetiva. Lembra Paulo Lobo que isso não significa que deva ser rechaçada a pretensão patrimonial daquele que não teve reconhecido seu originário estado de filiação (biológico), e teve a paternidade (socioafetiva) assumida por outrem. Nesse caso, é possível resolver-se a questão patrimonial no âmbito do Direito das Obrigações, através da atribuição de um crédito decorrente do dano causado pelo inadimplemento dos deveres gerais de paternidade por parte do genitor biológico falecido, podendo a reparação ser fixada pelo juiz em valor equivalente ao de uma quota hereditária, se herdeiro fosse. Torna-se, então, necessário ajuizar uma ação de reparação de dano moral e material, e posteriormente habilitar o crédito no inventário, como credor do espólio, com requerimento de reserva de bens em valor suficiente para garantir a ação. Assim se harmonizam “o princípio da imodificabilidade do estado de filiação e o dever genérico de responsabilidade por dano, o Direito de Família e o Direito das Obrigações”, e se compatibilizam os interesses pessoais e patrimoniais, quando se verificar conflito entre a paternidade socioafetiva derivada da posse de estado de filiação e o interesse em imputar responsabilidade ao genitor biológico falecido. Advirta-se que tal conflito não é possível ocorrer nas hipóteses de filiação decorrentes de adoção e de inseminação artificial heteróloga, que cortam integralmente a relação da criança com o passado biológico. LÔBO, Paulo. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. Ob. Cit., p. 160/161.

<sup>588</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 149.

entre irmãos biológicos, adotivos, e frutos de procriações artificiais, além de forte sentimento de solidariedade recíproca. O respeito aos direitos fundamentais de pais e filhos não pode mais ser perturbado pelo prevalecimento de interesses patrimoniais, como ocorria na época do liberalismo burguês que marcou o Código Civil de 1916.

No atual estágio da civilização contemporânea, que não mais tolera os abusos contra os mais fracos, verifica-se forte tendência de “ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para a regulação de seus direitos.”<sup>589</sup> É, portanto, na pessoa, enquanto tal, que reside a dignidade, valor máximo do ordenamento jurídico, que prioriza os interesses existenciais do ser humano.

### 2.3 A SUPREMACIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE CONHECER SUA ORIGEM

Tradicionalmente, o direito de família brasileiro sempre privilegiou a filiação biológica em detrimento da filiação socioafetiva, em razão de fatores históricos, culturais e religiosos, que delimitavam os vínculos de parentesco àqueles oriundos das famílias patriarcais formadas pelo matrimônio indissolúvel, restringindo-se a filiação pelo critério da legitimidade.

Ao longo do século XX, a legislação brasileira, acompanhando a mesma tendência que já se apresentava em outros países ocidentais, aos poucos procurou favorecer o reconhecimento dos filhos ilegítimos, culminando no total desaparecimento das discriminações em matéria de filiação, com o advento da Constituição de 1988.

A Constituição Democrática trouxe, em seu corpo, princípios que provocaram uma ruptura de paradigma na sociedade brasileira, reconhecendo novos valores e enunciando novos conceitos para o direito de família, ajustando o nosso ordenamento à pós-modernidade.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da isonomia entre os filhos, da prioridade absoluta do interesse da criança e do

---

<sup>589</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: **Revista de Direito Privado**, Ed. Revista dos Tribunais, Nº 3, julho-setembro de 2000, p. 38.

adolescente, entre outros, foram elevados a fundamentos do Estado Democrático de Direito, aparecendo uma nova verdade sobre a filiação.

Da filiação legítima presumida, decorrente do matrimônio e da verdade jurídica estabelecida pelo antigo Código Civil, passou-se à filiação biológica, pontuada pela exagerada consideração dos laços de sangue, até chegar à filiação socioafetiva, valorizando os vínculos de afeto construídos entre pais e filhos na convivência diária, como garantia do maior interesse do menor. Durante esse período, sem dúvida, o critério da descendência biológica foi o escolhido pelo legislador nacional para definir o parentesco, embora o enunciado nem sempre correspondesse à realidade.<sup>590</sup>

Pode-se, então, afirmar que hoje tanto o critério biológico (fundado na descendência) quanto o critério socioafetivo (fundado na vontade) são usados na determinação da relação paterno-filial.

Paulo Luiz Netto Lobo afirma que, atualmente, o estado de filiação constitui-se por força de lei ou em razão de critérios socioafetivos, por força da conveniência familiar, sendo que, no direito brasileiro, de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal e com os artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do novo Código Civil, consideram-se estados de filiação por força de lei:

- a) a filiação biológica em face de ambos os pais, havida de relação de casamento ou de união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental;
- b) a filiação não-biológica em face de ambos os pais, oriunda de adoção regular, ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho; e
- c) a filiação não-biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga.<sup>591</sup>

---

<sup>590</sup> Para ilustrar tal assertiva, convém reproduzir exemplo de um caso comentado por Paulo Lôbo, embora ocorrido na Argentina: Um homem e uma mulher casaram em 1966. Durante o casamento nasceram três filhos, presumidamente filhos do casal. Idêntica situação ocorreria no Brasil, na mesma época. Em 1986, ocorreu o divórcio do casal e, em 1995, ela casou-se com outro homem. Realizados exames de DNA, verificou-se que o pai biológico dos três filhos era o segundo marido. Os filhos ajuizaram ação de impugnação da paternidade contra o pai e a mãe originários, cumulada com pedido de declaração de paternidade extramatrimonial contra o pai biológico, sendo a ação julgada procedente, com base no resultado dos exames. Posteriormente, em 1999, o ex-marido ajuizou ação contra a ex-mulher e o novo marido, “para compensação pelos sofrimentos mentais e psicológicos por ele sofridos”, sendo a demanda julgada procedente, diante do dano afetivo sofrido pelo pai socioafetivo pela desconstituição do estado de filiação, que o privou do contato com os filhos que criou por mais de vinte anos. Segundo o autor, “situações dramáticas como esta fazem ressaltar os riscos do absolutismo da chamada verdade biológica, que confunde filiação e direito da personalidade”. O exemplo serve, contudo, para demonstrar que a presunção de paternidade (biológica) decorrente do casamento nem sempre correspondia à realidade. (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 207).

<sup>591</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 48.

Nesses casos, a convivência familiar e a afetividade são presumidas, embora possam não ocorrer em muitos casos.

A posse de estado de filiação não foi expressamente prevista pelo ordenamento civil pátrio, mas já vem sendo reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, através da interpretação de certos dispositivos, como é o caso dos artigos 1.593 e 1.605 do novo Código Civil. Admite-se a ocorrência da posse de estado quando pais e filhos, biológicos ou não, assumem e exteriorizam os respectivos papéis (parental e de filiação), demonstrando existir entre eles afetividade e vínculo contínuo de convivência familiar. No caso brasileiro, verifica-se a posse de estado de filiação nas hipóteses de adoção de fato (que normalmente assume a forma legal de guarda), dos filhos de criação e da chamada “adoção à brasileira”.<sup>592</sup>

As mudanças provocadas no direito de família foram tantas que o princípio do interesse prioritário da criança, previsto no artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU de 1989 (que já integra o direito interno brasileiro desde 1990), passou a sobrepor-se a todos os demais, no estabelecimento da filiação.

Tal princípio inverteu a ordem de prioridade que antes imperava em nosso ordenamento, e que impunha a predominância do interesse dos pais sobre o interesse dos filhos, no sentido de assegurar a hegemonia da consangüinidade e da legitimidade da filiação, e de manter o patrimônio no seio da família legítima fundada no casamento. O predomínio hoje passou a ser do interesse do filho, podendo o julgador decidir “se a realização pessoal do menor estará assegurada entre os pais biológicos ou entre os pais não-biológicos”<sup>593</sup>, ponderando a convivência familiar e os laços de afetividade existentes entre as partes envolvidas.

Paralelamente ao desenvolvimento dos novos conceitos que revolucionaram as relações familiares, a Constituição de 1988 tutelou a promoção da personalidade, através da cláusula geral referente à dignidade da pessoa humana.

Partindo do princípio de que o estado de filiação efetivamente constituído pode ter origem biológica ou simplesmente socioafetiva, é possível assegurar a cada pessoa o conhecimento de sua origem genética, como expressão de um direito da personalidade, amparado na dignidade humana, mesmo quando já consolidada a

---

<sup>592</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 49.

<sup>593</sup> LOBO, P. L. N. Idem, p. 51.



filiação através da posse de estado.

Sobre o tema, Selma Rodrigues Petterle observa que a “identidade genética é um bem jurídico fundamental a ser preservado, como uma das manifestações essenciais da personalidade humana.”<sup>594</sup> E Paulo Lôbo acrescenta que “o direito ao conhecimento da origem genética não está coligado necessariamente ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade. Sua sede é o direito da personalidade, que toda pessoa humana é titular, na espécie direito à vida.”<sup>595</sup>

Efetivamente, toda pessoa tem o direito de conhecer a história de saúde de seus familiares biológicos próximos, para prevenção da própria saúde, sem necessidade de investigar ou de alterar a paternidade já estabelecida. Basta lembrar as hipóteses de procriação artificial heteróloga ou de adoção para comprovar tal assertiva.

O direito ao conhecimento da própria ascendência constitui, portanto, um direito geral da personalidade, sem finalidade de parentesco legal, que não se confunde com o estado de filiação ou com a paternidade. Assim, toda pessoa tem o direito fundamental de vindicar sua origem biológica para adotar as medidas necessárias à preservação de sua saúde e de sua vida, através da identificação de seus ascendentes genéticos.

Nesse sentido, para desvelar os parentes biológicos mais próximos, assegurando um direito da personalidade, assim como para investigar a paternidade, e possibilitar o estabelecimento da filiação, a ciência prestou enorme contribuição nos últimos anos, propiciando novos meios de acesso à verdade sobre os laços de sangue de pessoas ligadas por uma origem consanguínea comum.

Na evolução para os novos tempos, ocorreram avanços científicos que introduziram, no mundo jurídico, nova técnica de esclarecimento da parentalidade genética, através do estudo das impressões digitais do DNA, que são exclusivas de cada indivíduo. A técnica garante índices não inferiores a 99,99%, tanto de exclusão como de confirmação da paternidade, o que equivale a uma certeza científica.

Considerada segura e infalível, a perícia médico-legal pelo DNA passou logo a ser reverenciada pela comunidade jurídica, tornando-se o principal (quando não exclusivo) meio de prova da paternidade em demandas investigatórias, por substituir as antigas e nem sempre esclarecedoras presunções por uma certeza a respeito da

---

<sup>594</sup> PETERLE, Selma Rodrigues. Op. cit., p. 176.

<sup>595</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 203.

identificação paterna. A descoberta do DNA representou o fim das incertezas e das dificuldades na obtenção de provas da paternidade em inúmeros e infundáveis processos em que se procurava estabelecer o vínculo biológico entre o investigante e o investigado, sobrepondo-se a outros meios de prova que não tinham o condão de conduzir o julgador a um resultado seguro.

É importante ponderar que, embora o direito ao conhecimento da origem genética se encontre amparado pelo dispositivo constitucional protetor da dignidade humana, que tutela o direito geral de personalidade, no Brasil ainda não se faz uso dessa linha pós-moderna de argumentação no cotidiano forense. Com efeito, o que se verifica é que “ainda é pequena a noção de direito fundamental da criança a saber sua origem e a desenvolver sua personalidade de forma independente”, pois “o direito do filho de estabelecer a filiação é visto ainda funcionalmente, como um direito subjetivo ordinário de bem estar econômico, é direito a alimentos”.<sup>596</sup> Sendo assim, o que se tem observado é o ingresso cada vez maior em juízo de demandas investigatórias de paternidade, com o intuito de obter alimentos de pais que sequer assumiram a paternidade dos filhos que geraram.

A introdução do exame de DNA no cotidiano forense, para a solução de ações investigatórias de paternidade, levou a jurisprudência (com apoio na doutrina) a considerar os demais meios de prova como inferiores e insuficientes, e muitas vezes desnecessários, por entender que apenas a perícia genética seria capaz de apontar uma conclusão correta. Em pouco tempo, o DNA adquiriu o caráter de prova robusta, da melhor qualidade, absoluta, soberana, único instrumento probatório capaz de gerar a convicção necessária para embasar a decisão do julgador.<sup>597</sup> Quando se garante uma certeza, passa a não haver mais sentido falar-se em

---

<sup>596</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 60 e 31.

<sup>597</sup> Na doutrina, destacam-se, nesse sentido: Humberto THEODORO JÚNIOR (“Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA).” In: **Revista Brasileira de Direito de Família** nº 3 – Porto Alegre: Síntese, out. – nov. - dez./99); Maria Celina Bodin de MORAES (“Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade.” In: **Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e do Adolescente** nº 24. V. 7. Curitiba, jul.-set. 1999, p. 83 e ss.); Belmiro Pedro WELTER (“Relativização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na condução coercitiva do Investigado na Produção do Exame Genético em DNA”. In: **Revista Brasileiro de Direito de Família** nº 12., p. 05/26; e ainda: “Investigação de Paternidade – obrigatoriedade do exame genético DNA.” In: *Revista Jurídica* nº 246. Sapucaia do Sul: Notadez Informação Ltda., abr. 1998, p. 12); Arnaldo RIZZARDO (Op. cit. p. 489/494); Salmo RASKIN (**Manual Prático do DNA para Investigação da Paternidade.**, p. 08); Eduardo de Oliveira LEITE (Op. cit., p. 61 e ss.); Fernando SIMAS FILHO (**A prova na investigação de paternidade.**, p. 141). Em sentido contrário são as opiniões de Zeno VELOSO (“A Sacralização do DNA na Investigação de Paternidade.” In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.).Op. cit., p. 379 e ss.); Alberto CHAMELETE NETO (Op. cit., p. 87 e ss.), entre outros.

probabilidade ou em indícios, que não passam de instrumentos que levam à aceitação de fatos não provados.

Mas, embora reconhecendo a importância do exame de DNA para o esclarecimento do vínculo genético, com o passar do tempo, parte da doutrina e da jurisprudência passou a repensar o que chamou de “divinização” de tal meio de prova, em vista de erros que poderiam ser cometidos nos laboratórios, e de uma nova visão que se iniciava sobre a paternidade, na mesma época, no sentido de sua desbiologização. Inúmeros fatores foram apontados como comprometedores da qualidade do exame, tais como a possível falta de cuidados na coleta do material; eventual troca de tubos; a falta de fiscalização de laboratórios; a falta de controle de qualidade dos exames em alguns estabelecimentos; a ocorrência de transfusão de sangue ou de transplante de medula não consideradas; sem contar eventual comprometimento de peritos e a inadequação de alguns métodos utilizados, entre outros problemas que poderiam desqualificar os exames.<sup>598</sup>

Por outro lado, como ponderou o Des. Sérgio Gischkow Pereira em voto proferido na Apelação Cível nº 595074709 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, há uma enorme distância entre reconhecer a certeza trazida pela conquista científica e transformá-la em palavra sagrada capaz de encerrar qualquer outra discussão sobre a matéria, transformando o juiz em mero “homologador de laudos” periciais.<sup>599</sup>

Mas, não obstante se reconheça a possibilidade do cometimento de erros na elaboração do exame, e que a função do juiz não deve ser confundida com a do perito, não se pode deixar de aceitar o fato de que a prova realizada através do DNA é capaz de traduzir um índice de certeza da paternidade muito próxima dos 100%. A ocorrência de eventuais erros deve-se, na realidade, a falhas dos laboratórios e não a falhas do exame propriamente dito. Assim, “a presunção é a de confiabilidade do perito”, como destacou Pedro Belmiro Welter, enfatizando a seguir:

---

<sup>598</sup> Sobre aspectos técnicos e limitações do exame de DNA, ver os estudos feitos por Alberto CHAMELETE NETO (Op. cit. p. 87 e ss.); Belmiro Pedro WELTER (Op. cit. p. 07/14); Anete TRACHTENBERG (“O Poder e as Limitações dos Testes Sangüíneos da Determinação da Paternidade – II.” In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Op. cit., p. 15/26); e Salmo RASKIN (Op. cit.).

<sup>599</sup> Apelação Cível nº 595074709, proferida pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 03/08/1995, em que foi Relator o Des. Sérgio Gischkow Pereira, com a seguinte Ementa: “1. Prova testemunhal suficiente para a procedência da ação. A prova testemunhal não desapareceu do direito brasileiro. 2. Situação em que descabe deferir prova pericial solicitada somente em apelação, por vários argumentos. Necessidade de repensar a verdadeira sacralização e divinização de que se está a revestir a prova técnica em investigações de paternidade. Fatores que podem provocar erros em perícias, mesmo pelos sistemas HLA e DNA.”

Não se nega que esse exame, como qualquer outra prova, corre o risco de ser produzido com erro, fraude, simulação, etc., mas isso não é questão de direito material, mas sim de direito processual. Não se pode deixar de canonizar o exame genético em DNA pela simples ocorrência de eventual vício em sua realização. É de se indagar: qual prova pode ser contraposta ao DNA, que indica a certeza científica da paternidade e da maternidade em 99,99999997%? Respondo: nenhuma prova material (infallibilidade do exame), salvo questão de ordem processual, como a troca de sangue, a corrupção do médico, adoção de método menos eficaz. Mas aí, estar-se-á adentrando no terreno movediço do ônus da prova, já que o prejudicado deverá comprovar a suspeita de vício jurídico na perícia, o que significa reconhecer que o resultado do exame genético em DNA é infalível, embora falível possa ser o procedimento de realização dessa prova.<sup>600</sup>

Com efeito, as mesmas falhas que poderiam ocorrer em relação ao exame de DNA – falhas processuais – poderiam igualmente se verificar na produção de outras provas admitidas em juízo (testemunhal, documental, etc.). Entretanto, os demais meios de prova não têm o mesmo poder de revelar um índice máximo de convicção e pouco auxiliam na descoberta da verdade real, se comparadas ao teste genético em comento. O poder de definição da paternidade pelo exame sanguíneo é de tal forma irrefutável que tornou praticamente inútil a clássica alegação da *exceptio plurium concubetium*, comumente trazida como tese de defesa do investigado nos pleitos investigatórios, tendo em vista que nada pode superar o resultado obtido pela análise do DNA.

Afora esses aspectos, cumpre ressaltar que a nova técnica apresenta outras vantagens, como a simplicidade na realização dos testes e a rapidez na entrega dos resultados, contribuindo para agilizar a descoberta da verdade sobre os vínculos biológicos apontados nos processos judiciais.

Para possibilitar a elaboração da perícia, basta que as pessoas envolvidas – normalmente, mãe, filho e suposto pai<sup>601</sup> – contribuam com o fornecimento de pequena quantidade de material genético, que pode ser retirada de qualquer tecido do corpo – já que o DNA está presente em todas as células – podendo ser utilizada amostra de sangue, saliva, raiz do cabelo, ou sêmen, para citar apenas alguns dos materiais mais empregados pelos laboratórios.

Quanto ao resultado, é possível ser obtido 45 dias após recolhido o material.

---

<sup>600</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit. p. 10.

<sup>601</sup> Nas situações em que o suposto pai é falecido, existem outras opções para a elaboração do teste. O pai pode ser substituído por outros parentes paternos. Sobre o tema, ver: RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.) Op. cit., p. 325.

E, no que se refere aos custos, embora ainda sejam relativamente elevados, na maioria dos casos que circulam pelo Poder Judiciário, são suportados pelo Estado, na qualidade de garantidor dos direitos fundamentais e da dignidade das pessoas envolvidas, quando litigam amparadas pela gratuidade da justiça.

Como é fácil perceber, a prova pericial em DNA apresenta todas as vantagens, pois além de desfazer a dúvida referente ao parentesco sanguíneo, ainda é de fácil e de curta duração, o que contribui para a agilização das demandas judiciais. O único empecilho que ainda se impõe à descoberta da verdade real é a recusa do investigado em submeter-se à prova pericial. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

Foi-se o tempo em que a paternidade era de ser considerada 'fato oculto e incerto' ou presumido, devendo, em conseqüência, sua investigação ser permitida somente 'com cautelas e rigor de provas'. A certeza científica, oferecida pelo exame de DNA, para determinação da paternidade encontra hoje um único obstáculo: a recusa do suposto pai a entregar o material necessário ao teste.<sup>602</sup>

A questão vem sendo contornada, pela jurisprudência, com a aplicação de regras processuais que estabelecem critérios de presunção de paternidade com a inversão do ônus da prova, permitindo o reconhecimento do vínculo parental entre investigador e investigado. Nesse sentido têm sido as reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e dos Tribunais Superiores, valendo lembrar o teor da Súmula nº 301, de 18/10/2004, do STJ, com o seguinte enunciado: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.<sup>603</sup>

---

<sup>602</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. p. 96.

<sup>603</sup> Para citar apenas alguns exemplos mais recentes, os acórdãos prolatados nos seguintes julgamentos em nosso Estado, declararam a paternidade, seguindo o critério da presunção *juris tantum*, na forma da Súmula 301 do STJ, e dos artigos 231 e 232 do Novo Código Civil: Apelação Cível nº 70020904124, da Sétima Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgada em 26/09/2007; a Apelação Cível nº 70020922878, da Oitava Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Rui Portanova, julgada em 13/09/2007; a Apelação Cível nº 70020121885, da Sétima Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgada em 29/08/2007; a Apelação Cível nº 70021107768, em que foi Relator o Des. Ricardo Raupp Ruschel, julgada em 26/09/2007; a Apelação Cível nº 70032866766, da Sétima Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgada em 25-08-2010; a Apelação Cível nº 70040096158, da Oitava Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgada em 24-02-2011; a Apelação Cível nº 70042783423, da Sétima Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgada em 24-08-2011; e a Apelação Cível nº 70042979104, da Sétima Câmara Cível, em que foi Relator o Des. Roberto Carvalho Fraga, julgada em 19-10-2011. No mesmo sentido, os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça mencionaram a Súm. 301 em seus julgamentos: REsp. nº 409.285-PR, em que foi Relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, julgado em 07/05/2002; AgRg no Agravo de Instrumento nº 776.332-DF, em que foi Rel. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 14/11/2006, REsp. 1137425-DF, da Quarta Turma, em que foi Relator

Da mesma forma, embasam tais decisões os artigos 231 e 232, inseridos no novo Código Civil, assim redigidos:

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Tais dispositivos legais autorizam seja considerada a recusa injustificada de submissão ao exame como *confissão ficta* a respeito da paternidade apontada pelo investigador.

Por outro lado, o juiz tem o poder de determinar de ofício a realização das provas necessárias à instrução do processo, conforme dispõe o artigo 130 do Código de Processo Civil, a fim de obter o esclarecimento da verdade, poder esse que ainda mais se justifica nos casos em que se discute questão de interesse público, como nas ações investigatórias, em que está em jogo o direito ao estado de filiação, ou em ações propostas com a finalidade de obter o conhecimento à origem genética. Esses direitos fundamentais integram a dignidade humana e são protegidos pela Constituição, devendo ter seu exercício assegurado, e até mesmo promovido pelo Estado, representado em tais hipóteses na pessoa do magistrado.

Foi precisamente em função dessa responsabilidade do juiz, em determinar a produção das provas necessárias à descoberta da verdade real, que muito se discutiu a respeito da possibilidade de condução do investigado, de forma coercitiva, à realização da perícia pelo método DNA, por ocasião do polêmico julgamento do *habeas corpus* nº 71373-4, pelo Supremo Tribunal Federal, em novembro de 1994.

Ainda hoje a questão não é pacífica. Há quem defenda a possibilidade de imposição da perícia mesmo contra a vontade do investigado, como forma de garantir o direito essencial do investigador à integral filiação, ou ao conhecimento de sua ascendência genética. E existe outra corrente doutrinária que afirma ser incabível o constrangimento físico do investigado em submeter-se à prova pericial, sob pena de violação de seus direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

---

o Min. Raul Araújo, julgado em 16-08-2011, publicado no DJe em 06-09-2011; AgRg no REsp. 929982, da Quarta Turma, em que foi Relator o Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 03-08-2010, publicado no DJe em 27-08-2010; AgRg no REsp. 1116926, da Terceira Turma, julgado em 09-02-2010, em que foi Relator o Min. Massami Uyeda, publicado no DJe em 02-03-2010; e AgRg no Ag 576552-SP, da Terceira Turma, em que foi Relator o Min. Sidnei Beneti, julgado em 12-08-2008, publicado no DJe em 03-09-2008, entre outros.

A questão é complexa, pois, conforme já examinado, envolve a ponderação de direitos fundamentais contrapostos das partes envolvidas, expressos na Constituição Federal, além dos aspectos científicos e processuais mencionados.

Mesmo no cenário internacional, ainda hoje se verificam diferentes formas de solucionar o impasse gerado pela negativa do suposto pai em submeter-se à prova pericial, conforme antes referido.<sup>604</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento da República e do Estado Democrático de Direito. Tal princípio está intimamente relacionado aos direitos da personalidade, e faculta, de um lado, proteção especial e prioritária da filiação, e de outro, a proteção da liberdade e da integridade física do indivíduo apontado como suposto genitor.

A propositura de ação de investigação de paternidade estabelece um conflito entre direitos essenciais do filho e do suposto pai. Ao direito do filho de conhecer sua origem e sua história de vida, através da real determinação de sua ascendência genética ou da paternidade, contrapõe-se o direito do pretense genitor, de negar-se a contribuir com amostra de seu material genético, ainda que ínfimo, para possibilitar a superação das dúvidas concernentes ao parentesco, através dos seguros testes de DNA.

O que se questiona, nesses casos, sabendo-se que a Constituição assegura a dignidade humana e os direitos fundamentais das duas partes envolvidas, é qual interesse deve prevalecer, já que os direitos a serem protegidos possuem o mesmo grau de hierarquia. E, a partir daí, indaga-se se poderia ser ordenada, pelo juiz, a

---

<sup>604</sup> MEDEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse. Op. cit., p. 224/225. Comentando a relação entre a busca da verdade real e os direitos fundamentais, a autora pondera os obstáculos de direito material e processual encontrados nas legislações de diferentes países que dificultam a concretização dos ideais do mundo contemporâneo, consistentes em priorizar a verdade, como forma de garantia do princípio da igualdade entre todos os filhos, independentemente da forma como foram gerados. Discorrendo sobre a recusa à submissão da prova científica, esclarece: “C'est sur ce double fondement de l'inviolabilité du corps et de celle de la vie privée – sauf exceptions dûment justifiées – que l'on se place quasi-unanimement en France, en Belgique et au Québec, pour affirmer que sans le consentement de celui que devrait se prêter à une expertise bio-médicale en matière de filiation, celle-ci serait impossible et la preuve obtenue de force ou par surprise irrecevable. Tous les pays cependant ne partagent pas ce point de vue, et en particulier les pays de droit germanique (Allemagne, Autriche, Suisse...) ou nordiques, dans lesquels traditionnellement la preuve de la paternité, et d'une manière générale de la vérité, droit être apportée, avec ou sans consentement des intéressés.” « É com base no duplo fundamento da inviolabilidade do corpo humano e da vida privada – salvo exceções devidamente justificadas – que a doutrina se coloca quase unanimemente na França, na Bélgica e em Quebec, para afirmar que, sem o consentimento daquele que deve se submeter a uma perícia biomédica em matéria de filiação, essa seria inviável, assim como seria indeferida a prova obtida de maneira forçada. Entretanto, nem todos os países comungam desse ponto de vista e, particularmente, os países de direito germânico (Alemanha, Áustria, Suíça...) ou os países nórdicos, nos quais tradicionalmente a prova da paternidade e, de uma maneira geral, da verdade, deve ser trazida ao processo, com ou sem o consentimento dos interessados. »

sujeição do suposto pai ao exame, ainda que contra a sua vontade, levando-se em consideração a certeza trazida pela análise do DNA, única prova capaz de elucidar a verdade da filiação biológica.

Como argumentos para afastar a condução coercitiva do investigado à submissão ao exame, costumam-se invocar a inviolabilidade de seus direitos essenciais à liberdade, à vida privada, à intimidade e à intangibilidade do corpo humano, além da inexistência de lei específica que autorize a condução, da não-obrigatoriedade da produção de provas contra si, e da incompatibilidade da determinação forçada da prova com o Estado Democrático de Direito.

Francisco Amaral admite ser difícil estabelecer o equilíbrio entre os direitos postos em conflito, mas conclui que “não se pode, em caso algum, admitir o constrangimento físico do demandado para obtenção da prova genética do DNA. Deve prevalecer o princípio da dignidade humana que o protege, como previsto na Constituição Federal.”<sup>605</sup>

Contrariamente a essa posição, aponta-se para a especial proteção ao estado de filiação resultante do princípio da igualdade entre os filhos reconhecido no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que estatui: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.”

Trata-se de direito fundamental, indisponível e irrenunciável, da maior relevância, que integra a dignidade da pessoa humana, e que não admite restrições, por ser igualmente de interesse público, já que a situação jurídica de cada indivíduo interessa não apenas a ele próprio, mas também ao grupo familiar e a toda a sociedade, encontrando-se na base da ordem política, social e cultural do Estado.

De fato, o Estatuto da Criança e do Adolescente, após repetir o princípio da isonomia da filiação em seu art. 20, acrescenta, no art. 27, 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.” (grifei).

É importante registrar que a perícia genética é essencial na determinação do estado de filiação daquele que não teve a paternidade reconhecida, a fim de

---

<sup>605</sup> AMARAL, Francisco. A prova genética e os direitos humanos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 113.



evitar que fique sem pai, o que constituiria uma afronta ao seu direito à integral filiação.

Todavia, existem casos em que a paternidade já se encontra estabelecida por ter sido a criança registrada por pai registral ou socioafetivo, mas há interesse do filho em conhecer sua ancestralidade biológica, o que igualmente constitui um direito da personalidade, que deve ser resguardado. Nesta última hipótese, a única forma de alcançar a tutela pretendida pelo filho, em eventual demanda judicial, seria através do exame de DNA. Simples mecanismos processuais que conduzem a presunções, ou até mesmo, ao reconhecimento de confissão, em alguns casos, não serviram para elucidar a verdadeira origem biológica da pessoa interessada em conhecê-la. E, desta forma, a recusa do réu em comparecer ao exame inviabilizaria para sempre o direito do filho de conhecer suas próprias raízes biológicas, culturais e sociais – e via de conseqüência, sua história de vida e de seus ascendentes.

Como enfatizou Maria Celina Bordin de Moraes:

A toda evidência, neste sistema jurídico, o conhecimento verídico acerca da própria historicidade é direito elementar e fundamental. Com efeito, a propósito, já foi dito que 'saber a verdade sobre a sua própria paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.'<sup>606</sup>

É possível, então, concluir que, em qualquer dos casos, havendo necessidade em determinar-se o estado de filiação ou a origem genética do investigante, a perícia médica em DNA mostra-se indispensável e de relevância ímpar, por ser a única prova apta a desvelar a realidade sobre o vínculo biológico entre as partes envolvidas, garantindo direitos fundamentais e a dignidade do filho, valores supremos de interesse público e individual.

Assim, a insubordinação injustificada do pretenso pai em apresentar-se à coleta do material genético necessário para possibilitar a elaboração da perícia evidencia sua clara intenção de frustrar a prova e o esclarecimento da verdade, o que por si só já é suficiente para demonstrar que não age com boa-fé. Nesse ponto, merece mais uma vez serem reproduzidas as palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, referindo-se à conduta nada exemplar do investigado:

Vigora, nestes casos, a presunção 'hominis' de que quem não tem nada a

---

<sup>606</sup> MORAES, Maria Celina Bordin de. Op. Cit. p. 99/100.

esconder não perde a oportunidade de provar a sua exclusão de paternidade. Irrecusável, a propósito, parece ser a concepção, proveniente do senso comum de que o indivíduo ético, diligente e responsável tem interesse em esclarecer tão relevante questão, pois, estando de boa-fé, aspira ele próprio a conhecer a verdade.<sup>607</sup>

Tal conduta está longe de caracterizar a lealdade e a boa-fé exigidas pelo art. 14 do Código de Processo Civil, sendo reprovável tanto por provocar a ofensa imotivada a direito fundamental do investigante, como por apresentar-se contrária à função social do direito e aos novos valores da sociedade contemporânea.<sup>608</sup> Assim, não pode o investigado invocar o princípio da dignidade humana para proteger comportamento anti-social, contrário ao direito e à justiça. Não é à toa que ordenamentos jurídicos estrangeiros prevêem formas de punição para a recusa injustificada de qualquer das partes em submeter-se à perícia, quando ordenada pelo juízo.

A recusa imotivada, nesses casos, constitui verdadeiro abuso de direito, por ultrapassar os limites do direito subjetivo de seu titular, impostos pela boa-fé e pela função social da ordem jurídica, afastando o indivíduo dos interesses da comunidade.<sup>609</sup>

De acordo com Inácio de Carvalho Neto, a idéia de abuso do direito deve ligar-se “à finalidade do direito e ao princípio de justiça”, pois longe de constituir a negação do direito, pode ser conceituado como o exercício do titular de um direito subjetivo “fora de seus limites.” O mesmo autor salienta existir diferença entre “colisão de direitos” e “abuso de direito”, na medida em que a colisão só existe entre

---

<sup>607</sup> MORAES, M. C. B. de. *Idem*, p. 97.

<sup>608</sup> Na Europa, já se identifica, inclusive, um pensamento que defende a existência de um novo humanismo, através da visão do indivíduo, respeitando todas as suas diferenças e fragilidades. “Neste sentido, reconhecendo as vulnerabilidades do indivíduo e dos grupos no século XXI, o novo direito privado pode contribuir para que este vínculo de pertença, na figura de linguagem da família e do irmão, a uma origem comum e a um destino comum, estabeleça-se, reumanizando o direito privado. Precisamos de uma nova leitura do mundo: o outro não é um ‘objeto’ de minha bondade ou opressão, o ‘outro’ é um parceiro, um sujeito ativo, que devo considerar parte ‘ativa’ neste processo, que deve ser conjunto.” É o que ensinam Cláudia Lima MARQUES e Bruno MIRAGEM (Op. Cit., p. 209).

<sup>609</sup> Nesse sentido, é importante lembrar a lição de Bruno Miragem, a respeito do abuso de direito visto como cláusula de proteção da confiança, no Direito Privado contemporâneo. Conforme o autor: “A proteção da confiança no direito, assim, não aparece apenas na proteção da confiança de outro sujeito, individualmente tomado, que participe de uma relação jurídica, e que eventualmente tenha sua expectativa legítima frustrada. Protege-se também a comunidade e o sentido que esta tem de justiça e correção. É neste sentido que a cláusula geral do abuso do direito revela-se como cláusula de proteção da confiança. Tanto em sua *eficácia negativa* (onde veda comportamentos abusivos, os qualificando como ilícitos) quanto em sua *eficácia positiva* (constituindo deveres de respeito ao fim econômico ou social, à boa-fé ou aos bons costumes no exercício dos direitos subjetivos), a cláusula geral do artigo 187 assume o caráter de proteção das expectativas legítimas e dos objetivos comuns da sociedade.” MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado.**, p. 160/161.

direitos iguais ou da mesma espécie, e o abuso consiste no mau uso, no uso injusto de um direito subjetivo que conduz à sua ilicitude, sendo exercido de “forma a lesar direito igualmente respeitável”<sup>610</sup>. É o que também se extrai do art. 187 do novo Código Civil, que dispõe: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

A diferença está, portanto, na forma de exercer o direito, que pode ser jurídica ou antijurídica, conforme a conduta se ajuste ou não aos valores expressos na Constituição. E, nesse aspecto, não se pode falar em igualdade de direitos, entre o direito subjetivo do investigante em conhecer sua ascendência biológica e seu estado de filiação, exercido dentro dos limites legais, e o direito subjetivo do investigado em proteger sua integridade física e sua vida privada, recusando-se a submeter-se ao exame de DNA, exercido de forma a beneficiá-lo individualmente, prejudicando os relevantes interesses do filho. O primeiro se ajusta ao fim social do ordenamento, e o segundo não se coaduna com os valores máximos resguardados pela nova ordem constitucional. Assim, considerando que o aspecto funcional também integra e qualifica o direito subjetivo, o direito do filho está acima do direito do suposto pai à recusa e à preservação de sua integridade física.

Convém ponderar, ainda, que, a negativa de submissão à perícia genética inviabiliza a realização da prova técnica de maior eficiência no sentido da identificação de vínculo biológico existente entre as partes, impondo o uso de sistema de presunções para reconhecer eventual filiação (presumida) no caso concreto.

No entanto, na atual fase de evolução do direito, não se justifica o retorno ao uso de antigos sistemas de presunções para declarar mero vínculo presumido de paternidade, o que já foi abolido há tempos do nosso ordenamento.

Tornou-se obrigatória a produção do exame de DNA para garantir o acesso do filho a suas origens, além do reconhecimento da filiação biológica e da sua dignidade, ainda que a paternidade não mais se resuma, na atualidade, a simples dados sanguíneos.

Deve-se, contudo, ponderar que, a exemplo do direito comparado, outras formas de coerção do investigado ao exame pericial poderiam ser aplicadas, antes

---

<sup>610</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito.**, p. 20/21 e 208/209.

de ser determinada sua condução forçada, no sentido de persuadi-lo a ceder em seus direitos na medida do necessário, para colaborar com a concreção de todos os direitos em jogo, sem maiores danos para as duas partes. E, não havendo no Brasil legislação específica, caberia ao julgador optar, no caso concreto, e com base nos artigos 130 e 332 do CPC<sup>611</sup>, pela solução que se apresentasse como a mais correta e que melhor atendesse aos ideais de justiça e aos valores sociais expressos na Constituição.<sup>612</sup>

De qualquer forma, constata-se que nunca, em nenhuma outra época, o cenário mostrou-se tão adequado para a revisão e a adequação de noções e de conceitos jurídicos aparentemente solidificados, restando ao legislador nacional posicionar-se sobre a polêmica questão da possibilidade de condução das partes ao exame de DNA nas demandas atinentes à filiação e aos direitos da personalidade. Nesse sentido, seria conveniente revisar normas de direito processual, e estudar a possibilidade de tornar obrigatória a submissão das partes a exames biológicos determinados pelo juízo, em especial aqueles com coleta de sangue, para análise e comparação do grupo sanguíneo, como já ocorre em outros países.

Importa considerar que, se a ciência, por si só, é incapaz de indicar a resposta correta na escolha da filiação que melhor atenda aos interesses do menor, ao menos ela permite ao julgador não mais se refugiar na ignorância, bem como possibilita a concreção do direito essencial da personalidade do filho ao conhecimento de sua origem genética.

---

<sup>611</sup> CPC: “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.”

<sup>612</sup> De qualquer forma, vale lembrar que o STJ já decidiu ser obrigatória a realização do exame de DNA, em determinados casos, forte em respeitáveis fundamentos exarados no REsp. nº 215.247-PB, da 4ª Turma, julgado em 05-10-1999, publicado no DJU de 06-12-1999, e na Revista do Superior Tribunal de Justiça 129/359: “Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser um mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Na fase atual de evolução do direito de família, não se justifica, sobretudo quando custeada pela parte interessada, desprezar a produção da prova genética do DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz.”

### 3 O LIMIAR DE UM NOVO MUNDO

#### 3.1 OS LIMITES DOS PRINCÍPIOS LEGAIS EM FAVOR DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE HUMANA

Na passagem do século XIX para o século XX ocorreram profundas alterações políticas, econômicas e sociais que marcaram o mundo ocidental. Se o século XIX caracterizou-se pelo domínio do liberalismo e do individualismo, com a exaltação do indivíduo, de sua criatividade e de seu esforço particular, como valores mais elevados e respeitados, o século XX presenciou o surgimento de novos valores, baseados na solidariedade social e no reconhecimento de valores existenciais da pessoa humana. Essa transição do Estado Liberal para o Estado Social foi, em grande parte, consequência da consciência coletiva resultante das trágicas experiências vivenciadas ao longo da Segunda Grande Guerra, que impuseram a instauração de uma nova ordem econômico-social nos países de cultura ocidental, capaz de dar maior proteção ao homem e aos interesses da sociedade.

Entre nós, a quebra do paradigma patrimonialista e individualista que caracterizou os ideais burgueses do passado ocorreu com a promulgação da Constituição Democrática de 1988, trazendo em seu bojo novos princípios garantidores de maior proteção à dignidade da pessoa humana, à igualdade substancial (não apenas formal) e à solidariedade social.

O princípio da solidariedade, bastante inovador, foi expressamente referido no artigo 3º, inciso I, da Nova Carta, que estabeleceu, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”<sup>613</sup>. Tal objetivo complementa-se e melhor se define através do disposto no inciso III da mesma norma, que prevê outra finalidade a ser atingida; a de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades

---

<sup>613</sup> “Constituição Federal

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

sociais e regionais. Sendo esses objetivos destacados no Título I do texto constitucional, denominado “Dos Princípios Fundamentais”, daí decorre o seu caráter de essencialidade, o que exige que “desfrutem de preeminência” não apenas por ocasião da elaboração das políticas públicas, mas também nos momentos de aplicação e de interpretação do ordenamento jurídico nacional, por operadores do direito ou pelos demais membros da sociedade.<sup>614</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes alerta que o valor referente à solidariedade é também um fato social, na medida em que o ser humano não existe sozinho, mas apenas como integrante de um tecido social em que “a interdependência é a regra.”<sup>615</sup> Nesse sentido, pode-se afirmar que ser solidário é partilhar uma mesma época e, portanto, uma mesma história, sendo precisamente esta a distinção existente entre uma sociedade e uma multidão.

Acrescenta a autora:

Se a solidariedade fática decorre de uma necessidade imprescindível de coexistência, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’. Esta regra, ressalte-se, não possui qualquer conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que ‘cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro.’<sup>616</sup>

A solidariedade pressupõe, além da idéia de reciprocidade, uma comunhão de interesses e a igualdade de direitos de grupos e de comunidades que representam valores sociais.

O novo valor fundamental, portanto, deixou de ser o indivíduo sujeito de direitos e proprietário, que zelava unicamente por seus familiares e por seus bens, de forma desvinculada dos interesses da sociedade, como acontecia na época do Código Civil de 1916. No cenário atual, a pessoa humana passou a ser apreciada a partir de sua inserção no meio social, e não mais se admite que suas atitudes sejam indiferentes aos destinos e às atitudes das demais pessoas. O direito subjetivo já não pode mais ser considerado como um poder atribuído à vontade individual para a realização de seu interesse exclusivo. Assim, passam a existir limitações externas

---

<sup>614</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**: estudos de direito civil-constitucional. p. 239.

<sup>615</sup> MORAES, M. C. B. de. Idem, p. 241.

<sup>616</sup> MORAES, M. C. B. de. Idem, p. 241/242.

aos direitos subjetivos, que contribuem, na atualidade, para a identificação da função dos institutos jurídicos, como enfatiza Pietro Perlingieri.<sup>617</sup>

O conceito de direito subjetivo, portanto, contém hoje importantes limitações, já que toda e qualquer atuação subjetiva deve ajustar-se não apenas à vontade do titular, mas também ao interesse social, para merecer a tutela do ordenamento jurídico, nos termos da norma constitucional que estabelece o princípio da solidariedade como a mais profunda expressão da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana.

O maior exemplo dessa mudança de enfoque proporcionada pelo ordenamento vigente está no instituto da propriedade.<sup>618</sup> O proprietário já não dispõe mais um direito subjetivo ilimitado, atribuído a seus interesses exclusivos, devendo passar a exercer a propriedade de acordo com a função social, que se encontra definida no texto constitucional, sob pena de praticar abuso de direito ou excesso de poder.<sup>619</sup>

Também no campo das relações familiares verificou-se profunda transformação, pois “se todas as pessoas são igualmente dignas, nenhuma instituição poderá ter o condão de sobrepor o seu interesse ao dos seus membros”<sup>620</sup>. Desta forma, a família já não se constitui de forma hierarquizada e com a principal preocupação de preservar o matrimônio do casal e o patrimônio familiar. A democratização do ambiente familiar acabou por torná-lo um espaço aberto ao diálogo entre os membros da família, e um local privilegiado para garantir a dignidade e permitir a realização plena do ser humano. Ou, invocando a lição precisa de Gustavo Tepedino, a nova noção conceitual de família se amolda ao

---

<sup>617</sup> PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 122. “O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos. Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externo, mas contribuem à identificação da sua essência, da sua função. As situações objetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade.”

<sup>618</sup> Sobre o tema, ver: TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 303-329.

<sup>619</sup> PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 121/123. Para o autor, o ordenamento reconhece a propriedade de um bem somente enquanto o direito for exercido em conformidade com as regras; se assim não acontecer, o interesse não será nem reconhecido e nem tutelado. Nesse caso, apresentam-se duas figuras importantes: a do abuso da situação subjetiva e a do excesso de poder. O não-exercício e o exercício segundo modalidades diversas daquelas que derivam da função da situação subjetiva devem ser considerados abusos. Pratica abuso, por exemplo, o usufrutuário de um bem que deixa deteriorá-lo ou arruiná-lo por falta de reparos de conservação, que tinha a obrigação de fazer. Quanto ao excesso de poder – ao contrário do abuso – é aquele exercido além do limite consentido. Como exemplo de excesso, pode-se citar o caso do usufrutuário de um bem que aliena a propriedade, exercendo, desta forma, um poder que não é seu e que o ordenamento atribui ao nu-proprietário.

<sup>620</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 252.

cumprimento de sua função social, renovando-se como “ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social.”<sup>621</sup>

Destacam-se, como expressões da solidariedade, no âmbito familiar, a igualdade entre os cônjuges, a igualdade entre os filhos, a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, e o regime jurídico dos alimentos, que passam a ser fixados segundo o critério de avaliação da necessidade/capacidade, independentemente da verificação de “culpa” nos casos de separação e divórcio.

Por outro lado, a solidariedade serve como fundamento de lesões realizadas no interior de grupos, entre os quais estão os grupos familiares. Assim, ela abrange os danos sofridos no âmbito familiar, em suas mais diversas formas, incluindo violências sexuais praticadas contra filhas ou filhos menores; a falta de reconhecimento voluntário de filho ou a criação de dificuldades a seu reconhecimento; a ausência de visitação; os danos causados aos chamados “grandes traumatizados” ou “vulneráveis”<sup>622</sup>, como as crianças e os idosos; e todos os demais deveres fundados na boa-fé.<sup>623</sup>

A concepção de solidariedade, resultante de aspirações típicas do século XX, implica no sentimento de reciprocidade, de pertencermos a uma mesma comunidade de iguais, com igualdade de interesses, sendo dependentes uns dos outros, como se estivéssemos “a bordo de um mesmo barco, fustigado por ameaças e tribulações”<sup>624</sup> que exigem que cada um de nós se torne responsável pelo destino do grupo. Ser solidário - destacam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, lembrando os ensinamentos de Ricardo Lorenzetti - é “evoluir para um paradigma coletivo e mais social do direito privado”, é passar a reconhecer “direitos ao próprio grupo, em uma visão de conjunto.”<sup>625</sup>

Subjacentes ao conceito de solidariedade estão, portanto, as idéias de responsabilidade e de reciprocidade, no sentido de que se exige de cada indivíduo o

---

<sup>621</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.**, p. 326.

<sup>622</sup> Sobre o tema: MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis.** Op. Cit., p. 125 e ss.

<sup>623</sup> MORAES, Maria Celina. Op. cit., p. 260.

<sup>624</sup> MORAES, M. C. Idem, p. 255.

<sup>625</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. Op. Cit., p. 207. Nesse sentido, os mestres lembram o exemplo do Código de Defesa do Consumidor, no Brasil, que teve o mérito de reconhecer direitos a grupos, “em uma visão de conjunto”, passando a “liderar o microsistema, pelo menos processual, da defesa coletiva de direitos.” (p. 207).



respeito inerente à qualidade de pessoa humana e a pretensão de colocar-se no lugar de qualquer outra pessoa sempre que se queira fazer algo. A solidariedade contrapõe-se ao egoísmo.<sup>626</sup> De fato, é outro o olhar que deriva da normativa constitucional, que elevou a solidariedade a um princípio geral do ordenamento jurídico, com força máxima, capaz de propiciar a busca por uma sociedade justa, fundada na igual dignidade social.<sup>627</sup>

Através de tal princípio, pretende-se garantir a solidariedade de todos e para todos, proibindo discriminações e diferenciações entre pessoas pertencentes aos mesmos grupos sociais (incluindo aqui as famílias) ou a uma mesma sociedade. Pretende-se, ainda, incentivar a cooperação e proteger valores sociais e espirituais hierarquicamente superiores, tornando possível a convivência entre os homens para preservar sua existência. Desta forma, o plano de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, presente na Constituição de 1988, opôs-se ao sistema capitalista que privilegiava o lucro e a proteção do patrimônio a qualquer custo, caracterizador do século XIX, livre de valores sociais a proteger, onde vigorava a lógica da competição desmedida, prejudicial ao grupo.

A alteração axiológica introduzida pela Constituição Federal nas relações de família provocou inegável transformação das estruturas familiares, e impôs radical reformulação dos critérios interpretativos adotados nesse campo, passando a família a merecer tutela jurídica (apenas) nos casos em que se constitui como “núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.”<sup>628</sup> As mudanças foram de tamanha proporção que se tornou tarefa quase impossível o aproveitamento do regime legal contido no Livro I da Parte Especial do Código Civil de 1916, então vigente.

Com efeito, o antigo Código regulava a família patriarcal, que se caracterizava pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres; pela desigualdade de direitos entre os filhos de diferentes origens; pelo não reconhecimento de entidades familiares que não decorressem do casamento; pelo prevailecimento do poder do pai e marido; pelo predomínio dos interesses de caráter patrimonial sobre os interesses de caráter afetivo; e pela hierarquização de funções no seio da família.

---

<sup>626</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. Op. Cit., p. 206.

<sup>627</sup> PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit., p. 37/38.

<sup>628</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 398.

Já a Constituição de 1988 veio marcada por novos valores, impondo respeito à liberdade de constituição, de convivência e de dissolução da família; à igualdade de direitos entre seus membros; à igualdade de tratamento entre filhos biológicos e adotivos; ao respeito aos direitos fundamentais e prioritários das crianças e dos adolescentes, por se tratarem de pessoas em formação; e ao forte sentimento de solidariedade recíproca, que deve sobrepor-se aos interesses patrimoniais.

Desta forma, o Livro de Família do Código Civil de 1916 restou praticamente sepultado pela Constituição Democrática, que, através de novos princípios e de dois únicos dispositivos inovadores (artigos 226 e 227), mais ajustados à nova realidade social, revogou a maior parte de suas normas. Mudaram os conceitos de família e de parentesco, que assimilaram novos modelos e contornos jurídicos, diante da evolução social, política e tecnológica.

A família patriarcal fundada no matrimônio e na desigualdade de seus membros cedeu espaço à igualdade e à informalidade, privilegiando os laços afetivos como forma de possibilitar a mútua gratificação do casal e de proporcionar a socialização e a felicidade dos filhos. Disciplinaram-se a união estável e as famílias monoparentais. Surgiram novas formas de parentesco e de filiação, resultantes dos progressos da ciência e da tecnologia, e dos traços culturais da sociedade que inaugurava o novo milênio.

As antigas presunções de legitimidade da filiação resultante do casamento, e a extrema valorização dos laços biológicos na identificação do parentesco, cederam lugar ao reconhecimento da socioafetividade e da vontade como critérios mais autênticos de formação dos vínculos paterno-filiais.

A família e a filiação foram redefinidas sobre as novas bases de igualdade, afeto e tolerância, tornando-se “centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível”, capaz de proporcionar a “realização pessoal do indivíduo que, respeitando o ‘outro’, edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar.”<sup>629</sup> As relações entre pais, filhos, marido e mulher democratizaram-se, e colocou-se o interesse do filho acima de todos os outros, numa clara demonstração de que os novos tempos chegaram para proteger os mais fracos e fazer justiça.

O Direito socializou-se, coibindo os abusos do liberalismo e do

---

<sup>629</sup> FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 318.

individualismo. A Constituição Federal trouxe princípios, que passaram a irradiar efeitos por toda a ordem jurídica. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais foram elevados a valores supremos, que devem ser protegidos pelo Estado, passando a orientar todas as relações jurídicas. Foram inseridas cláusulas gerais no novo Código Civil para facilitar a interpretação do Direito, na busca das soluções mais justas. Verificou-se uma publicização do direito regulador das relações privadas, suavizando a distinção entre direito público e privado.

E, dentro dessa perspectiva axiológica e sistemática, se iniciaram os contornos do novo Direito de Família brasileiro, aberto ao pluralismo e aos sentimentos, voltado aos interesses sociais e preocupado com a justiça distributiva, “ponto de encontro de muitos direitos humanos”, buscando atender às aspirações da sociedade brasileira no limiar do novo século.<sup>630</sup> Abriu-se espaço a uma sociedade mais “justa, fraterna e igualitária”, e à “família pluriparental”<sup>631</sup>, resultante da combinação de critérios culturais, afetivos e biológicos, que constitui a base do futuro que se inicia.

A reflexão sobre a ruptura axiológica provocada pela Constituição de 1988, impondo radical reformulação dos critérios interpretativos do ordenamento jurídico e, em especial, das normas referentes ao direito de família, é tarefa que se impõe aos juristas e operadores do direito, para possibilitar a compreensão das sucessivas leis especiais e do Código Civil de 2002, no que tange às relações familiares. Mais do que o apego ao texto legal, “o momento está a exigir uma interpretação que saiba evidenciar os valores que se encontram no vértice do ordenamento”<sup>632</sup>, possibilitando a definição da realidade social e cultural contemporânea, e as situações merecedoras de tutela jurídica.

Nesse sentido, mais uma vez merece lembrar o ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes, que adverte: “o princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre dois valores, ora pendendo para a liberdade, ora para a solidariedade.”<sup>633</sup> Portanto, o valor da dignidade vincula-se à idéia de liberdade, mas “também ao ideal de solidariedade na sociedade”<sup>634</sup>. Tais princípios constitucionais

---

<sup>630</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 30.

<sup>631</sup> FACHIN, Lui Edson. Op. cit., p. 322/323.

<sup>632</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 416.

<sup>633</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 264/265.

<sup>634</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. Op. Cit., p. 208.

influenciam o novo direito privado, a ponto de fazê-lo assumir um novo papel social, de proteção da pessoa e da humanidade, e inibidor de abusos, buscando assegurar a cooperação e a coexistência entre os homens, contribuindo para a formação de um mundo mais justo e solidário.

### 3.2 OS FILHOS COMO CENTRO DO “UNIVERSO FAMILIAR”: CONSIDERAÇÕES META-JURÍDICAS EM FAVOR DA ABSOLUTA DIGNIDADE HUMANA

A Constituição Democrática reunificou o direito privado, que se achava fragmentado devido à perda da centralidade do Código Civil e da proliferação de leis especiais, impondo radical reformulação dos critérios hermenêuticos adotados em matéria de família.

Essa tarefa se impunha diante das intensas modificações ocorridas durante a segunda metade do século XX no âmbito do direito de família, já amplamente identificadas pelos juristas e pelos cientistas sociais. Com efeito, sociólogos, historiadores, antropólogos e juristas já haviam revelado o processo de passagem da família patriarcal à família nuclear, como resultado das profundas alterações ocorridas nas estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais das sociedades contemporâneas.

Assim, a revolução industrial, as grandes concentrações urbanas, a inserção da mulher no processo de produção e a emancipação feminina contribuíram para que a família deixasse de ser uma unidade de produção, tornando-se uma “comunidade de ganhos e consumos”, com separação entre o lar e o local de trabalho.<sup>635</sup> Por outro lado, o ingresso da mulher no mercado de trabalho proporcionou-lhe relativa independência financeira, e acentuou a tendência a desaparecer a predeterminação de funções no interior da família, passando a ser partilhadas entre o casal a autoridade e as tarefas domésticas.

No entanto, a nova família conservou a função de educação e socialização das crianças, embora restando atenuada a autoridade dos pais sobre os filhos, que passaram a merecer maior respeito e a ser tratados de forma igualitária e democrática dentro do grupo familiar.

---

<sup>635</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. Op. cit., p. 10. Sobre a história das mulheres no século XX, em especial sobre o trabalho e a educação das mulheres, ver: DUBY, Georges. PERROT, Michelle. Op. cit., p.

Na família nuclear ou conjugal, a intensidade das relações pessoais entre os seus membros tornou-se o elemento de maior importância<sup>636</sup>, acentuando-se o vínculo afetivo entre pais e filhos. Desta forma, a família transformou-se numa comunidade de afeto e de cooperação, podendo ser entendida como o núcleo privilegiado de “desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.”<sup>637</sup>

Por outro lado, os estudos sociológicos e antropológicos identificaram a existência de uma multiplicidade de estruturas e de funções familiares, impossíveis de passarem despercebidas do constituinte e do aplicador das leis do século XX. A família conjugal, formada por marido, mulher e filhos, vivendo em uma mesma casa, tornou-se apenas uma das formas especializadas dessa instituição. Constatou-se haver famílias formadas por pessoas sozinhas; ou pessoas juntas sem formalidades legais; casais sem filhos; crianças sendo educadas por um só dos pais; pai e mãe vivendo e trabalhando em cidades diferentes; agrupamentos de pessoas idosas para compartilharem despesas; uniões homossexuais, para citar apenas alguns exemplos.

O direito de família não poderia deixar de evoluir para abraçar as novas formas de famílias, sendo o Direito uma “realidade histórico-cultural incindível do componente axiológico e da dimensão social”, como afirma com propriedade Sérgio Gischkow Pereira.<sup>638</sup>

Com efeito, a nova visão sobre as normas jurídicas reguladoras da família harmonizou-se com o estágio das relações familiares no mundo contemporâneo, que apareceram impregnadas de maior autenticidade, sinceridade e compreensão. Foi-se a época da “falsidade institucionalizada”<sup>639</sup>, em que se tentava obscurecer os fatos sociais com leis que já não correspondiam à realidade social, em evidente

---

<sup>636</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. Op. cit., p. 11. Ou, conforme PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. **Direito de família e do menor.**, p. 83. “A ‘cara’ da família moderna mudou. O seu principal papel, ao que nos parece, é o de suporte emocional do indivíduo. A família de hoje, que não mais se consubstancia num grão de areia, praticamente carente de identidade própria, que vai juntar-se ao grupo familiar mais extenso (tios, avós, primos, etc.), foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito aos laços afetivos.”

<sup>637</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 398. No mesmo sentido: FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.**, p. 25. “...sob a concepção eudemonista de família, não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”

<sup>638</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do Direito de Família. In: **Revista dos Tribunais**, p. 19.

<sup>639</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Idem, *ibidem*.

atitude nociva visando a ignorar as profundas modificações culturais e consuetudinárias da nova sociedade. O constituinte de 1988 parece ter percebido que o direito de família padeceria de ineficácia caso permanecesse em um mundo irreal e ultrapassado, impedindo sua evolução e a trilha do caminho para se alcançar uma melhoria da humanidade e a correção de injustiças sociais.

Caio Mário da Silva Pereira menciona a preocupação com a defesa dos interesses da infância e da juventude como um dos aspectos sociais mais característicos do mundo contemporâneo.<sup>640</sup> Conseqüência dessa preocupação é a igualdade de tratamento da filiação, evidenciando profundo sentimento humano<sup>641</sup> e formador de responsabilidade social, por evitar a punição dos filhos pelas faltas dos pais, e a ocultação de pais irresponsáveis atrás de normas discriminatórias da filiação. Aliás, já se concluiu ser “de péssima justiça impor castigo a alguém pela falta de outrem, mais ainda quando o culpado fica tranqüilo e a vítima é que vem a ser atingida.”<sup>642</sup> Sendo assim, de nada adiantaria continuar impondo tratamentos diferenciados a filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, por força de lei, quando a própria sociedade já se encarregara de repelir a falsa moral e as disparidades do passado, em benefício do respeito integral pelo ser humano e da formação de vínculos mais verdadeiros, baseados na afetividade.

A família contemporânea apareceu como grupo fundado na afeição e no diálogo, repelindo a hierarquização de sua estrutura, as desigualdades de direitos e deveres entre os cônjuges, e a posição de inferioridade da mulher, antes sujeita à dominação masculina. Nesse novo ambiente, de renovada autenticidade e respeito ao próximo, os filhos encontram hoje o lugar adequado para conquistarem uma boa formação intelectual e moral, e desenvolverem sua personalidade de forma saudável para atingirem a felicidade. A família passa a gerar, assim, as condições necessárias para uma estruturação mais igualitária e mais justa, capaz de proporcionar o respeito incondicional à dignidade e o bem-estar de seus membros.<sup>643</sup>

---

<sup>640</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da Paternidade e seus Efeitos.**, p. 261-268.

<sup>641</sup> Recomenda-se a leitura de: LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do Outro Homem.** Traduzido por Pergertino S. Pivatto (Coord.), Anísio Meinerz, Jussemar da Silva, Luiz Pedro Wagner, Magali Mendes de Menezes e Marcelo Luiz Pelizzoli. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

<sup>642</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., p. 28.

<sup>643</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais. In: DIAS, Maria Berenice. PINHEIRO, Jorge Duarte. **Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira.**, p. 318. Nas palavras da autora: “Em tempos de conhecimento do que é o indivíduo e de sua importância, a família deixou de ser considerada em bloco, matrimonializada, patrimonializada e sacralizada, passando a ser lugar de realização e bem-estar. Não mais temos a primazia da ideologia de que o

Como bem ponderou Sérgio Gischkow Pereira:

A relação autoritária destrói os vínculos de afeição, desde logo contaminando os filhos, com a vivência de situações mórbidas: através dela até subsiste, muitas vezes, a convivência, mas pela maneira artificial, forçada, inautêntica e doentia. A guerra familiar repete e fomenta as guerras entre os povos e coletividades. Quem não respeita o próximo na relação familiar atuará da mesma forma na relação social em geral.<sup>644</sup>

O novo modelo familiar, portanto, procurando corrigir as injustiças do passado, apresenta-se como o “núcleo fecundo para o desenvolvimento dos aspectos mais positivos do ser humano, como a solidariedade, a ajuda recíproca, a troca enriquecedora e os laços afetivos. Um verdadeiro LAR: um Lugar de Afeto e Respeito”<sup>645</sup>, como assevera Cristiano Chaves de Farias.

Essa nova família, em que dominam as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, foi recepcionada pela Constituição de 1988, em seus artigos 226 a 230, que, ao conferir-lhe especial garantia e proteção do Estado, disciplinou incontáveis relações familiares já instituídas e preestabelecidas como fatos da vida social do país.

A Nova Carta, conforme já se afirmou, trouxe a dignidade da pessoa humana como princípio cardeal do ordenamento jurídico, garantidor de direitos individuais e sociais.

O conceito filosófico de dignidade não é novo, tendo suas raízes na Antiguidade Clássica. Entretanto, naqueles tempos, nem todos os homens tinham acesso a seus direitos fundamentais, pois muitos seres humanos não eram considerados pessoas. Assim era o caso dos escravos, que eram vistos como seres sem alma, sendo tratados como objetos, sem que tivessem seus direitos básicos de seres humanos reconhecidos, o que acontecia mesmo nos tempos da democracia grega, que até hoje serve de exemplo e de base para várias teorias das ciências políticas e jurídicas.<sup>646</sup>

Mais tarde, na época dos descobrimentos do século XIV, o tema tornou-se

---

indivíduo deve se sacrificar pela família – o que atendia a interesses do Estado que, na verdade, lhe eram estranhos. Num movimento inverso, atualmente vê-se a família como estrutura que deve atender às necessidades dos indivíduos em suas diversas faixas etárias. E, em sintonia com estas modificações, está a consideração dos Direitos de Personalidade e, sobretudo, do Direito à Integridade Física e Psíquica de todos os seus membros.”

<sup>644</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit., p. 27.

<sup>645</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 14.

<sup>646</sup> CANEZIN, Claudete Carvalho. A Dignidade da Pessoa Humana no Âmbito Familiar. In: **Revista IOB de Direito de Família**, p. 96.

centro de debates entre teólogos e juristas, tornando-se famosos os “escritos de Frei Bartolomeu de Las Casas, tentando provar que o almeríndio possuía alma e fazia jus aos direitos reservados à pessoa humana.”<sup>647</sup>

Na seqüência da discussão a respeito dos indígenas, no início da modernidade, quando o valor do tráfico negreiro parecia sobrepor-se aos valores existenciais e morais, passou-se a questionar se os negros africanos tinham alma. Nessa época, o Padre Antônio Vieira chegou a afirmar que “para o africano a escravidão foi um benefício, pois foi na condição de escravo que o negro teve acesso à salvação pela conversão à fé católica.”<sup>648</sup>

Contudo, foi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. A doutrina cristã proporcionou que aos poucos se expandisse o entendimento sobre os direitos humanos no mundo ocidental, passando o homem a ser considerado como portador de um valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, merecedor de direitos fundamentais e de dignidade, por ser feito à imagem e semelhança de Deus.

Considera-se, na atualidade, que “o homem é um fim em si mesmo, que vale pelo que é e não pelo que representa. E, por isso, tem um valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso tem dignidade, é pessoa.”<sup>649</sup>

A família contemporânea, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais, e exercendo função protetora dos interesses dos incapazes, constituída sobre sólidos vínculos de afeição e de solidariedade, aparece como o primeiro lugar de preservação da dignidade pessoal de seus membros na sociedade.<sup>650</sup>

Desta forma, os filhos, que antes eram discriminados, dependendo de sua origem matrimonial ou extramatrimonial, e submissos à autoridade paterna, sem condições de contestação, tornaram-se o centro das atenções da família e da

---

<sup>647</sup> CANEZIN, C. C. Idem, p. 96.

<sup>648</sup> CANEZIN, C. C. Idem, p. 97.

<sup>649</sup> CANEZIN, C. C. Idem, p. 98.

<sup>650</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Op. cit., p. 319/320. “Na esteira de uma maior consideração, dos indivíduos e de sua subjetividade, estes ganharam lugar diferenciado numa família não mais considerada em bloco – em que imperava a ideologia judaico-cristã do sacrifício de um em benefício dos demais, tomando seu lugar o conceito de família eudemonista em que cada um deve ter garantida sua realização e seu bem-estar, seja a família constituída de que forma for. Este conceito, de família eudemonista, está em sintonia com a família como um sistema de relações – conscientes e inconscientes, e com a mudança de paradigma que se vive atualmente, em que se privilegia a complexidade inerente ao ser humano, a realização de seus mais diversos aspectos e a liberdade de escolha.”



sociedade contemporânea, passando a ser respeitados como pessoas, e a gozarem de especiais garantias por se tratarem de pessoas em desenvolvimento.

Do ponto de vista jurídico, sabe-se que a população infanto-juvenil nem sempre gozou da preocupação das autoridades públicas e da especial atenção determinada pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Até o final do século XIX, “as crianças eram consideradas como mero objeto, força de trabalho, da qual poderiam dispor seus pais ou responsáveis”.<sup>651</sup> Não se falava em direitos das crianças, mas apenas de suas obrigações. Nesse ambiente, também não se podia falar em dignidade dos menores (no sentido kantiano), pelo simples fato de se tratarem de pessoas humanas e, como tal, merecedoras de respeito.

Somente no início do século XX surgiram as primeiras preocupações com a garantia dos direitos elementares das crianças e com a busca de uma proteção jurídica apropriada, por se tratarem de pessoas sem maturidade física e mental, que mereceriam consideração especial e prioritária, de forma a sobrepor-se aos interesses econômicos.

A tendência em conceder-lhes tratamento especial decorreu da evolução do conceito de direitos humanos e do reconhecimento do princípio da igualdade<sup>652</sup>, do qual emerge a idéia de que “os desiguais devem ser desigualmente tratados para se tornarem iguais.”<sup>653</sup>

Estabelecendo tratamento prioritário ao menor, o ordenamento jurídico nacional reconheceu que a população infanto-juvenil hoje goza de todos os direitos inerentes à pessoa humana, além de especiais garantias por se tratarem de pessoas em desenvolvimento (artigo 227 da Constituição Federal, e artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente).<sup>654</sup>

---

<sup>651</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit., p. 167.

<sup>652</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. Op. Cit., p. 178-184. Os juristas enfatizam que a Constituição Federal de 1988, ao assegurar um Estado Democrático de Direito, vem possibilitando a concreção dos ideais do direito contemporâneo no país, permitindo a atuação dos direitos humanos, e mais recentemente, “de uma *nova igualdade*, de uma *nova liberdade* e de uma *nova fraternidade*.” (p. 178). A *nova igualdade* consistiria, em resumo, na “igualdade dos desiguais, quase uma equidade”, ou seja, em “identificar os grupos em que há uma ‘unidade diferencial’ coletiva e mantê-la sem suprimi-la, sem querer transformar a diferença em ‘igualdade’ ou ‘normalidade’.” Afirmam, com propriedade, tratar-se de “uma nova igualdade com ‘alma’ e com ‘calma’.” (p. 179)

<sup>653</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro.**, p. 285

<sup>654</sup>“Estatuto da Criança e do Adolescente:

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.”

Assim, ao contrário do que acontecia no passado, os filhos assumiram a condição de seres humanos dotados de dignidade, merecedores de respeito e de proteção especial, tornando-se o centro do “universo familiar” e principais destinatários da ordem jurídica. E o Estado, reconhecendo as tendências do mundo contemporâneo, assumiu um novo papel social, protetor do indivíduo e inibidor de abusos, elegendo o princípio da dignidade da pessoa humana como balizador da igualdade material entre todas as pessoas e garantidor dos direitos fundamentais, rumo à construção de uma sociedade mais justa, onde os valores existenciais devem sobrepor-se aos interesses patrimoniais.

### 3.3 O RECUO DO “LEGAL” E O PREDOMÍNIO DO “JUSTO”

A família tradicional do Código Civil de 1916 tinha as características do antigo modelo patriarcal, hierarquizado, baseado no matrimônio, que se reunia em torno do pai e chefe do núcleo familiar, que tinha o poder de decisão sobre o destino de seus membros, e de administração do patrimônio da família. Só através do casamento era possível constituir família, consistente em comunidade de sangue que conferia legitimidade aos filhos, e impossibilitava o reconhecimento de filhos extraconjugais, taxados de ilegítimos e excluídos do mundo jurídico e social. Assim, a verdade da filiação era ocultada, “em favor de valores morais e éticos desenhados pelo sistema vigente e em nome da ‘paz familiar’.”<sup>655</sup> O sistema jurídico protegia esses valores, em resposta a uma concepção patrimonialista do direito, tendente a obscurecer fatos sociais e as verdadeiras aspirações do grupo social. A rigidez do direito positivo institucionalizava a falsidade e a hipocrisia, em prejuízo das pessoas, que eram condenadas a preservar a todo o custo uniões familiares muitas vezes não desejadas, em favor da paz doméstica e da manutenção do patrimônio no seio da família nuclear. Era o predomínio do “legal” sobre o “justo”.

Mas os tempos mudaram, e o direito de família evoluiu para um estágio em que “as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade.”<sup>656</sup>

---

<sup>655</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Op. cit. p. 32.

<sup>656</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências Modernas do Direito de Família. In: **Revista dos Tribunais**, p. 19.

As alterações observadas na sociedade refletiram-se no direito de família. Apareceram novas formas de família que não mais se amoldam aos estreitos limites do direito civil tradicional do início do século passado, e os conceitos oriundos do Estado Liberal deram lugar a novos valores e parâmetros, exaltando aspectos existenciais da pessoa humana.

Diferentes grupos familiares passaram a constituir-se na informalidade, vinculando-se por exclusivos laços de afeto. Assistiu-se a uma “renovação saudável dos vínculos familiares, estruturados na afeição concreta e na comunicação não opressiva.”<sup>657</sup>, mais verdadeiros, abertos, desvinculados dos modelos impostos por normas opressoras que só atendiam aos interesses de uma elite ainda atrelada ao passado.

As relações sociais e familiares passaram a guiar-se por nova tábua axiológica, dando lugar a um novo direito civil e de família, contendo normas mais humanas e adequadas à realidade política e social, incluindo no ordenamento interesses de pessoas que antes eram excluídas do direito positivo. Foi um passo importante para corrigir as injustiças sociais.

A evolução legislativa foi lenta, sendo elaborada a partir de leis esparsas editadas ao longo do século XX, que se mostravam insuficientes para resolver todos os problemas da sociedade. A readequação do direito à nova realidade social só foi possível a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que lançou as bases do direito de família contemporâneo. A partir daí, aboliram-se as desigualdades entre os cônjuges e entre os filhos legítimos, ilegítimos e adotivos; elegeu-se o amor como valor capaz de dar origem e sustentação ao casamento; protegeram-se as uniões informais; facilitou-se o divórcio; e o pátrio poder (ou “poder familiar”) adquiriu novo conteúdo, passando o Estado a proteger de forma especial a família e os interesses superiores dos menores.

Mas a Constituição também apreendeu os valores de uma sociedade que se abria para a democracia e procurava corrigir os equívocos do passado. Abandonou valores ultrapassados e normas excludentes de direitos, e fixou as novas bases das relações familiares, fundadas no humanismo e no princípio da dignidade da pessoa humana. Os novos paradigmas deram renovado significado à filiação e ao parentesco, possibilitando a correção de injustiças sociais. Foram reformuladas

---

<sup>657</sup> PEREIRA, S. G. Idem., p. 19.

antigas estruturas familiares, e a família vinculada pelo afeto tornou possível a concreção de um deslocamento humanístico, aparecendo como o núcleo capaz de acolher e propiciar o melhor desenvolvimento de seus membros.

Esses mesmos valores foram passados ao Código Civil de 2002 que, assimilando os imperativos da socialização ligada ao progresso, veio com novo espírito vinculado a preceitos éticos e sociais. Havia a necessidade de superar “o apego a soluções estritamente jurídicas, ainda sob a influência das Escolas da Exegese e dos Pandectistas, que pretendiam tudo resolver mediante categorias do Direito.” Assim, o novo Código procurou atender às exigências da boa-fé e da justiça social, através de “um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização.”<sup>658</sup> O novo diploma veio com nova roupagem, compatível com os novos tempos, devendo ser estudado e interpretado por diferente critério hermenêutico, “a partir do conceito de pessoa, valor fonte de todos os valores.”<sup>659</sup>

A compreensão do novo critério é importante para diferenciá-lo da codificação anterior e do positivismo, da época em que o “legal” deveria predominar sobre o “justo”.

Mas os tempos são de mudança e, sendo o direito uma ciência social, deve acompanhar a evolução da sociedade. Como diz Sérgio Gischkow Pereira:

Os vetores da justiça, do amor, da igualdade, do respeito à dignidade humana, da liberdade e do atendimento das necessidades humanas a nível de possibilidade de desenvolvimento de todas as potencialidades do homem, são imprescindíveis a uma sociedade melhor e à mais perfeita organização familiar. Uma má sociedade apenas por exceção produz boas famílias, mas a recíproca é verdadeira. Se a família estiver estruturada e funcionalizada para transmitir aos seus componentes os valores superiores de convivência, um passo formidável terá sido dado no escopo de se constituir uma sociedade mais justa, fraterna e solidária.<sup>660</sup>

A nova ordem jurídica lançou as bases para o futuro, oferecendo à sociedade e aos operadores de direito suporte teórico suficiente para atribuir outro sentido às normas, na busca da realização da justiça. Cumpre agora aos juristas, magistrados, advogados, e outros lidadores do direito, a interpretação do ordenamento, de forma a ajustá-lo às necessidades sociais e aos ideais do povo brasileiro.

O momento é o do predomínio do “justo”, com o recuo razoável do “legal”.

---

<sup>658</sup> REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith. Miguel Reale. Op. cit. p. 46.

<sup>659</sup> REALE, M.. MARTINS-COSTA, J. Idem, p. 62.

<sup>660</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Op. cit. p. 36.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ocidente, a família viveu por longo período sob o modelo patriarcal, em que o pai se encontrava no centro do universo familiar.

Na Roma antiga, o *pater familias* tinha um poder ilimitado sobre os seus familiares, como se tivesse sobre eles um direito de propriedade, e não de proteção. O parentesco era determinado pela presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, criado para atribuir certeza à paternidade, que podia não corresponder à verdade biológica.

Na Idade Média, além de manter a posição de chefe da família, o pai passou a ser visto como “o senhor de seus filhos”, por influência do direito canônico. Nessa época, iniciaram-se as discriminações referentes aos filhos nascidos fora do matrimônio.

Esse modelo passou ao período moderno, com poucas alterações. Sob a influência do Código Napoleônico de 1804, outros Códigos modernos, entre eles o Código Civil Brasileiro de 1916, reafirmaram o exemplo clássico de família patriarcal, organizada em torno da autoridade masculina, no interesse de manter a ordem e a paz das famílias legítimas e de proteger seus patrimônios. Os filhos continuaram sofrendo todo tipo de discriminações e desigualdades, ficando desprovidos de direitos se nascidos de relações extramatrimoniais.

Aos poucos, o tratamento dispensado à família pelo Código Civil de 1916 foi sendo modificado pela edição de leis esparsas, que buscavam eliminar desigualdades e preconceitos no casamento e na filiação.

Mas foi a Constituição de 1988 que trouxe inovações significativas para o direito brasileiro, através de princípios definidores de garantias e de direitos fundamentais, com força normativa, que passaram a irradiar seus efeitos por todo o ordenamento.

Entre os princípios com reflexos na parentalidade, destacam-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da paternidade responsável, o princípio

do melhor interesse do menor e o princípio da igualdade da filiação.

A Constituição refletiu as transformações e os valores da sociedade contemporânea, na família e nos vínculos parentais, atribuindo maior relevância ao afeto e ao cuidado, como formas de proteger a infância, que se tornou o centro das atenções do Estado.

Estudos sociológicos e antropológicos anteriores já demonstravam as transformações ocorridas na família na passagem para o século XX, sendo as relações impostas por dominação e subordinação no grupo familiar substituídas pelo desejo de autenticidade, sinceridade e compreensão, e pelo respeito integral ao ser humano.

Os novos valores foram recepcionados, em nível infraconstitucional, especialmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabeleceu proteção integral e prioritária do ordenamento à população infanto-juvenil, abolindo por completo todas as antigas disparidades entre os filhos.

Aos poucos, o filho tornou-se o centro do universo familiar, e a proteção à infância elevou-se a prioridade nacional, seguindo a tendência contemporânea ocidental, de atribuir especial disciplina aos direitos elementares das crianças, como forma de concreção do princípio da igualdade de direitos entre todos os seres humanos.

No Código Civil de 2002, foram mantidos o critério da presunção da paternidade quanto aos filhos nascidos do casamento (agora, uma presunção relativa) e o critério biológico de estabelecimento dos vínculos paterno-filiais. Novas formas de presunção da paternidade resultantes de procriações artificiais foram introduzidas no art. 1597, incisos III, IV e V. E muitos juristas passaram a ver, no art. 1593, uma forma de fundamentar o critério socioafetivo para a definição da paternidade, privilegiando o afeto como elemento essencial no estabelecimento do verdadeiro e mais autêntico vínculo que une pais e filhos.

Entretanto, embora a doutrina e a jurisprudência já atribuam posição de destaque ao afeto como elemento constitutivo da filiação, priorizando valores existenciais e o melhor interesse do menor, a “posse de estado de filho” merece receber específica previsão e proteção legal, garantindo sua efetiva aplicação nos casos concretos que se apresentarem.

A pós-modernidade veio marcada por novos valores que foram

recepcionados pela ordem jurídica, em especial, pela Constituição de 1988, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo capaz de orientar todo o ordenamento, e atribuiu especiais garantias aos direitos fundamentais decorrentes da personalidade.

O direito ao estado de filiação e o direito ao conhecimento da origem genética passaram a ser garantidos e promovidos pelo Estado, constituindo direitos prioritários do filho, de interesse público e privado.

Na busca da concreção desses direitos, considerados essenciais, o exame de DNA – produto da evolução científica e tecnológica ocorrida a partir da segunda metade do século XX – tornou-se indispensável, por apresentar resultados seguros e confiáveis, tanto para a exclusão como para a afirmação da paternidade.

O novo exame pericial revolucionou o mundo jurídico, apresentando-se como a melhor das provas em demandas investigatórias de paternidade, embora não mais se duvide que os laços afetivos e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue nem da lei.

A simplicidade e a rapidez na entrega dos resultados, aliados à segurança da técnica, passaram a contribuir para a descoberta da verdade sobre os vínculos biológicos apontados nos processos judiciais. Desta forma, a presunção e a indefinição foram substituídas pela descoberta da verdade biológica e pela estabilidade dos vínculos familiares.

Com o tempo, verificou-se forte tendência da doutrina e da jurisprudência pátrias em admitir a relativização da coisa julgada, quando confrontada com o direito fundamental do filho ao conhecimento de sua origem, em demandas investigatórias, por se tratar de direito personalíssimo e imprescritível, amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do menor e da paternidade responsável.

Apenas a recusa injustificada do suposto pai em submeter-se à prova pericial ainda constitui obstáculo ao esclarecimento da parentalidade genética.

Embora contornada a questão, pela jurisprudência, com a aplicação de regras processuais que estabelecem critérios de presunção da paternidade, tal solução não é suficiente para elucidar a verdadeira filiação biológica. Impõe-se urgente revisão e adequação de normas e de conceitos jurídicos aparentemente solidificados, pelo legislador nacional, no sentido de facilitar a realização da prova

pericial, especialmente nos casos que exigem coleta de sangue ou de qualquer outro material biológico.

É possível verificar-se um conflito entre direitos essenciais do filho e do suposto pai, em demandas investigatórias de paternidade. Tanto o direito à integral filiação como o direito à integridade física do suposto genitor constituem direitos fundamentais da personalidade garantidos pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Questiona-se qual o direito que deve prevalecer na contraposição dos direitos fundamentais das duas partes envolvidas, que possuem o mesmo grau de hierarquia.

Embora se reconheçam os direitos do pretense pai à liberdade, à intangibilidade do corpo humano, à intimidade e à vida privada, afirma-se que tais direitos devem ser exercidos dentro dos limites impostos pela boa-fé e pela função social da ordem jurídica. E, nessa linha de raciocínio, a recusa imotivada à realização da prova pericial afastaria o indivíduo dos interesses da coletividade, e constituiria verdadeiro abuso de direito.

Desta forma, tal conduta seria reprovável tanto por provocar ofensa imotivada a direito fundamental do investigante, como por apresentar-se contrária à função social do direito e aos novos valores da sociedade contemporânea. Portanto, não poderia o investigado invocar o princípio da dignidade da pessoa humana para satisfazer interesse meramente individual e egoístico, e assim proteger comportamento anti-social, contrário ao direito e à justiça.

De outro lado, tem o filho direito indisponível e irrenunciável, da maior relevância, ao estado de filiação e ao conhecimento de sua ancestralidade. Tal direito não admite restrições, por ser de interesse privado e também público, já que a situação jurídica de cada indivíduo interessa a ele próprio, ao grupo familiar e a toda a sociedade, constituindo a base da ordem política e social do Estado.

A recusa imotivada do investigado em submeter-se aos testes de DNA inviabilizaria para sempre o direito do filho, de conhecer suas raízes biológicas, culturais e sociais e, via de consequência, sua história de vida e de seus ascendentes. O direito ao conhecimento da própria historicidade não pode ser frustrado, no atual estágio do nosso ordenamento jurídico, que garante o melhor interesse do menor e os direitos humanos em geral.

No direito comparado, a tendência atual dos países preocupados com tal



problemática tem se direcionado no sentido de legislar a respeito dos princípios, através de leis que delimitam as condições e as modalidades de sua aplicação. As soluções para o impasse referente à recusa imotivada ao exame médico variam de acordo com a legislação de cada país, podendo o magistrado ameaçar a parte recalcitrante de multa, de sanção penal por insubmissão, ou até mesmo de constrangimento físico ao exame, em alguns casos. Ademais, aquele que se recusa sem motivo legítimo a submeter-se ao exame pericial responde, em certos casos, pelo dano que causa à parte encarregada da prova. Em outros casos, todavia, a recusa só permite ao juiz extrair conclusões de convicção no plano de apreciação das provas, ou decidir contra a parte recalcitrante, por se operar a confissão ficta.

O atual momento é propício a se reverem princípios e fundamentos até hoje tidos por absolutos e inquestionáveis, e não se encontra justificativa para privar o Judiciário de uma prova de qualidade indiscutível, quando ela é disponível, rápida e eficiente. Nesse sentido, verifica-se que as legislações atuais não vacilaram em favorecer a pesquisa da verdade biológica que o exame de DNA só tende a reforçar.

Mas os novos tempos também revelaram que o critério biológico não é o único suficiente para estabelecer os vínculos parentais. A biomedicina e as novas técnicas de concepção e de reprodução humanas confirmam essa afirmativa. O verdadeiro elemento definidor da paternidade, que merece a tutela jurídica, é a relação socioafetiva entre pais e filhos, formadora de vínculos de afeto que se constroem na convivência diária, a partir da vontade desinteressada dos pais de assumirem a criança.

Certamente, a ciência sozinha não responde a todas as questões de escolha de valores, de interesses e de conveniências considerados pelas sociedades no estabelecimento dos vínculos de parentesco. Todavia, também não se pode olvidar que os laços afetivos são frágeis e se rompem com facilidade, permanecendo a verdade objetiva como o único elemento certo e fundamental da parentalidade, constituindo o elemento inicial para a formação de vínculos de afeto em muitos casos.

Assim, o novo milênio inicia com novos valores mais verdadeiros, privilegiando direitos humanos e existenciais na busca por uma sociedade mais justa e solidária, que não admite o exercício abusivo de direitos, contrariando interesses sociais. Diante desse quadro, não mais se admitem obstáculos que inviabilizem os

legítimos interesses do infante e da sociedade. Os direitos ao estado de filiação e à revelação da origem biológica constituem direitos fundamentais da pessoa humana, necessários à garantia de sua dignidade. E, se a ciência não é capaz de trazer respostas a questões de escolhas afetivas e de acabar com os dilemas próprios da condição humana, ao menos ela permite decifrar o enigma da verdade genética, necessário à concreção de direito da personalidade do filho, e permite que a humanidade não mais se refugie na falsa moral e na ignorância.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático*. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 17, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Trad. Zilda Hutchincon Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. Alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

ALMEIDA, Maria Christina de. Prova do DNA: uma evidência absoluta? In: **Revista Brasileira de Direito de Família** nº 2. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., jul.-ago.-set., 1999.

\_\_\_\_\_. **Investigação de Paternidade e DNA**: Aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Direito de Família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. In:

**Revista Forense.** V. 326. out.-nov.-dez.,1994.

ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. In: **Revista Jurídica.** Nº 301. Porto Alegre: Notadez, 2002.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no Novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARBOSA, Rui. **Oração dos Moços.** 5 ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BEBER, Jorge Luís Costa. Ação Negatória de Paternidade Aforada por Pai Registral ou Reconhecido Judicialmente. In: **AJURIS – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.** Nº 73. Porto Alegre: Revista de Jurisprudência e outros impressos do Tribunal de Justiça, 1998.

BÉNABENT, Alain. **Droit civil – la famille.** 4 ème ed. Paris: Litec, 1991.

BIRLEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos.** Trad. Dankwort Bemsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.). **Direito de Família e a Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. Reconhecimento de filhos havidos fora do casamento. In: **Repertório IOB de Jurisprudência nº 10.** São Paulo, mai./1993.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos da Personalidade.** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito de família.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense

Universitária, 2006.

BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, Paternidade e Filiação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOEIRA, Alfredo Gilberto. O perfil do DNA como prova judicial – uma revisão crítica. In: **Revista dos Tribunais**. v. 714. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., abr./1995.

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

BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BOUVIER, Françoise. A la recherche de la paternité. In: **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris: Sirey, 1990.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito n. 27**. Curitiba, 1992/1993.

\_\_\_\_\_. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In: **Estudos Jurídicos nº 83**. V. 31. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, set.-dez.,1998.

\_\_\_\_\_. Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. In: **Revista da AJURIS nº 78**. Porto Alegre, jun. 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental.** Contribuição para o debate no Direito brasileiro. [http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=116](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=116), acessado em 26/12/2006, às 22h30min.

CAHALI, Yussef Said. A situação jurídica do filho nascido fora do matrimônio. In: **Repertório IOB de Jurisprudência nº 24.** São Paulo, dez./1992.

CALLIOLI, Eugenio Carlos. Aspectos da Fecundação Artificial *in vitro*. In: **Revista de Direito Civil.** Nº 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./1998.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. 8 Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTALI, Fernanda Borguetti. **Direitos da Personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2009.

CARBONNIER, Jean. **Droit Civil, Tome 2. La Famille.** Paris: PUF, 1991.

CARNEIRO, Nelson. Os aspectos jurídicos da inseminação artificial e a disciplina jurídica dos bancos de esperma. In: **Revista de Informação Legislativa.** out.-dez.,1987.

CARVALHO, Orlando. **A Teoria Geral da Relação Jurídica:** seus sentidos e limites. 2 ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito.** 4 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. QUEIROZ, Juliane Fernanda. (Coord.)

**Biotecnologia e suas implicações ética-jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia.** 14 ed. 1º Impressão. São Paulo: Editora Afiliada, 2010.

CHINELATO e ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. **Direitos da Personalidade do nascituro.** In: **Direito da Personalidade e Responsabilidade Civil. Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo**, nº 38, dez./1992.

\_\_\_\_\_. **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** v 1. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1969.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade responsável: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar.** Curitiba: Juruá, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORNU, Gérard. **Droit Civil – La famille.** Paris: Editions Montchrestien, 1994.

COURBE, Patrick. **Droit de la famille.** Paris: Armanel, 1998.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos Del Derechos Procesal Civil.** 14 Reimpresão. Buenos Aires: Depalma, 1987.

CREMASCO, Suzana Santi. Notas sobre a flexibilização da coisa julgada nas ações

de paternidade. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Nº 19. Porto Alegre: Magister, dez. 2010/jan. 2011.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DEFENTI, Fabiano. BARRAL, Weber. (Org.) **Introduction to Brazilian Law International**. BV. The Netherlands, 2011.

DELGADO, Mário. **O novo Código Civil e a inseminação artificial** [http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=72](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=72), acessado em 26/12/2006, às 23h.

DIAFÉRIA, Adriana. **Patente de genes humanos e a tutela dos interesses difusos**: o direito ao progresso econômico, científico e tecnológico. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Investigação de Paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. In: **Revista Brasileira de Direito da Família**. Nº 1. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, abr/jun. 1999.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista da Ajuris nº 83**.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do Processo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. Problemas éticos e jurídicos das pesquisas



biotecnológicas. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, jul.-ago.-set.,1993.

DREIFUS-NETTER, Frédérique. La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers. In: **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris: Sirey, 1996.

DUARTE, Inúbia. **Relações Parentais e a Reprodução Assistida Hetróloga, à Luz da Psicanálise**.  
[http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=87](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=87), acessado em 26/12/2006, às 22h30min.

DUBY, Georges. PERROT, Michelle. **Histórias das mulheres no Ocidente: O Século XX**. Tradução Portuguesa de Maria Helena da Cruz Coelho, Irene Maria Vaquinhas, Leontina Ventura e Guilhermina Mota. Título original: Storia delle Donne. v. 5. Porto: Edições Afrontamento Ltda., 1991.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da iguadade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

\_\_\_\_\_. Impugnação da Paternidade: Crise e Superação do Sistema Clássico. In: **Revista de Informação Legislativa nº 117**. Brasília, jan.-mar./1993.

\_\_\_\_\_. (Coord.) **Averiguação e Investigação da Paternidade Extrapatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Genesis, 1995.

\_\_\_\_\_. **Da paternidade – relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família:** elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria Crítica do Direito Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Um alento ao futuro:** novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. v. 2. Nº 1. Salvador: Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Escritos de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 1ª ed., 11ª impressão. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S.A., 1975.

FONSECA, Cláudia. **O impacto do teste de DNA sobre noções de família e filiação no Brasil contemporâneo.**  
[http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=88](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=88), acessado em 26/12/2006, às 23h.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 1975.

\_\_\_\_\_. **Direitos da Personalidade:** coordenadas fundamentais. Revista do Advogado 38. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, dez,1992.

FREITAS. Natália e Silva de Almendra. Da relativização da coisa julgada metirial nas

ações investigatórias de paternidade. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões nº 11**. Porto Alegre: Magister, ago/set 2009.

FURKEL, Françoise. **A Reprodução Assistida Heteróloga sob a Ótica do Novo Código Civil**. [http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=85](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=85), acessado em 26/12/2006, às 22h50min.

GAMA, Guilherme Nogueira da. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIDI, Antonia. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GHIHO, Pierre. **Droit Civil, 3 – La famille**. 4 ème ed. Lyon: L'Hermès, 1993.

GIORDANO, João Batista Arruda. Reflexões sobre o Direito de Família no Novo Código Civil. In: **Revista da AJURIS nº 87**, Tomo I, 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A Paternidade Fragmentada: Família, Sucessões e Bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GOMES, Orlando. Direito de Personalidade. In: **Revista Forense**. V. 216. Rio de Janeiro, out.-nov.-dez./1966.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. (Org.) **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRACIANO, Lílian Lúcia. **Reprodução humana assistida: determinação da paternidade e o anonimato do doador**. [http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=68](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=68), acessado em 26/12/2006, às 23h.

HAUSER, Jean, et HUET-WEILLER, Danièle. **Traité de Droit Civil, la famille – fondation et vie de la famille.** Paris: L.G.D.J., 1989.

HENNAU-HUBLET, Christiane. KNOPPERS, Bartha Maria. **L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme.** Bruxelles: Bruylant, 1997.

IACOMINI, Vanessa. **Biodireito e o combate à biopirataria.** Curitiba: Juruá Editora, 2009.

JACOB, François. **La logique Du vivant: une histoire d'héréditarité.** Paris: Éditions Gallimard, 1970.

JAYME, Erik. Identité Culturelle et Integration: le Droit International Prive Postmoderne. In: **Academie de Droit International de la Haye. Recueil des Cours.** The Hague/Boston London: Martinus Hjhott Publishers, 1996.

JOSSERAND, Louis. **L'esprit des droits: et de leur relativité.** 2 ème. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 1995.

JUGLART, Michel de, et PIEDELIEVRE, Alain. **Cours de Droit Civil – Introduction, Personnes, Famille.** Tome I, Premier volume. 14 ème ed. Paris: Montchrestien, 1994.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão prática.** Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1971.

LABRUSSE-RIOU, Catherine. **Droit de la famille, 1 – les personnes**. Paris: Masson – Droit Sciences Economiques, 1994.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**. Vol. I. Curitiba: Juruá Editora, 1991.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997/2003.

\_\_\_\_\_. **Repertório de doutrina sobre Direito de Família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Revista Brasileira de Direito de Família nº 1**. Porto Alegre: Editora Síntese, abr-mai-jun 1999.

\_\_\_\_\_. **Grandes Temas da Atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família nº 19.

Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2003.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Comentado**. Vol. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

LEITE, George Salomão. (Coord.) **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O exame de DNA e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Nº 1. Porto Alegre: Editora Síntese, abr-mai-jun 1999.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Comentado**. v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

LLOVERAS, Nora. SALOMÓN, Marcelo. La filiación 'presuntiva' y la filiación 'verdadera': la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas. In: **Lexis Nexis, Bs. As., Revista de Derecho de Família**. Argentina, diciembre/2006.

LOQUIN, E. Le père en droit positif français. In: TRICOT, Monique. FRITZ, Marie-Thérèse. **Du père à la paternité**. Paris: L'Harmattan, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Nuevas fronteras del abuso de derecho (Situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo). In: **Revista dos Tribunais**, 1996.

LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida**: aspectos éticos e jurídicos. 5ª triagem, Curitiba: Juruá Editora, 2007.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MALHEIROS, Fernando. Investigação de paternidade: temas polêmicos. In: **Revista da AJURIS nº 72**. Porto Alegre: AJURIS, mar./1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material? In: **Revista dos Tribunais. Nº 830**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. CACHAPUZ, Maria Cláudia. VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno ? In: **Revista dos Tribunais**, jun.,1999.

\_\_\_\_\_. ARAÚJO, Nadia. (Org.) **O novo Direito Internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. (Coord.) **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Antonio Carvalho. **Bioética e diagnóstico pré-natal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas de Bastos, 1941.

MARTINS-COSTA, Judith.(Org.) **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito**. <[http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=55](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=55)> acessado em 26/12/2006, às 22h15min.

MATOS, Ana Carla Hamatiuk. GINACLETO, Fábio Gil. Coisa Julgada “Relativa” na Ação de Investigação de Paternidade. In: **Revista Forense**. v. 397. Rio de Janeiro: Forense, maio 2008.

MATTOS FILHO, J. Lélío P. de. O impacto da Introdução do Exame do DNA no Conjunto de Provas na Investigação de Paternidade. In: **Repertório IOB de Jurisprudência nº 12**. São Paulo, jun./1992.

MAULERIE, Ph et AYNÈS, L. **Droit Civil – La Famille**. 2 ème ed. Paris: Editions Cujas, 1989.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. A Prova Biológica do Vínculo Paterno-filial e a Flexibilização da Coisa Julgada. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Nº 42. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, jun./jul., 2007.

MEULDERS–KLEIN, Marie – Thérèse. **La Persone, la Famille et le Droit**. Bruxelles: Bruylant. Paris: LGDJ,1998.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Jorge. (Org.) **Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.



MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. V. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. V. 9. 4 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1980.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial, Direito de Família, Direito Parental, Direito Protectivo**. Tomo IX. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1999.

MODERNE, Frank. La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976**. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil – Constitucional. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade, PUC nº 1**. Rio de Janeiro, 1991.

\_\_\_\_\_. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: **Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente**. V. 7. Curitiba, jul./set., 1999.

\_\_\_\_\_. Recusa do Réu em Submeter-se ao Exame de DNA na Investigação de Paternidade. Conseqüências da Recusa.” In: **Revista do Ministério Público**. nº 10. Rio de Janeiro, jul.-dez.,1999.

\_\_\_\_\_. (Org.) **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Na medida da pessoal humana: estudos de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. In: **Gênesis**. v. 34. Curitiba: out-dez/2004.

MOURA, Mário Aguiar. **Tratado prático da filiação**. Rio de Janeiro: Aide, 1980.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do Direito Brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de Família e do Menor**. 3 ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1993.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

NASCIMENTO, Carlos Valder do.(Coord.) **Coisa Julgada Inconstitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Revista de Direito Privado nº 18**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Investigação de paternidade procedente – coisa julgada material – prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade – exame de DNA negativo. Qual prevalece? In: **Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Nº 85**. Porto Alegre: Revista de Jurisprudência e outros impressos do Tribunal de Justiça, mar./2002

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Alúcio Pires de. Filiação consangüínea: da diferença à igualdade e suas conseqüências no Código Civil Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito nº 27**, 1992/93.

OLIVEIRA, Guilherme de. O estabelecimento da filiação – mudanças recentes e perspectivas. In: **Temas de Direito de Família**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

OLIVEIRA, Simone Born de. **Da Bioética ao Direito**: Manipulação Genética & Dignidade Humana. 1 ed. 2 Tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Faces do Multiculturalismo**: Teoria, Política, Direito. Santo Ângelo: Ediuri, 2007.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade Civil na Reprodução Assistida**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

PAVIA, Marie-Luce; REVETT, Thierry (Dir.), **La dignité de la personne humaine**. Paris: Economica, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

\_\_\_\_\_. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997/2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família Contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. (Coord.) **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. (Coord.) **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direitos de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Pai, por que me abandonaste?** [http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=137](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=137), acessado em 26/12/2006, às 23h10min.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências Modernas do Direito de Família. In: **Revista dos Tribunais.** V. 628. fev./1988.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família:** aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Ética da Convivência Familiar.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2 ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar,

2002.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

PINTO, F. Brandão Ferreira. **Filiação natural**. Coimbra: Almedina, 1983.

PORTO, Sergio Gilberto. Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada. In: **Revista Jurídica**. Nº 304, fev./2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ. **Tendências constitucionais no Direito de Família**: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil**: o conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RASKIN, Salmo. **Manual Prático do DNA para Investigação da Paternidade**. Curitiba: Juruá, 1999.

\_\_\_\_\_. **Investigação de Paternidade**: Manual Prático do DNA. 1 ed. 7 Tiragem. Curitiba: Juruá, 2009.

RAYMOND, Guy. Volonté individuelle et filiation par le sang. In: BOUVIER, Françoise. A la recherche de la paternité. In: **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris: Sirey, 1982.

REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **História do Novo Código Civil**. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. Fecundação Artificial. In: **Revista da AJURIS**. nº 52. Porto Alegre, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

ROMANI, Carlos Gilberto Menezello. Considerações sobre a indisponibilidade da mãe em não apontar o suposto pai no registro de nascimento – Lei nº 8560/92. In: **Justitia**. V. 170. São Paulo: Procuradoria-Geral da Justiça, 1995.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do Direito**. Lisboa: Livraria Petrony, 1973.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NEVES, Bruno. Torquato de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A inseminação artificial heteróloga na união estável**. <[http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=55](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=55)> acessado em 26/12/2006, às 22h.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 3. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

SANTOS, Silas Silva. NEGRÃO, Sonia Regina. GUIMARÃES, Angélica Bezerra Manzano. **Paternidade x Paternidade socioafetiva**. [www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=132](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=132), acessado em 26/12/2006, às 22h20min.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. (Org.) **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. v. 1. T. II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SAVIN, Gláucia. Críticas aos conceitos de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial. In: **Revista dos Tribunais**. V. 659. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., set/1990.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**. v. 212. Abr/jun 1998.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Os Direitos Humanos do Embrião: Análise Bioética das Técnicas de Procriação Assistida. In: **Revista dos Tribunais**. V. 768. outubro, 1999.

SILVA, Sandra Maria da. **Direito de filiação**: o valor do exame de DNA. Belo Horizonte: Decálogo Livraria e Editora, 2007.

SILVA FILHO, Artur Marques da. HLA e DNA: Novas técnicas de determinação do vínculo genético. In: **Revista dos Tribunais**. V. 655. maio/1990.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 6 ed. Curitiba:

Juruá, 1998.

SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de. (Org.). **Direito de Família: diversidade e multidisciplinariedade**. Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de Personalidade e sua Tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial nº 65**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul-set/1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil – constitucional. In: **Temas de Direito Civil I**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de Família e do Menor**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 3. Porto Alegre: Síntese, out.-nov.-dez., 1999

TRICOT, Monique. FRITZ, Marie Thérèse. **Du père à La paternité**. L'Harmattan, 1996.



VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **Procriações Artificiais: Técnicas e Ética X Paradigma do Mercado Capitalista.** [http://www.direitodafamilia.net/listaartigo\\_Detalhado.asp?idartigo=157](http://www.direitodafamilia.net/listaartigo_Detalhado.asp?idartigo=157), acessado em 26/12/2006, às 23h15min.

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

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação:** entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VERCELLONE, Paolo. As Novas Famílias. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados.** V. 77. São Paulo: Editora Jurid Vellenich Ltda., jun./1990.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional de filiação: verdade e superstições. In: **Revista Brasileira de Direito de Família nº 2.** Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., 1999.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família. 2 ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1970.

\_\_\_\_\_. O interesse social no direito privado. In: **Revista da AJURIS nº 101.** Porto Alegre: AJURIS, mar.,2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Repertório de doutrina sobre Direito de Família:** aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada:** Hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. Investigação de Paternidade – obrigatoriedade do Exame Genético DNA. In: **Revista Jurídica nº 246**. Sapucaia do Sul: Notadez Informação Ltda., abr.,1998.

\_\_\_\_\_. Investigação de Paternidade – Possibilidade de Condução Coercitiva do Investigado para Fazer Exame Genético. In: **Revista Jurídica**. nº 261. Sapucaia do Sul: Notadez Informação Ltda., jul.,1999.

\_\_\_\_\_. Relativização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Condução Coercitiva do Investigado na Produção do Exame Genético em DNA. In: **Revista Brasileira de Direito de Família nº 12**. Porto Alegre: Editora Síntese, jan.-fev.-mar./2002

\_\_\_\_\_. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. MADALENO, Rolf Hansen. (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Coisa Julgada na Investigação de Paternidade**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010.