

**LOHAIDE CRISTINE SOUZA**

**SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE OBRIGAR O SUPOSTO PAI A SE SUBMETER  
AO EXAME DE DNA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

**CURITIBA**

**2006**

**LOHAIDE CRISTINE SOUZA**

**SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE OBRIGAR O SUPOSTO PAI A SE SUBMETER  
AO EXAME DE DNA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

**Monografia apresentada como requisito  
parcial à conclusão do Curso de Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas, da  
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano  
Junior**

**CURITIBA**

**2006**

Dedico este trabalho à minha tia-mãe, pelo carinho e amor dedicados e pelo apoio incondicional na escolha pelo curso de Direito.

## SUMARIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</b>
<b>2 DIREITO À FILIAÇÃO</b> .....	<b>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</b>
2.1 NOÇÕES HISTÓRICAS.....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
2.2 CONCEITO DE FILIAÇÃO.....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
2.3 ASPECTOS CIVIS.....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
2.4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS – DIREITO À FILIAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
2.5 DIREITO À FILIAÇÃO COMO DIREITO DE PERSONALIDADE....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
<b>3 RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL</b>	<b>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</b>
<b>RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO</b> .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
3.1 RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
3.2 AVERIGUAÇÃO OFICIOSA.....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
<b>4 RECONHECIMENTO INVOLUNTÁRIO DE FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE</b> .....	<b>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</b>
4.1 NATUREZA DA AÇÃO .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
4.2 LEGITIMIDADE.....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
4.3 IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
4.4 SEGREDO DE JUSTIÇA .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
4.5 PROVA .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
<b>5 SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE OBRIGAR O SUPOSTO PAI A SE SUBMETER AO EXAME DE DNA</b> .....	<b>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</b>
5.1 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
5.2 FUNDAMENTOS SOBRE A POSSIBILIDADE DE OBRIGAR O SUPOSTO PAI A SE SUBMETER AO EXAME DE DNA .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</b>

**RESUMO**

Versa o presente trabalho sobre a possibilidade de obrigar o suposto pai a se submeter ao exame de DNA na ação de investigação de paternidade. Tal entendimento é defendido pela prevalência do caráter público presente no direito ao conhecimento da ascendência genético, sobre o caráter privado do direito à intimidade. Ademais, deve-se atentar para o interesse maior do menor e a importância dos efeitos do reconhecimento na formação da personalidade da criança. Outrossim, o suposto pai que se nega à submissão ao exame de DNA, fere os princípios da igualdade entre homem e mulher, princípio da igualdade entre os filhos, da paternidade responsável, infringe ao poder familiar, escusa-se da busca pela verdade real e viola o direito de personalidade do filho.

**Palavras-chave:** investigação de paternidade, exame de DNA, direito à filiação plena.



## 1 INTRODUÇÃO

A importância do tema abordado neste trabalho se dá na medida em que os avanços proporcionados pela engenharia genética, não deixam pairar mais dúvidas acerca da determinação da paternidade.

Contudo, embora represente a possibilidade de certeza da paternidade jurídica, de modo a não deixar filho sem pai, conflitos ainda se apresentam, como por exemplo, a obrigatoriedade ou não da submissão do suposto pai ao exame de DNA.

Não obstante haja discussões jurídicas acerca do exame de DNA, o fato é que todo ser humano que vem ao mundo, tem o direito de ser reconhecido tanto pela mãe, quanto pelo pai.

Desta forma, partiremos da análise do direito à filiação. É incontroverso que com o nascimento toda pessoa possui o direito pleno de filiação por se tratar de um direito de personalidade e acima de tudo, um direito fundamental que visa a tutelar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, se o reconhecimento paterno não se dá de forma espontânea e voluntária, vale-se o Direito de meios para a proteção do direito à identidade pessoal que o filho possui.

Há as ditas vias administrativas, que são o reconhecimento voluntário e a averiguação oficiosa. Entretanto, se houver a negativa do pai no tocante ao reconhecimento da paternidade, há a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a solução do litígio que se mostra presente.

A ação de investigação de paternidade visa, primeiramente, a determinação da ascendência genética paterna, que por sua vez, acarreta efeitos de cunho extrapatrimonial e patrimonial.

Entretanto, para que seja determinada a paternidade biológica, o Direito utiliza-se dos avanços trazidos no campo da medicina genética, de sorte que com o advento do exame de DNA, tendo em vista seus altíssimos índices de probabilidade, pode-se afirmar que o exame é altamente eficaz, de modo que se pode considerar como verdade real o seu resultado.

No entanto, como fora mencionado, o emprego do exame de DNA encontra como grande obstáculo a possibilidade de recusa do suposto pai ao fornecimento do material necessário à realização do exame.

Ousamos afirmar que o Direito encontra-se aquém dos avanços científicos, de sorte que não há legislação que regule o exame de DNA. Desta forma, pais valem-se da ausência de norma legal para furtarem-se da realização do exame.

Nesse panorama é que direitos fundamentais do pai e do filho entram em colisão. De um lado, o direito à identidade e à filiação plena; de outro, o direito à intimidade e à vida privada. Considerando que ambos os princípios se encontram na mesma hierarquia normativa, não se pode falar em supressão de um direito em favor do outro. Sendo assim, a melhor solução é a aplicação do princípio da proporcionalidade segundo o método da ponderação.

Desta forma, no último capítulo desse trabalho, abordaremos a colisão dos direitos fundamentais envolvidos na compulsoriedade de realização do exame e a possibilidade, ao nosso ver, de obrigar o suposto pai a se submeter ao exame de DNA.



## 2 DIREITO À FILIAÇÃO

### 2.1 NOÇÕES HISTÓRICAS

O Código Civil de 1916, ao regular as relações familiares, colocou o casamento como pilar de todo o sistema. Do casamento nascia o que se denominava de família legítima, de sorte que as relações não oriundas do casamento estavam desprotegidas juridicamente.

Muito embora o legislador de 1916 tenha buscado impor a família como uma instituição inviolável, preservando de sobremaneira o casamento, o estabelecimento da paternidade sempre foi uma questão que o afligiu, visto que a maternidade era comprovada visualmente, enquanto que sobre a paternidade permeava uma natural incerteza.

Desta forma, a paternidade no Código Civil revogado era fundada no princípio *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*, originando o que o Professor Luiz Edson FACHIN denominou, com muita propriedade, de “paternidade jurídica”<sup>1</sup>, que por vezes estava completamente desvinculada da verdade biológica.

Porém, o que se observa é que por mais que se tentasse ignorar a verdade biológica, com os avanços trazidos pela ciência isso se tornou insustentável, de forma que se acabou por permitir o reconhecimento de filhos extramatrimoniais.

Este avanço se deu de forma lenta e gradual: a Lei n° 883, de 1949, permitiu o reconhecimento de filhos adulterinos, por qualquer dos cônjuges, desde que dissolvida a sociedade conjugal. Posteriormente, a Lei n° 6515, de 1977, também conhecida como Lei do Divórcio, possibilitou o reconhecimento ainda na constância do casamento, porém, desde que em testamento cerrado. Já a Lei n° 7250, de 1984, inovou ainda mais ao permitir o reconhecimento de filho extramatrimonial pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos.

Segundo Heloísa Helena BARBOZA das legislações há que se mencionar a importância da Lei do Divórcio que:

não só ampliou a possibilidade de reconhecimento de filhos adulterinos, permitindo-o ainda na vigência do casamento, mas principalmente, por ter dado o primeiro passo significativo em favor dos filhos incestuosos, ao estender, no caso de anulação, os

---

<sup>1</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

efeitos civis do casamento, ainda que contraído de má-fé por ambos os cônjuges, aos filhos comuns<sup>2</sup>.

A relevância da Lei do Divórcio no assunto se dá por assegurar a legitimação de filhos concebidos ou havidos antes do casamento, o que significa dizer que tanto os filhos legítimos como os legitimados com o casamento tinham assegurada sua filiação.

A Constituição Federal colocou fim a toda e qualquer distinção entre os filhos resultantes de relações extramatrimoniais, ou seja, os filhos deixaram de carregar rótulos em função de terem sido gerados na constância do casamento ou não.

Assevera Belmiro Pedro WELTER:

Nesse sentido, o art. 227, § 6º, da Carta Magna de 1988, ao referir que os filhos, havidos ou não da relação de casamento ou união estável, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias. Com isso, houve ruptura de paradigma, porquanto não há mais qualquer desigualdade, pelo menos formalmente, entre filhos corporais, extracorporais, biológicos e sociológicos, pois *todos são legítimos*, pelo que 'mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte, de modo o mais abrangente, no texto da nova Carta, E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao que incumbe a composição dos litígios, com olhos postos na realização da Justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade<sup>3</sup>.

Ao lado da dita "paternidade jurídica", com o avanço da ciência e técnicas de ascendência genética, a paternidade biológica ganhou força ao ponto de não mais se admitir que dúvidas permeassem a paternidade. Não havia mais espaço para presunções, vez que o estabelecimento da paternidade com o advento do exame de DNA, passou a ser certo, diferentemente do que ocorria quando se utilizava o sistema ABO, como veremos a seguir.

## 2.2 CONCEITO DE FILIAÇÃO

De Plácido e SILVA assim conceitua filiação:

<sup>2</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. **Novas relações de filiação e paternidade**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Repensando o Direito de Família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 136-137.

<sup>3</sup> WELTER, Belmiro Pedro. **Relativização do princípio da dignidade da pessoa humana na condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA**. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, jan-fev-mar/2000. p. 6.

Derivado do latim *filiação* (filiação) na terminologia jurídica é empregado para distinguir a relação de parentesco que se estabelece entre as pessoas que deram vida a um ente humano e este.

A filiação, pois, é fundada no fato da procriação, pela qual se evidencia o *estado de filho*, indicativo do *vínculo natural* ou *consangüíneo*, firmado entre o *gerado* e seus *progenitores*<sup>4</sup>.

Segundo José Lamartine CORRÊA Oliveira e Francisco José Ferreira MUNIZ, filiação é o “vínculo jurídico que liga uma pessoa a seus pais”.<sup>5</sup>

Neste diapasão, ensina Silvio de Salvo VENOSA:

A filiação é, destarte, um estado, o *status familiae*, tal como concebido pelo antigo direito. Todas as ações que visam o seu reconhecimento, modificação ou negação são, portanto, ações de estado. O termo *filiação* exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram<sup>6</sup>.

A análise da relação paterno-filial pode tanto se dar a partir da figura do filho, e então a denominação de filiação, como a partir do pai, daí paternidade.

No caso da abordagem a partir da paternidade, assevera Maria Christina de ALMEIDA que se faz necessária a análise de três aspectos acerca da relação paterno-filial:

Abordar o tema da paternidade ou da filiação no Direito de Família contemporâneo implica, necessariamente, focar três momentos que hoje se interligam na relação paterno filial: a *paternidade jurídica* ou *presumida* (dado legal – imposto pela ordem jurídica), a *paternidade científica, biológica* ou *genética* (dado revelado ou conquistado pela medicina genética) e a *paternidade socioafetiva* (dado cultural ou histórico, construído em conformidade à ordem axiológica de uma determinada época)<sup>7</sup>.

A legislação do início do século passado, baseada na sociedade fundada no casamento, procurava manter intacto tal instituto como já fora anteriormente exposto. Com isso, adotou-se um tratamento tradicional ao vínculo paterno-filial, de sorte que os filhos havidos dentro de uma relação de casamento eram protegidos pelo Direito e denominados filhos “legítimos”. De outro lado, os filhos resultantes de

<sup>4</sup> SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 358.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**, 4 ed. 3 tiragem. Curitiba: Juruá, 2003. p. 37.

<sup>6</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 266

<sup>7</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA**. PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord). Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*: Anais do III Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 449.

relações extramatrimoniais, eram denominados de “ilegítimos” e estavam totalmente desprotegidos pelo Direito, uma vez que se entendia que só deveria ter proteção a família legítima, ou seja, aquela fundada no casamento.

Com base na ligação existente entre pais e filhos, seja oriundo do casamento, seja fruto de relação extramatrimonial, estabeleceu-se no mundo jurídico uma série de presunções. Daí a denominação de paternidade presumida.

Destacamos, inicialmente, a presunção *pater is est*, relativa à filiação oriunda do casamento. Deste modo, é atribuída a paternidade ao marido da mãe, ou seja, estabelece-se vínculo de filiação entre a criança e o marido da mulher que a gerou<sup>8</sup>.

Cumprе mencionar que a presunção *pater is est* é adotada pelo Código Civil brasileiro vigente<sup>9</sup>.

No tocante à filiação extramatrimonial, o Direito vale-se da presunção *exceptio plurium concumbentium*. Isso significa dizer que no caso de a mãe não ter mantido relações sexuais somente com um homem, há a presunção em benefício do apontado pai de modo a excluí-lo da paternidade.

Do acima exposto, depreende-se que de acordo com as normas do Código Civil de 1916, a paternidade jurídica se sobrepunha à paternidade biológica, com o fim de se resguardar a dita família legítima, ou como bem observa Maria Christina de ALMEIDA, “a paternidade legalmente esculpida distancia-se da sua base ou origem biológica para atender interesses da própria família codificada, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica”.<sup>10</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988, abandonou-se a ligação intrínseca que havia entre casamento e filiação. Esta nova concepção ganhou mais força com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e com a Lei de Averiguação Oficiosa da Paternidade Extramatrimonial (Lei nº 8.560/92). Passou-se a reconhecer como família, não só a fundada no casamento, mas também a união estável, a família adotiva e a família onde só está presente um dos ascendentes.

---

<sup>8</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA**. PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord). Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*: Anais do III Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 450.

<sup>9</sup> Vide artigos 1.597 e 1.598 do Código Civil de 2002.

<sup>10</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA**. PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord). Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*: Anais do III Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 451-452.

Acerca das inovações no campo da filiação, trazidas pela Constituição de 1988, observa Maria Christina de ALMEIDA:

A Constituição Federal de 1988 foi, efetivamente, um divisor de águas no que concerne aos valores da família contemporânea brasileira. A iniciar pelo art. 1º, III, que traduz o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, somado ao art. 3º, I, do mesmo diploma legal, que consagra o princípio da solidariedade, parte-se rumo ao fenômeno da repersonalização das relações entre pais e filhos, deixando para trás o ranço da patrimonialização que sempre os ligou para dar espaço a uma nova ordem axiológica, a um novo sujeito de direito nas relações familiares e, até mesmo, a uma nova face da paternidade: o vínculo socioafetivo que une pais e filhos, independentemente de vínculos biológicos<sup>11</sup>.

Ainda sobre a transformação trazida pela Constituição de 1988, bem analisa o ilustre professor Luiz Edson FACHIN:

Operando rompimento com o que estava ancorado no Código, o novo Texto Constitucional transformou alguns dos princípios sob os quais o Código Civil fincou o seu sistema. O legislador constitucional assim procedeu ao reconhecer a união estável não-matrimonializada, ao lado do casamento, e ao alargar a concepção de família. Recolheu ao direito o mundo dos fatos. Adotando o estatuto unitário da filiação, dissociou o casamento da legitimidade dos filhos. A família pode ter origem matrimonial ou não<sup>12</sup>.

O primeiro aspecto dessa nova concepção de família trazida pela Carta Magna de 1988 é a tutela de todas as entidades familiares e não somente da família fundada no casamento como ocorria anteriormente. Do mesmo modo, proibiu-se qualquer distinção entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento, bem como em relação aos adotivos.

Outro aspecto se dá em decorrência do avanço científico trazido pela engenharia genética, qual seja, a descoberta do exame de DNA. Com ele, não há mais espaço para presunções acerca da filiação oriunda ou não de casamento.

A última inovação para a qual devemos nos atentar, diz respeito ao fato que não se pode mais conceber a filiação baseada em presunção, nem a filiação puramente biológica. Com as alterações havidas na sociedade e que refletiram nas

---

<sup>11</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA**. PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord). Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*: Anais do III Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 454.

<sup>12</sup> FACHIN, Luiz Edson. **A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 125-126.

normas legais, a relação paterno-filial deixou de ser apenas um ato de geração, passando a ser mais valorizado o laço afetivo<sup>13</sup>.

Contudo, a valorização da convivência e do laço afetivo não exclui a importância da paternidade biológica. A exemplo disso, as inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando o direito à ascendência como um direito personalíssimo, imprescritível e indisponível. Como veremos a seguir, além de ser um direito de personalidade, é também um direito fundamental.

### 2.3 ASPECTOS CIVIS

A filiação no Código Civil vigente é tratada no artigo 1596, que assim dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O referido artigo veio a repetir o previsto na Constituição Federal de 1988, que no art. 227, § 6º estabeleceu que os filhos devem ser tratados igualmente pela lei, tanto os havidos na constância de uma relação de casamento, como também os havidos fora, inclusive os adotivos, de tal sorte que todos possuem os mesmos direitos e qualificações.

Questão relevante que se põe em relação aos aspectos civis da filiação são os efeitos gerados pelo reconhecimento da paternidade.

Cumprе ressaltar que a existência do vínculo genético pura e simplesmente não gera efeitos, só então a partir do reconhecimento é que surgirão conseqüências jurídicas de ordem pessoal e patrimonial.<sup>14</sup>

Destacamos entre os efeitos de ordem pessoal: direito ao estado de filho, direito ao nome, vínculo de parentesco, direito de convivência, direito de visitas, poder-dever dos pais, guarda. E entre os efeitos de ordem econômica: direito a alimentos e direito sucessório.

---

<sup>13</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA**. PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord). Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*: Anais do III Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 455.

<sup>14</sup>CAROSI, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de ‘ser’ o pai e o direito de ‘ser’ o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p. 118.

Direito ao estado de filho consiste no direito de ser considerado filho de alguém, ou seja, em ter sua paternidade determinada.

Eliane CAROSI define o estado como sendo “o estatuto jurídico da pessoa, inerente a sua personalidade. Através desse fator, as pessoas são consideradas e individualizadas na sociedade, buscando atingir seus objetivos e exercer seus direitos individuais ou coletivos”.<sup>15</sup>

O *status* de filho é um direito personalíssimo, de tal sorte que possui as características inerentes a tais direitos, quais sejam, inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade. Tais características serão explicadas no decorrer deste trabalho.

Quanto ao direito ao nome, Caio Mário da Silva PEREIRA assim explica a natureza de tal efeito do reconhecimento de paternidade:

Um dos elementos constitutivos e integrantes da personalidade é o nome, elemento designativo da pessoa e fator de sua identificação na sociedade, intimamente ligado ao estado.

De modo geral é pelo nome que se individualiza a pessoa, pelo nome que, grosso modo, se verifica sua filiação pela procedência familiar<sup>16</sup>.

Em relação ao direito ao nome, há que se mencionar que também é um direito personalíssimo, direito este que indica a origem familiar do ser humano.

Prevê o Código Civil de 2002, em seu art. 16, o nome é compreendido de prenome e sobrenome.

Segundo Eliane CAROSI:

O nome é composto pelo prenome e pelo sobrenome, patronímico ou apelido de família, conforme dispõe o art. 16 do novo Código Civil. O prenome é o nome próprio de cada pessoa, individualmente. É colocado antes do sobrenome, podendo ser escolhido livremente. O apelido de família, sobrenome ou patronímico, carrega a identificação da família a qual pertence a pessoa. O prenome conjugado ao sobrenome forma a identidade pessoal de uma pessoa. Permite a identificação pessoal do indivíduo diante da família, amigos, parentes e sociedade. O prenome é imutável (Lei nº 6.015/73, art. 58)<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup>CAROSI, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de ‘ser’ o pai e o direito de ‘ser’ o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p. 119.

<sup>16</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 171.

<sup>17</sup>CAROSI, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de ‘ser’ o pai e o direito de ‘ser’ o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p.123.

Acerca da importância do nome como característica da personalidade humana, ensina Heloisa Helena BARBOZA:

O nome permite que os indivíduos se distingam um dos outros; não é o único sinal de identificação das pessoas, mas certamente o mais marcante. Ele é principalmente um elemento da personalidade. Nessa linha, parece não haver divergência em se reconhecer o direito ao nome como um direito da personalidade. A tutela do nome protege um interesse individual, mas também um interesse da sociedade; ter um nome é um direito essencial da pessoa, ao qual corresponde um dever<sup>18</sup>.

Ainda no tocante ao efeito denominado direito ao nome a Lei nº 8.560/92 estabelece no art. 5º que no registro de nascimento não poderá haver qualquer referência à natureza da filiação por ocasião do reconhecimento de paternidade, havido quer por averiguação oficiosa, quer por investigação de paternidade. Também não há que se fazer menção a sua ordem em relação a outros irmãos, exceto no caso de gêmeos, bem como quanto ao cartório do casamento e estado civil dos pais.

Em relação à proibição a qualquer referência à natureza da filiação, o texto da Lei da Averiguação e Investigação da Paternidade Extramatrimonial veio por repetir o texto constitucional, em seu art. 227 § 6º, decorrência direta do princípio da igualdade.

Quanto ao efeito denominado como vínculo de parentesco La Grasserie busca uma explicação psicológica acerca da solidariedade presente na filiação legítima e ausente na extramatrimonial:

Geralmente, argumenta, o casamento é precedido de uma certa aproximação das famílias, de sorte que, aprovado pelos pais de ambos os cônjuges, 'pode-se dizer que a família consentiu indiretamente, mas muito efetivamente, no nascimento do filho', e quando este vem ao mundo, as famílias de um e outro esposo o reconhecem como seu.

O mesmo não ocorre com a relação ao filho extraconjugal, para cujo nascimento não houve a provação direta ou indireta das famílias. Ao contrário, é ele um intruso, cujo nascimento, 'longe de consentir, a família reprova'. Mas como a filiação cria um vínculo biológico, indaga o brilhante advogado dos filhos ilegítimos se este laço de sangue não seria mais forte que o repúdio, e responde que não, 'porque ele não repousa senão numa presunção moral, contra a qual uma repudição pode prevalecer'<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. **Direito à identidade genética**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 199. p. 384.

<sup>19</sup> La Grasserie, La Recherche de la Paternité, pp. 114 e segs (citado por PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 182.



Como vislumbramos do trecho acima transcrito, o vínculo biológico não afasta a rejeição sofrida pelo filho extramatrimonial. Contudo, com a determinação deste vínculo e o conseqüente estabelecimento do parentesco, busca a efetiva aproximação entre o filho ilegítimo e os parentes paternos, como observa Eliane CAROSSI:

A origem da pessoa vai além do conhecimento da paternidade, alcançando toda ordem de parentesco consangüíneo. No momento em que fica definida a paternidade é possível verificar toda a ordem de parentesco, tendo conhecimento dos parentes, seja na linha resta, seja na linha colateral, permitindo não só o conhecimento da árvore genealógica como possibilitando, quem sabe, a aproximação e convivência com os avós paternos, tios, primos, sobrinhos, irmãos, situação que não seria possível sem o reconhecimento<sup>20</sup>.

Ao lado destas questões de cunho psicológico, mostram-se não menos importantes duas questões biológicas.

Uma delas é o fato de que se conhecendo o parentesco, evita-se casamento entre irmãos unilaterais, por exemplo, o que poderia vir a gerar filhos com problemas genéticos, haja vista serem filhos do mesmo pai.

Outra questão é quanto a doenças hereditárias. Ao se conhecer o parentesco, doenças hereditárias podem ser evitadas e em outros casos, quando a doença já se manifestou, o vínculo de parentesco pode representar a cura para tal doença, como por exemplo, em doenças cuja cura está associada ao transplante de órgãos. Se o transplante for feito entre parentes, diminui-se de maneira bastante expressiva a possibilidade de rejeição do órgão transplantado.

Outro efeito do reconhecimento é o direito de convivência. Tal direito encontra-se disciplinado no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta sorte, o direito de reconhecimento deriva do princípio constitucional da paternidade responsável.

Tem característica de poder-dever, aproximando-se mais do dever que os pais tem de conviverem com seus filhos. Sendo assim, a convivência pode ser voluntária ou obrigatória, com fulcro em decisão judicial que a determine.

---

<sup>20</sup> CAROSSI, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de 'ser' o pai e o direito de 'ser' o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p.127.

Implícito ao direito de convivência, está o direito de visitas. Não há que se falar em visita se não houver convivência. Sendo assim, o direito de convivência por ser mais amplo, vez que não consiste só na visita pelo pai, mas também a convivência com os parentes do pai, engloba o direito de visitas.

Acerca do direito de visitas, ensina Eliane CAROSSI:

O direito de visitas do filho origina-se da comprovação do parentesco. É um direito do filho, independentemente de sua origem, seja ele fruto de um casamento, de uma união estável ou de uma família monoparental. Normalmente é exigido nos casos de uniões desfeitas, entre um homem e uma mulher, da qual resultou o nascimento de filho, seja através da separação, do divórcio, do rompimento de uma união estável, ou ainda, seja no caso de nunca ter havido união entre os pais, caso que deve haver o reconhecimento de paternidade<sup>21</sup>.

Cumprido ressaltar, no entanto, que nos casos em que o direito de visitas decorre de uma investigação de paternidade, justamente pelo fato de o filho não ter sido reconhecido espontaneamente por não ter sido desejado, o pai recusa-se a visitar o filho.

Considerando que ao direito do filho ser visitado corresponde o dever do pai de visitá-lo, não pode o pai renunciar a esse dever. Por outro lado, pode o filho renunciar ao direito de ser visitado pelo pai. Sendo assim, por mais que o pai não queira visitar seu filho, abdique desse direito judicialmente, ainda assiste ao filho o direito de ser visitado.

O efeito do reconhecimento denominado como poder-dever dos pais, até a Constituição de 1988 era conhecido como pátrio-poder. Porém, com o advento da Constituição e o tratamento igualitário entre homens e mulheres abandonou-se tal denominação vez que esta se referia como poder concernente ao pai.

A igualdade entre pai e mãe no exercício do poder-dever, está prevista constitucionalmente no art. 226, § 5º e art. 5º, inciso I. Deixou, desta forma, de ser um poder a ser exercido somente pelo pai.

O poder-dever dos pais está sujeito à extinção, cessação ou suspensão se não for devidamente exercido, conforme prevê os artigos 1.635, 1.637 e 1.638 do Código Civil vigente.

---

<sup>21</sup> CAROSSI, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de 'ser' o pai e o direito de 'ser' o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p.132.

Outrossim, o poder-dever dos pais em relação aos filhos independe de qualquer relação existente entre os genitores. Desta forma, mesmo o pai que reconhece seu filho por meio de investigação de paternidade, é detentor do poder-dever.

No caso de não haver relação entre os genitores, faz-se necessária a análise acerca da guarda dos filhos, disciplinada no art. 1634<sup>22</sup>.

Daí se extrai que a guarda consiste num direito-dever diretamente relacionado ao poder-dever parental.

É incontroverso que se os pais são casados ou vivem em união estável, a guarda dos filhos pertence a ambos os pais. Contudo, se os pais não convivem juntos, a guarda pode ser determinada a somente um deles, daí a denominação de guarda simples. Contudo, não é pacífica a sua aceitação pela doutrina brasileira.

Modernamente tem se admitido a guarda compartilhada ou também chamada de conjunta. No entanto, não é pacífica a sua aceitação pela doutrina brasileira.

A guarda conjunta é o exercício comum, da guarda do filho menor, após a ruptura da sociedade conjugal, por ambos os pais, que possuem os mesmos direitos e deveres, quer seja o de estarem presentes em todas as situações da vida dos filhos, nos bons e maus momentos, nas dificuldades e nas alegrias, na saúde e na doença, quer sejam em serem responsáveis pela educação, desenvolvimento físico e psicológico, bem-estar e felicidade do filho. Procura assim manter a relação familiar, em especial a relação pai-filho ou mãe-filho, quando acabou a relação conjugal ou a estabilidade da união de fato. O juiz é quem designará com qual dos pais permanecerá o filho na sua residência, que deverá ser fixa, para possibilitar estabilidade e segurança ao filho<sup>23</sup>.

Porém, se optar-se pela guarda simples esta será estabelecida a quem tiver melhores condições de criar o filho, ou seja, aquele que melhor atender aos interesses da criança.

Dentre os efeitos de ordem econômica, temos o direito a alimentos. Este direito refere-se ao dever que o pai tem de garantir o sustento de seu filho, suprindo-o de necessidades materiais imprescindíveis ao desenvolvimento físico e psíquico.

O direito de alimentos está previsto constitucionalmente nos artigos 227, *caput* e 229. No ordenamento infraconstitucional encontra previsão legal na Lei nº

---

<sup>22</sup> Art. 1634 – Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda.

<sup>23</sup> CAROSSO, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de ‘ser’ o pai e o direito de ‘ser’ o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p.140.

5.478/68, denominada como Lei de Alimentos, bem como no Código Civil artigos 1.556, inciso IV e 1.634, inciso I, e no Estatuto da Criança e no Adolescente no art. 22.

Com o reconhecimento voluntário, espontâneo ou judicial, nasce o dever de alimentos. Para tanto, independe da relação existente entre o pai e a mãe e entre o pai e o filho. Ademais, o dever de prestar alimentos não depende do estado civil do pai, seja ele casado, solteiro, viúvo, separado, divorciado, convivente com outra mulher que não a mãe da criança, ou seja, qualquer que seja o estado civil do pai, os alimentos são devidos.

Em consonância com o princípio da igualdade entre homem e mulher, se ambos os pais dispuserem de recursos, a responsabilidade da obrigação alimentar incumbe aos dois.

Outra decorrência do princípio de igualdade se dá em relação aos filhos. O filho reconhecido através de averiguação oficiosa ou investigação de paternidade deverá receber na mesma proporção dos outros filhos havidos em outra ou outras relações familiares, apoio material e moral de seu pai.

O Código Civil de 2002 repete o que previa o Código Civil de 1916 no tocante à possibilidade de prestação de alimentos por parentes que não os pais e filhos, se necessidade houver.

É o que estabelece o art. 1.696: “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Há que se mencionar que a obrigação de prestar alimentos nasce com o reconhecimento de paternidade. Não havendo o reconhecimento, espontâneo, voluntário ou judicial, não há a obrigação alimentar, vez que somente o vínculo biológico não faz nascer tal obrigação. Há a necessidade de restar provado o parentesco e a filiação. É o que dispõe o art. 2º da Lei nº 5.478/68:

Art. 2º - O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente e os recursos de que dispõe.

Muito embora seja assegurada a igualdade entre os filhos havidos dentro de relação matrimonial e os filhos extramatrimoniais, o Código Civil no art. 1.705 dispõe sobre os alimentos devidos a filho havido fora do casamento: “Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar o pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça”.

Como se depreende do art. 1.696, os alimentos são recíprocos entre pais e filhos. Desta forma, o pai também possui o direito de ver a paternidade declarada e, assim, tem direito a alimentos em caso de necessidade. É o que se depreende do art. 229 da Constituição Federal: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Daí se conclui que esse efeito do reconhecimento não gera direitos apenas para o filho, mas também para o pai que um dia poderá vir a usufruir o seu direito de pedir alimentos a seu filho.

Outro efeito de ordem econômica é o direito à sucessão. Sucessão significa, sucintamente, a transmissão dos bens de uma pessoa a seus herdeiros por ocasião de sua morte.

Prevê o Código Civil no art. 1.784: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

O art. 1.798 trata da vocação hereditária: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Diante disso, conclui-se que os filhos têm direito à herança dos pais e vice-versa.

Não poderá fazer qualquer distinção entre o filho reconhecido por meio de averiguação oficiosa ou investigação de paternidade e os possíveis filhos oriundos de relação de casamento. Todos receberão em igualdade de condições, vez que o vínculo de parentesco é o mesmo.

Sendo assim, o filho reconhecido é herdeiro legítimo como os demais. Ambos, juntamente com o cônjuge sobrevivente estão em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária.

Tal idéia decorre do princípio constitucional da igualdade que no art. 227, § 6º dispõe que os filhos havidos dentro ou fora de relação de casamento, possuem os

mesmos direitos e qualificações, proibindo-se, dessa forma, qualquer designação discriminatória.

Caso o filho havido fora do casamento não tenha sido reconhecido até o momento de falecimento de seu suposto pai, deverá ingressar com ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, contra os herdeiros de seu suposto genitor.

## 2.4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS – DIREITO À FILIAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Maria Christina de ALMEIDA, em seu texto “O Direito à Filiação à Luz da Dignidade Humana”, constante dos Anais do IV Congresso de Direito de Família, começa a reflexão acerca do fenômeno da filiação com um trecho de conto “O espelho” de Machado de Assis, abaixo transcrito:

Cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro; as duas completam o homem, que é, metafisicamente falando, uma laranja. Quem perde uma das metades, perde naturalmente metade da existência; e casos há, não raros, em que a perda da alma exterior implica a da existência inteira<sup>24</sup>.

Daí se extrai que o ser humano é formado por fatores genéticos transmitidos dos genitores para os seus descendentes, sendo assim, “cada ser humano tem uma identidade definida por si próprio, expressão de caráter único, indivisível e irrepetível”.<sup>25</sup> Desta forma, todo ser humano possui alguma característica que o diferencia dos demais, em função da carga genética que carrega oriunda de seus antepassados, em especial a dos progenitores.

A determinação tanto da maternidade como da paternidade, identifica o ser humano, seja individualmente – o ser humano com ele mesmo -, seja socialmente – o ser humano com os outros -, o que o torna um ser único.

---

<sup>24</sup> ASSIS, Machado de Assis (citado por ALMEIDA, Maria Christina de. **O direito à filiação à luz da dignidade humana**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 417.

<sup>25</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **O direito à filiação à luz da dignidade humana**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 418

De tal sorte, a não determinação ou a perda da progenitura acarreta o que Machado de Assis, no conto acima transcrito, denomina de perda da existência inteira.

Sendo assim, o desafio é buscar a progenitura integral, estabelecer-se tanto a maternidade como a paternidade. Porém, como já fora mencionado, a maternidade é de fácil determinação, até mesmo visualmente. Desta forma, nos ateremos à determinação da paternidade, o que faremos nos capítulos posteriores.

O direito do filho em ter sua paternidade conhecida, foi passando por mudanças de acordo com as transformações ocorridas na sociedade. Atualmente pode se dizer que inclusive de direito subjetivo privado passou a ter caráter público, haja vista o interesse de toda a sociedade em ver a paternidade reconhecida. Trataremos desse assunto no decorrer deste trabalho.

O Código Civil de 1916 previa em seu art. 358: “Os filhos incestuosos e adulterinos não podem ser reconhecidos”.

Gradualmente passou-se a conceber a possibilidade de reconhecimento do filho havido fora da relação de casamento, de tal sorte, que as legislações sofreram avanços. Naturalmente que esses avanços foram se dando de forma lenta, vez que a sociedade ainda entendia como base da família, o casamento.

Após inovações na órbita infraconstitucional, o texto da Magna Carta de 1988, consagrou o tratamento isonômico da filiação ao prever que “os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.<sup>26</sup>

Sendo assim, a expressão filiação ilegítima foi totalmente abandonada pelo sistema jurídico, como forma de se assegurar a dignidade dos filhos que anteriormente eram tratados com preconceito.

O que se vislumbra é que as legislações infraconstitucionais, é que a determinação da paternidade tinha “cunho eminentemente *funcional* e *instrumental*”.<sup>27</sup> Isso significa dizer que conhecer a origem paterna estava intimamente ligado a outros direitos, especialmente os de cunho patrimonial,

---

<sup>26</sup> Art. 227, § 6º da Constituição Federal de 1988.

<sup>27</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **O direito à filiação à luz da dignidade humana**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 421.

inerentes ao status de filhos, quais sejam, direito à herança, direito ao nome, direito a alimentos.

Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e posteriormente com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Averiguação e Investigação Oficiosa da Paternidade Extramatrimonial (Lei nº 8.560/92), esta concepção mudou.

Segundo Maria Christina de ALMEIDA, atualmente a determinação da paternidade adquiriu um caráter mais humanitário, sendo então tratado como direito fundamental, como se observa no trecho abaixo:

A nova vitalidade ao direito subjetivo em questão é a consagração do direito à revelação da ascendência genética paterna como direito fundamental, *mais humanitário e personalista, e menos funcional ou instrumental*, ainda, despatrimonializado, direito este que busca garantir à pessoa o estabelecimento da sua origem biológica como ponte para ascender ao *status* de filho e fundar sua ampla personalidade como pessoa humana, constituída de uma organização dinâmica a partir de características inatas que surgem no momento de sua concepção e que a acompanham por toda a vida<sup>28</sup>.

O tratamento do direito ao conhecimento da paternidade como direito fundamental, além de estar consagrado na Constituição Federal, também está previsto em duas legislações infraconstitucionais, quais sejam, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei da Averiguação e Investigação da Paternidade Extramatrimonial.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 27 prevê o direito ao reconhecimento do estado de filiação como sendo um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, características estas inerentes aos direitos fundamentais.

Por outro lado, a Lei nº 8.560/92 classifica tal direito como um direito indisponível ao mesmo tempo em que o desloca “do eixo *subjetivo privado* para o eixo *fundamental público*”.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **O direito à filiação à luz da dignidade humana**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 422.

<sup>29</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **O direito à filiação à luz da dignidade humana**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.424.



A partir de tais considerações poder-se-ia concluir que o direito ao reconhecimento de filiação seria um direito fundamental apenas no plano infraconstitucional. Contudo, tal conclusão é errônea, vez que a tal direito se aplica o art. 5º, § 2º da Constituição Federal que assim prevê: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Faz-se tal afirmação de que o direito ao reconhecimento da progenitura paterna é um direito fundamental também no plano constitucional tendo-se como base o princípio da dignidade da pessoa humana e a recepção da Convenção dos Direitos da Criança da ONU que se deu por meio do decreto nº 99.710, de 22 de novembro de 1990. Ademais, outro argumento para que o direito ao conhecimento da ascendência genética ser tratado como direito fundamental também no plano constitucional é a previsão do princípio da paternidade responsável no art. 226, § 7º da Magna Carta.

Sendo assim, o que se busca é um direito amplo e efetivo de se conhecer a progenitura paterna, o direito de descender, o direito de “ser” filho, o direito de saber quem é o pai, como forma de se garantir o plenamente o direito a dignidade da pessoa humana.

## 2.5 DIREITO À FILIAÇÃO COMO DIREITO DE PERSONALIDADE

Direito de personalidade é um assunto tanto quanto complexo, de sorte que não há consenso na doutrina acerca da natureza, conceito, características, classificação. Nem mesmo a nomenclatura é pacífica. Podem ser denominados como direitos personalíssimos, direitos individuais, direitos de estado, direitos da individualidade, dentre outros<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> FACHIN, Luiz Edson (coord). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995. p. 54.

Francisco AMARAL ensina que direitos de personalidade são “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.<sup>31</sup>

Segundo Rose Melo VENCESLAU:

Existem bens que, de tão íntimos com seu titular, às vezes são confundidos com ele próprio. Os direitos que sobre estes bens recaem são conhecidos como direitos de personalidade, ou direitos pessoais, direitos personalíssimos, entre as suas várias denominações<sup>32</sup>.

Muito embora haja uma certa imprecisão doutrinária por conta de divergências existentes entre os autores, há características que a maioria da doutrina as aceita e estão previstas no art. 11 do Código Civil.

Luiz Edson FACHIN acerca das características dos direitos de personalidade leciona: “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>33</sup>

Francisco AMARAL assim discorre acerca das características dos direitos de personalidade:

Caracterizam-se os direitos de personalidade por ser essenciais, inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a existência. São inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também, personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Conseqüentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais<sup>34</sup>.

Acerca da classificação dos direitos de personalidade também não há uma unanimidade doutrinária. Silvio de Salvo VENOSA assim os classifica:

Geralmente, os direitos de personalidade decompõem-se em direito à vida, à própria imagem, ao nome e à privacidade. Os direitos de família puros, como por exemplo, o

---

<sup>31</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6 ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 247.

<sup>32</sup> VENCESLAU, Rose Melo. **Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica**. RAMOS, Carmem Lucia Silveira (coord). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 379.

<sup>33</sup> FACHIN, Luiz Edson (coord). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995. p. 55.

<sup>34</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6 ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 250.

direito ao reconhecimento da paternidade e o direito a alimentos, também se inserem nessa categoria<sup>35</sup>.

Assim, como fora cima exposto, observamos que os direitos de família puros são entendidos como direitos de personalidade. Dentro desses direitos se insere o direito de reconhecimento de paternidade e por conseqüência o direito de filiação, vez que o reconhecimento de paternidade leva o *status* de filho àquele que só tinha determinada a sua progeneritura materna.

Os direitos de personalidade estão intimamente ligados aos direitos fundamentais, visto que visam assegurar a dignidade humana. Acerca do assunto, ensina Silvio de Salvo VENOSA:

Os direitos de personalidade são os que resguardam a dignidade humana. Desse modo, ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar à liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos no campo de família, por exemplo<sup>36</sup>.

Como já fora mencionado, uma das características inerentes aos direitos de personalidade é a extrapatrimonialidade. No entanto, se um direito de personalidade de uma pessoa for violado ou sofrer ameaça de lesão por outrem, à vítima caberá indenização. É o que dispõe o Código Civil em seu art. 12.

Acerca da extrapatrimonialidade dos direitos de personalidade assevera Silvio de Salvo VENOSA:

Diferem dos direitos patrimoniais porque o sentido econômico desses direitos é absolutamente secundário e somente aflorará quando transgredidos: então será pedido substitutivo, qual seja, uma reparação pecuniária indenizatória, que nunca se colocará no mesmo patamar do direito violentado<sup>37</sup>.

Cumprе ressaltar que quer na averiguação oficiosa, quer na investigação de paternidade envolvem-se direitos de personalidade do filho, da mãe e do suposto pai, dentre os quais, direito à identidade, direito à filiação, direito ao nome, direito à intimidade, direito ao segredo, direito à integridade física, direito de ir e vir.

---

<sup>35</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.151.

<sup>36</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.152.

<sup>37</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.150.

Desta forma, haverá um conflito entre direitos das partes envolvidas na determinação da paternidade. Para a solução de tal conflito deve-se utilizar juízo de ponderação ou hierarquização.

Nesse sentido, assinala Eliane CAROSI:

Nas tensões que ocorrem no relacionamento entre pessoas que são igualmente dignas, para solucionar o caso concreto é necessário utilizar um juízo de ponderação ou hierarquização, que jamais pode resultar no sacrifício da dignidade, já que valor intrínseco e insubstituível de cada ser humano, que como tal deve ser sempre reconhecido e protegido. Mesmo assim, não há como evitar que haja a formação de um juízo de valor (ponderação) sobre a existência ou não de uma violação da dignidade, porque os critérios estabelecidos abstrata e previamente, sempre serão resultado de uma avaliação subjetiva, e por isso de uma opção axiológica (hierarquização)<sup>38</sup>.

No entanto, embora haja o conflito entre direitos de personalidade do filho, da mãe e do suposto pai, entendemos e defenderemos no presente trabalho que os direitos de personalidade do filho se sobrepõem aos direitos dos demais envolvidos na averiguação oficiosa ou na investigação de paternidade<sup>39</sup>.

Ter conhecimento de sua origem é um direito do filho, direito este inerente à dignidade da pessoa humana, ou seja, um direito fundamental da personalidade.

---

<sup>38</sup> CAROSI, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de ‘ser’ o pai e o direito de ‘ser’ o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p.63-64.

<sup>39</sup> Trataremos da colisão entre direitos do pai e do filho no último capítulo deste trabalho.

### 3 RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL

Primeiramente há que se mencionar que o reconhecimento de paternidade é um ato de vontade, quer este reconhecimento seja voluntário, quer seja compulsório.

O reconhecimento de filho havido fora de uma relação de casamento pode se dar de três formas: a) reconhecimento voluntário; b) averiguação oficiosa; c) investigação de paternidade.

Para que o reconhecimento de paternidade produza efeitos jurídicos, deve estar de acordo com alguns atributos<sup>40</sup>: irrevogabilidade; anulabilidade; renunciabilidade; validade *erga omnes*; indivisibilidade; incondicionalidade e retroatividade.

O atributo da irrevogabilidade significa dizer que uma vez declarado o reconhecimento de paternidade, o declarante não pode posteriormente, tornar a declaração sem efeito. Ou seja, não pode revogá-la, uma vez que o ato de reconhecimento ganha a consistência de um ato jurídico perfeito.

Em relação ao atributo da anulabilidade há que se mencionar que difere da revogação, uma vez que a anulação poderia ser feita por herdeiros alegando defeito no ato jurídico. Desta sorte, significa dizer que o ato não poderá ser anulado baseado na sua veracidade, por exemplo.

Por renunciabilidade entende-se que a vontade do filho deve ser observada, muito embora, o reconhecimento seja um dever do pai. Caso o filho seja maior, seu consentimento é indispensável.

Outra característica é a validade *erga omnes*. De acordo com este atributo, os efeitos do reconhecimento se operam não só sobre os interessados – pai e filho – mas também sobre terceiros. Sendo assim, os efeitos decorrentes do reconhecimento são absolutos.

Segundo o atributo da indivisibilidade, os efeitos do reconhecimento são globais. E não haveria como ser diferente. Não há como se conceber o reconhecimento de filho com efeitos meramente parciais ou limitados. Também não é possível o reconhecimento por tempo determinado, com prazo de validade.

---

<sup>40</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 62.

Também não há que se falar em reconhecimento com oposição de uma condição, quer seja resolutiva, quer seja suspensiva. Desta forma, o reconhecimento não pode estar adstrito a ocorrência ou não de um evento futuro que o torne válido ou que cesse seus efeitos. Daí a característica da incondicionalidade.

De acordo com a retroatividade, os efeitos do reconhecimento retroagem à data de nascimento ou até a concepção.

Assim explica com clareza Caio Mário da Silva PEREIRA:

Este caráter é explicado pela natureza declaratória do ato de reconhecimento. Vinculado à filiação biológica, que lhe é subjacente, patenteia uma situação jurídica daí originária, e, em consequência, opera para atribuir ao filho os direitos e deveres fundados na relação de paternidade, que de biológica converte-se em jurídica<sup>41</sup>.

Importante ressaltar que a diferença entre o reconhecimento voluntário e a averiguação oficiosa reside na espontaneidade. Enquanto que naquele há a espontaneidade, neste não há.

### 3.1 RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO

O reconhecimento é dito voluntário quando o “suposto pai comparece espontaneamente e manifesta seu interesse em reconhecer o filho”.<sup>42</sup>

A primeira característica relevante é que é um ato unilateral. Desta sorte, independe da vontade e consentimento da mãe.

A Lei 8.560/92 prevê as seguintes formas de reconhecimento voluntário: a) no registro de nascimento; b) por escritura pública ou escrito particular; c) por testamento; d) por manifestação expressa e direta perante o juiz.

O reconhecimento voluntário feito no próprio registro de nascimento é um ato simples que não exige cumprimento de grandes formalidades. Basta o suposto dirigir-se ao cartório onde foi lavrado o assento de nascimento e manifestar o seu desejo de reconhecer a paternidade da criança que foi registrada somente no nome da mãe. Após isso, é lavrada uma nova certidão em que constaria, então, também o nome do pai.

---

<sup>41</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.71.

<sup>42</sup> CARVALHO NETO, Algomiro e MUNIZ, Edivar da Costa. **Investigação de Paternidade e seus efeitos: Comentário à Lei nº 8.560 de 29/12/1992**. Araras: Bestbook, 1998. p. 29.

Se optar-se por fazer o reconhecimento por meio de escritura pública, esta deverá ser lavrada no Tabelionato de Notas, atendendo as exigências constantes na Lei de Registros Públicos. Se o meio escolhido for o escrito particular, este deverá ficar arquivado no Cartório de Registro Civil.

Assim observa o Professor Luiz Edson FACHIN:

Há de se ressaltar que, de acordo com a nova Lei, não precisa ser um ato especial para fins de reconhecimento, bastando a menção à existência de um laço de filiação. Tal conclusão é resultado de interpretação sistemática e teleológica do texto legal (artigo 1º e seus incisos, da Lei nº 8.560/92). Assim, se se admite que o reconhecimento por testamento pode ser incidental (inciso III) e que perante a autoridade judicial o reconhecimento pode estar associado a outros objetos, no mesmo ato (inciso IV), é perfeitamente razoável inferir-se que a menção concludente acerca da filiação em documento público é suficiente para estabelecer o vínculo paterno-filial<sup>43</sup>.

O ilustre professor assim continua:

A inovação da Lei consiste na admissão do reconhecimento através do escrito particular da pessoa, fixando a existência da relação de filiação. Anteriormente, o escrito particular servia apenas como meio de prova da filiação, permitindo que a ação de investigação de paternidade pudesse ser intentada, conforme as disposições do artigo 363, III, do Código Civil<sup>44</sup>.

O reconhecimento voluntário também pode ser feito por meio de testamento. Neste caso, não há qualquer tipo de restrição em relação ao testamento ser público, cerrado, particular ou mesmo especial. O testamento pode ter por fim somente o reconhecimento, porém, esta não é uma exigência.

Ainda, há a possibilidade do reconhecimento por manifestação expressa e direta perante o juiz. Para tanto, basta que o suposto pai manifeste o desejo de reconhecer o filho perante o juiz, não importando o motivo pelo qual ele esteja na presença do magistrado. Se houver a manifestação de vontade, o juiz deverá reduzir a termo, ao passo que deverá oficiar o cartório de modo a se retificar o registro de nascimento.

---

<sup>43</sup> FACHIN, Luiz Edson (coord). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995. p.19.

<sup>44</sup> FACHIN, Luiz Edson (coord). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995. p.19-20.

### 3.2 AVERIGUAÇÃO OFICIOSA

A averiguação oficiosa está prevista textualmente no art. 2º da Lei nº 8560/92.

Segundo tal procedimento, se uma criança for levada a registro somente pela mãe, o Oficial do cartório deverá remeter ao juiz, além do registro de nascimento, informações acerca do suposto pai, como por exemplo, nome, prenome, profissão, identidade e endereço, para que se proceda a averiguação da alegação feita pela mãe.

Ressalte-se que tal medida é obrigatória, não podendo o Oficial deixar de comunicar o juízo competente, que no caso é o juiz de família, vez que se a paternidade for negada pelo suposto pai, a ação de investigação tramitará perante as Varas de Família.

De posse das informações do suposto pai, este será oficiado acerca da alegação. Se este confirmar a paternidade, dá-se por encerrado o procedimento da averiguação oficiosa, com a conseqüente averbação da certidão de nascimento. Todavia, se a paternidade for negada, o Ministério Público, então, proporá a ação de investigação.

Assevera-se que a mãe não é obrigada a fornecer os dados do suposto pai. Em caso de negativa de fornecimento pela mãe, o Oficial do Registro Civil não poderá se valer de dados fornecidos por terceiros, uma vez que sendo o direito de filiação um direito personalíssimo, cabe somente ao filho pleitear tal direito, e, em caso de menoridade, à mãe. Neste caso, em que o juiz recebeu somente a certidão de nascimento sem os dados do suposto pai, após ouvir o Ministério Público, deverá determinar o arquivamento<sup>45</sup>.

Porém, este entendimento parece-nos equivocado, ao passo que consideramos mais acertado aquele adotado pelo professor Luiz Edson FACHIN:

Ocorre que, no estabelecimento da paternidade, não há como proteger a esfera íntima da genitora, por não se tratar de um acontecimento que já não mais diz respeito somente a ela, mulher, mas principalmente ao filho. A concretização desse direito do filho em face da genitora representa uma questão juridicamente complexa, que a Lei nº 8.560/92 não enfrentou<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Posição adotada por: CARVALHO NETO, Algomiro e MUNIZ, Edivar da Costa. **Investigação de Paternidade e seus efeitos: Comentário à Lei nº 8.560 de 29/12/1992**. Araras: Bestbook, 1998. p. 35.

<sup>46</sup> FACHIN, Luiz Edson (coord). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995. p. 47.



Desta sorte, não há como se conceber que a mãe alegando a inviolabilidade de sua vida privada em oposição ao direito do filho ter sua paternidade determinada.

Entendemos ser o direito do filho em ter sua paternidade determinada, prepondera ao direito da mãe em ter protegida sua esfera íntima.

O grande dilema que se põe é: “como viabilizar o exercício desse direito por parte do filho, em face da genitora, que pode perfeitamente calar-se quanto à identidade do genitor, ou mesmo entender que ao bem do filho é recomendável uma tal conduta silenciosa”.<sup>47</sup>

Diverge também dos autores anteriormente citados a questão sobre informações prestadas por terceiros. Segundo Algomiro CARVALHO NETO e Edivar da Costa MUNIZ<sup>48</sup>, o juiz não pode se valer das informações fornecidas por terceiros. Já Luiz Edson FACHIN<sup>49</sup> ensina que se as informações não forem prestadas pela mãe, mas por terceiros, “o ato de o juiz interroga-la ser-lhe-á útil para poder investigar a verossimilhança das informações obtidas”. Sendo assim, as informações prestadas por outrem, podem sim ser utilizadas.

---

<sup>47</sup> FACHIN, Luiz Edson (coord). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995. p. 47.

<sup>48</sup> Posição adotada por: CARVALHO NETO, Algomiro e MUNIZ, Edivar da Costa. **Investigação de Paternidade e seus efeitos: Comentário à Lei nº 8.560 de 29/12/1992**. Araras: Bestbook, 1998. p. 35.

<sup>49</sup> FACHIN, Luiz Edson (coord). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995. p. 48.

## 4 RECONHECIMENTO INVOLUNTÁRIO DE FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Ao lado das formas de reconhecimento ditas voluntárias, reconhecimento voluntário e averiguação oficiosa, temos a investigação de paternidade como forma involuntária.

Silvio de Salvo VENOSA assim define a ação de investigação de paternidade: “Ação de investigação de paternidade é a que cabe aos filhos contra os pais ou seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento da filiação. Ação de estado por definição é inalienável, imprescritível e irrenunciável”.<sup>50</sup>

### 4.1 NATUREZA DA AÇÃO

A moderna doutrina processualista civil classifica as ações segundo a tutela pleiteada no processo de conhecimento em ações declaratórias, condenatórias e constitutivas.

Pode-se dizer que toda ação é um pouco declaratória. Porém, há aquelas que são meramente declaratórias.

Diz-se que uma ação é declaratória quando “o interesse do autor se limita à obtenção de uma declaração judicial acerca da existência ou inexistência de determinada relação jurídica ou a respeito da autenticidade ou da falsidade de um documento”.<sup>51</sup>

Uma ação é dita condenatória quando o autor ao ingressar com a ação visa além da declaração, que é um efeito inerente a toda e qualquer ação, visa também a condenação do réu a uma obrigação de fazer ou não-fazer.

Já as ações constitutivas, “não tem condenação, mas declaração acompanhada da constituição, modificação ou desconstituição de uma situação jurídica”.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2003. p.305-306.

<sup>51</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). **Curso avançado de processo civil**. v. 1. 6 ed. ver. atual e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 223. p. 151.

<sup>52</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). **Curso avançado de processo civil**. v. 1. 6 ed. ver. atual e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 223. p. 152.

Não é pacífica a doutrina acerca da natureza da ação de investigação de paternidade. De um lado, há autores, como, por exemplo, Caio Mário da Silva PEREIRA e Fernando SIMAS FILHO, que entendem se tratar de uma ação declaratória. De outro, há os que entendem ser uma ação constitutiva, dentre os quais, José Luiz Mônaco da Silva.

Entendemos ser a melhor posição aquela que considera a ação de investigação uma ação constitutiva. Isso porque a ação de investigação de paternidade não visa tão somente a declaração de paternidade, mas modifica uma situação jurídica existente, ou seja, dá *status* de filho àquele que não tinha determinado o seu genitor. Pode-se também dizer que cria-se uma situação jurídica nova, vez que com o reconhecimento o filho passa a ser herdeiro e sucessor de seu pai.

#### 4.2 LEGITIMIDADE

Possui legitimidade para propor a ação de investigação de paternidade o filho e o Ministério Público. Em caso de o filho ser menor de idade, este será representado por sua mãe. Porém, se a mãe ingressar com a ação em nome próprio o processo deverá ser extinto por carência de direito.

Todavia, se no decorrer da ação o requerente (filho) falecer, seus herdeiros podem prosseguir com a ação, porém, desde que o *de cujus* a tenha iniciado.

Assevera-se pra o fato de que o nascituro também demandar a paternidade, conforme prevê o art. 1609, parágrafo único do Código Civil de 2002, que repete o texto do art. 26, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Merece especial destaque o fato de o Ministério Público possuir legitimação ativa para propor a ação de investigação de paternidade. Esta legitimação extraordinária é dada pela Lei nº 8.560/92, no art. 2º, §4º:

Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias a notificação judicial, ou negar a paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

Acerca da excepcionalidade da legitimidade conferida ao Ministério Público, Luiz Edson FACHIN ensina:

Constata-se que a legitimidade conferida ao Ministério Público tem caráter excepcional, o que pode ser justificado não só pela ausência de capacidade para o exercício concreto do direito, por parte do titular, que só poderia fazê-lo através de seu representante legal, como também pela presença do interesse público no estabelecimento da relação de paternidade<sup>53</sup>.

Daí, concluímos que o Ministério Público age na defesa de interesse alheio, qual seja, o do investigante. No entanto, isso não afasta o investigante do pólo ativo, vez que pode ingressar na ação como litisconsorte.

Por outro lado, se o Ministério Público não ingressar com a ação, o investigante poderá fazê-lo.

No caso de o investigante falecer, a ação se extingue perante o Ministério Público, vez que desaparece o interesse público. Silvio de Salvo VENOSA assim conclui acerca do assunto:

Se falecer o investigante no curso da ação, desaparece o interesse do Ministério Público, e a ação extingue-se, porque não há mais a figura do substituído processual para a ação do substituto, e o interesse de seus eventuais herdeiros passa a ser exclusivamente econômico<sup>54</sup>.

Uma questão que suscita dúvida é quanto à possibilidade de o Ministério Público poder atuar ao mesmo tempo como pólo ativo e como fiscal da lei.

Entendemos ser perfeitamente possível, uma vez que o Ministério Público ao intentar a ação de investigação de paternidade, não o faz na qualidade de substituto processual, mas age em nome próprio, na defesa de um interesse público indisponível do Estado.

Nesse sentido argumenta Luiz Edson FACHIN:

A presença do Ministério Público no pólo ativo da relação jurídica processual não lhe retira o dever de fiscalizar a exata aplicação da lei, em cujo benefício atua. Merece ser acolhido, portanto, o posicionamento de que é dispensável a nomeação de outro Promotor de Justiça ou curador, na hipótese em que o Ministério Público

---

<sup>53</sup> FACHIN, Luiz Edson (coord). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995. p. 53.

<sup>54</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 305.

intenta a ação de investigação de paternidade com fundamento no § 4º do artigo 2º da Lei nº 8.560/92<sup>55</sup>.

Possuem legitimação passiva o suposto pai, e em caso de este ser falecido, seus herdeiros.

Já se encontra pacificado o entendimento de que o espólio não pode figurar como pólo passivo na ação de investigação.

#### 4.3 IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO

Muito já se discutiu acerca da prescritibilidade ou não da ação de investigação de paternidade. Alguns doutrinadores como Clóvis Beviláqua e Carlos Maximiliano, entendem que sobre a ação de investigação opera a prescrição. De outro lado, a doutrina majoritária entendem ser imprescritível.

Essa discussão deu-se por encerrada com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente que em seu art. 27 prevê que a ação de investigação é imprescritível: “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”.

De fato, não há sentido em se dizer que seria uma ação sujeita a prescrição, visto que o estado das pessoas é imprescritível, de tal sorte não poderia se conceber que uma ação que tem como fim reconhecer o estado de filho a uma pessoa.

Neste sentido, observa Caio Mário da Silva PEREIRA:

Se o estado é imprescritível, imprescritível obviamente será o direito de ação visando a declara-lo, pois que a ação de reconhecimento compulsório é uma ação declaratória. A todo tempo o filho, qualquer filho, tem o direito de vindicar *in iudicio* o *status* que lhe compete. Ao filho ilegítimo assiste sempre o direito de intentar contra o pai, ou herdeiros deste, ação com o objetivo de declarar o seu *status* de filho<sup>56</sup>.

Porém, discordamos do entendimento acima exposto a classificação da ação de investigação como sendo declaratória, uma vez que como já fora mencionado, acreditamos ser a melhor doutrina aquela que a classifica como sendo constitutiva.

---

<sup>55</sup> FACHIN, Luiz Edson (coord). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995. p. 52.

<sup>56</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.91.

Há, no entanto, que se fazer uma distinção acerca da prescritibilidade das ações que geralmente são cumuladas à ação de investigação.

Como já fora dito, a ação de investigação é imprescritível. Todavia, a ação de herança, por exemplo, cumulada com a de investigação, como qualquer ação de cunho patrimonial é sujeita à prescrição.

#### 4.4 SEGREDO DE JUSTIÇA

Assim dispõe o §2º do art. 2º da Lei nº 8.560/92: “O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça”.

Luiz Edson FACHIN, ao analisar tal dispositivo, chama a atenção para o previsto no art. 222, alínea a, do Código de Processo Civil. Segundo o referido dispositivo, a citação será feita pelo correio, para qualquer comarca do país, exceto nas ações de estado<sup>57</sup>.

Considerando que a ação de investigação de paternidade é uma ação de estado, não haverá citação por meio do correio, mas sim notificação por oficial de justiça, a fim de se garantir maior discricção como forma de não se violar direitos personalíssimos do suposto pai.

Assim conclui Luiz Edson FACHIN: “Se por um lado é digna de encômios a atividade do juiz, na busca da verdade real (verdade biológica) acerca da filiação, por outro deve ele ser prudente e cauteloso no exercício dos poderes que a lei lhe confere”.<sup>58</sup>

Sendo assim, como forma de se assegurar o segredo de justiça a notificação da ação de investigação de paternidade se dará por oficial de justiça, e não pelos correios como habitualmente ocorre.

#### 4.5 PROVA

Na ação de investigação de paternidade, todos os meios de prova são admitidos, em consonância com o disposto no art. 332 do Código de Processo Civil.

---

<sup>57</sup> FACHIN, Luiz Edson (coord). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995. p.49.

<sup>58</sup> FACHIN, Luiz Edson (coord). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995. p.49.

No caso de confissão, esta deve ser escrita, tanto é assim que no caso de a paternidade ser reconhecida perante um juiz de direito em qualquer tipo de ação, este reconhecimento deve constar na ata de audiência. Assim afirma o Professor Caio Mário da Silva PEREIRA: “A confissão não escrita, ainda que reiterada, não constitui prova de paternidade”.<sup>59</sup>

Outros meios de prova também admitidos são depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas.

Merece especial destaque as provas de cunho documental, como por exemplo, fotografias, cartas, bilhetes, etc.

Contudo, com a evolução científica, é pacífica a importância da prova científica para determinação da paternidade. Põe-se fim a era das presunções, ao passo que se torna certa a determinação da paternidade.

Maria Christina de ALMEIDA muito bem observa a importância das provas científicas:

O papel das provas científicas da paternidade é conduzir o juiz ao encontro da revelação da existência ou inexistência do relacionamento sexual fértil. Nesta rota, depara-se o juiz como que é visível aos seus olhos e, também, com o que lhes é invisível<sup>60</sup>.

O ano de 1865 apresenta-se como marco nas provas para determinação da paternidade. Neste ano, Georges Mendel, através das pesquisas com ervilhas elaborou as teorias da hereditariedade, fundadas na transmissão de caracteres para os descendentes. Mendel concluiu que o tipo de sangue de um indivíduo é resultado da transmissão de caracteres pelos pais. Este foi um grande avanço no que toca o estabelecimento do vínculo genético.

Desta forma, em 1983, José Maria Marlet concluiu que se um indivíduo possui sangue do tipo AB, certamente o gene A veio de um dos genitores e o gene B de outro. Sendo assim, era afastar a paternidade caso o suposto pai possuísse sangue do tipo O.

---

<sup>59</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 108.

<sup>60</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 55.

Porém, o sistema ABO não era suficiente para se atestar a paternidade, vez que várias pessoas possuem o mesmo tipo sanguíneo. Só era possível então se afastar a paternidade, como no caso acima descrito.

Na década de 70, passou-se a usar o sistema HLA (sistema de antígenos leucocitários humanos) como meio de prova na ação de investigação.

Tal sistema consistia na análise de cromossomos responsáveis pela transmissão genética dos genitores para os descendentes.

Após a coleta de amostra sanguínea dos interessados (suposto pai, mãe e filho), separava-se os glóbulos brancos para verificação da existência ou não nas amostras de antígenos, a fim de se excluir ou se considerar possível a paternidade.

Os resultados do exame de HLA eram baseados na probabilidade, de sorte que não era possível se afirmar com absoluta certeza a paternidade, porém, com uma certa dose de segurança. Mas sem dúvida que foi um grande avanço em termos de determinação de paternidade, uma vez que com o sistema ABO era possível apenas excluir a paternidade.

Todavia, embora tenha representado um avanço na busca da verdade biológica, ao passo que trabalhava com probabilidades de um suposto pai ser genitor do filho, a segurança do sistema HLA era apenas relativa.

Maria Christina de ALMEIDA assinala que: “o acerto no resultado operava-se, com certa dose de segurança, somente no pólo da exclusão, não se alcançando resultado satisfatório e seguro na esfera da inclusão da paternidade”.<sup>61</sup>

Atualmente, pode-se dizer que a determinação do pai biológico é questão em que não cabem mais dúvidas. Com o advento do exame de DNA, houve uma grande revolução nas questões de determinação da paternidade, de sorte que se tornou o meio mais eficaz de prova de filiação às mãos dos operadores do Direito, em especial, do Direito de Família.

Sobre a importância do exame de DNA, leciona Eduardo de Oliveira LEITE:

O que o exame de DNA veio resgatar, e de forma definitiva, é que tanto a maternidade, quanto a paternidade são sempre certas, cabendo ao Direito

---

<sup>61</sup>ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 66.



estabelecer meios de afirma-las para a garantia do bem maior que ainda é a criança<sup>62</sup>.

Também sobre a importância do exame de DNA, ensina Maria Christina de ALMEIDA:

A verdade biológica rompe um compromisso arraigado pelo Código Civil brasileiro com a verdade jurídica baseada na presunção de paternidade, dando espaço pra uma nova verdade, voltada agora para a revelação biológica do vínculo entre pais e filhos, possível somente com o avanço científico do DNA, pelo qual se reputa determinada paternidade com confiabilidade absoluta, desvalorizando, em muito, as decisões fundadas apenas em presunções<sup>63</sup>.

De acordo com a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, “ácido desoxirribonucléico (ADN) – é material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência”.

A determinação da individualidade de características variáveis entre os seres humanos, como por exemplo, altura, cor dos olhos, cor da pele, voz, etc, se dá pelos genes. Os genes, por sua vez, são parte do genótipo ou genoma da pessoa, que é a integralidade do material genético contido nas células.

Daí a pertinente observação trazida por Maria Christina de ALMEIDA:

O avanço trazido pelos estudos científicos do método DNA representou a entrada em cena de questões práticas relacionadas ao ser humano, dentre as quais cita-se a de que cada pessoa pode ser considerada individualmente por meio de sua tipagem de DNA, sendo possível reconhecer o seu padrão nos ascendentes e descendentes<sup>64</sup>.

Uma questão que se mostra bastante relevante é o fato de que as amostras de sangue das pessoas envolvidas no exame devem, preferencialmente, ser colhidas no mesmo horário no laboratório. Isso se dá por questões de segurança, de modo que se as partes comparecerem na mesma hora, uma fará a identificação da

---

<sup>62</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Reflexões sobre a prova científica da filiação**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 199. p. 219.

<sup>63</sup> ALMEIDA, Maria Christina. **Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 458.

<sup>64</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 65.

outra, não restando dúvidas quanto à identidade da pessoa que forneceu a amostra sanguínea.

Geralmente, o exame de DNA é feito entre a mãe, o filho e o suposto pai, porém, como bem assinala Maria Christina de ALMEIDA, há outras possibilidades para a realização:

O exame de DNA é, via de regra, realizado com o trio mãe, filho e suposto pai. Todavia, esta técnica pericial é tão versátil ao ponto de se poder realiza-la mesmo quando um dos membros-chave a ser analisado (mãe ou suposto pai) não estejam disponíveis, por falecimento ou por outro motivo<sup>65</sup>.

Assim continua sua observação acerca da ausência de um dos membros na realização do exame de DNA:

Esses são os denominados 'casos deficientes', cuja probabilidade de paternidade poderá atingir 99,99% de segurança no resultado. Pode-se realizar exame em DNA com a presença do filho e do possível pai e, no caso de este ser falecido, a perícia pode ser feita utilizando-se o DNA de ambos os possíveis avós paternos ou, na falta destes, os filhos viúva e irmãos do investigado<sup>66</sup>.

A probabilidade no exame de DNA pode variar de 99,99% a 99,9999%, o que significa que se a paternidade não for excluída, a determinação da paternidade é praticamente certa. No caso acima mencionado, quando o exame é feito na ausência de um dos membros-chave, a probabilidade atinge o seu patamar mais baixo, qual seja, 99,99%, o que, todavia, representa uma evidência muito forte acerca da paternidade biológica.

Na ausência do suposto pai em razão de falecimento, o exame de DNA também pode ser feito através da exumação do cadáver, visto que o material genético, muito embora geralmente seja extraído do sangue, no caso de organismos vivos, também pode ser encontrado na raiz do cabelo e nos ossos.

---

<sup>65</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 67.

<sup>66</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 67.

## 5 SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE OBRIGAR O SUPOSTO PAI A SE SUBMETER AO EXAME DE DNA

### 5.1 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com os avanços científicos trazidos pela engenharia genética, o DNA consiste numa prova em que a determinação de paternidade tornou-se certa. Contudo, embora represente um grande avanço, o exame de DNA ainda encontra um entrave: a recusa do investigado em se submeter ao exame.

A possibilidade de recusa dá-se por conta do conflito de direitos existente: de um lado, o direito do filho de ter sua ascendência genética paterna determinada; de outro lado, o direito do pai de negar o fornecimento de células para a realização do exame.

Acerca do assunto, assinala Maria Christina de ALMEIDA:

Trata-se de uma hipótese colisão de direitos fundamentais. De um lado, como conteúdo da tutela da dignidade humana do filho – o direito à integridade psíquica que se perfaz com a revelação de sua origem genética, o direito à paternidade responsável, o direito à tutela de sua personalidade humana que se consubstancia, dentre outros aspectos, no direito à filiação integral ou à biparentalidade genética. De outro, também inseridos no conteúdo da tutela da dignidade humana, o direito do suposto pai à integridade física, à liberdade e à vida privada, além da tutela invocada em relação ao princípio da legalidade<sup>67</sup>.

No Brasil não existe um dispositivo legal que obrigue o suposto pai a se submeter ao exame de DNA. A doutrina e os tribunais divergem quanto à obrigatoriedade ou não. Enquanto o STJ entende ser possível a compulsoriedade, o STF apregoa pela não obrigatoriedade.

A exemplo do entendimento do STJ, destacamos a seguinte passagem do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

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,

---

<sup>67</sup> ALMEIDA, Maria Christina. **O direito à filiação integral à luz da dignidade humana**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 426.

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>68</sup>.

Entre aqueles que entendem que não ser possível a obrigatoriedade, destacamos Ives Gandra Martins:

Por essa razão, entendemos que a vedação é absoluta, não podendo alguém ser forçado a submeter-se ao exame do DNA, à luz dos dispositivos acima mencionados, sob pena de a exigência implicar mácula à privacidade ou intimidade. É possível, inclusive entender que os 'dados genéticos' estão também protegidos pelo inciso XII do art. 5º, na medida em que são invioláveis e pertencem exclusivamente ao cidadão, que poderá aceitar ou não sua exposição ao conhecimento de terceiros<sup>69</sup>.

Os que são contra a obrigatoriedade e que compõem a doutrina majoritária sustentam que a compulsoriedade da realização do exame estaria por ferir os princípios constitucionais, em especial o da intimidade e o da integridade física do suposto pai.

No mesmo sentido se posicionou o STF na decisão proferida no Habeas Corpus nº 71.373-4/RS, em que foi relator o Ministro Francisco Rezek (voto vencido), julgado em 10/11/1994<sup>70</sup>:

Ementa  
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU  
'DEBAIXO DE VARA'.

<sup>68</sup> Recurso Especial nº 215.247, da 4ª Turma do STJ, Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 05/10/1999.

<sup>69</sup> MARTINS, Ives Gandra. **O exame do DNA como meio de prova: aspectos constitucionais**. LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 126-127. Assim sustenta tal posição: “Admitindo o dado científico da possibilidade de apuração da autoria de crimes e da paternidade mediante mera identificação do DNA, a questão que coloco para este brevíssimo comentário pertine às cláusulas pétreas constitucionais, vinculadas ao direito à privacidade e à intimidade, e que são asseguradas nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal, assim redigidos: ‘Art. 5º .....’

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’.

O bloqueio criado pela lei suprema ao impedir a violação desses direitos, é absoluto, exceção feita à autorização judicial para a escuta telefônica ou à hipótese do inciso XI, cuja dicção é seguinte: ‘XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial’.

Por força do § 4º, inciso IV, do art. 60, as disposições dos incisos X e XII do art. 5º são normas imodificáveis do texto maior, comportando, na defesa da cidadania, interpretação extensiva e não redutora, como propugnado por muitos”.

<sup>70</sup> Corroborando tal entendimento: Supremo Tribunal Federal – 1ª Turma – HC 76.060/SC – Relator Min. Sepúlveda Pertence – Publicado DJU de 15/05/1998.

Discrepa, a não mais 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 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<sup>71</sup>.

Do voto do Ministro Relator, atentamos para as seguintes passagens que bem exprime o seu pensamento:

O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física. É alentador observar, 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 a sua origem genética. A verdade jurídica, geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica.

Contudo, parte da doutrina criticou o entendimento do STF, nesse, posiciona-se o Professor Eduardo de Oliveira LEITE que faz a seguinte crítica a decisão exarada pelo STF: “O direito fundamental que deveria ter sido invocado pelo STF é o da criança *ter um pai* e uma mãe, lamentavelmente negligenciado por aquela Corte suprema, em manifesto apego legalista, mas flagrante desconhecimento de interesse maior do menor”.<sup>72</sup>

O debate que se travou no STF quando do julgamento do referido habeas corpus, se mantém atualmente na doutrina brasileira, é o que se denomina de colisão de direitos fundamentais.

Wilson Antonio STEINMETZ ensina:

Há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro titular, podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes; podendo ainda, ser direito fundamental individual *versus* direito fundamental individual ou direito fundamental individual *versus* direito coletivo fundamental<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Os votos vencedores foram proferidos pelos Ministros Marco Aurélio, Octavio Gallotti, Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches e Celso de Mello. Votos vencidos: Ministros Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Ilmar Galvão.

<sup>72</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Reflexões sobre a prova científica da filiação**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 199. p. 214.

<sup>73</sup> STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 139.

Ainda sobre colisão de direitos fundamentais leciona J.J. Gomes CANOTILHO: “De modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”.<sup>74</sup>

De um lado põe-se o direito do filho de ter conhecimento de sua progenitura paterna conhecida, ou seja, a paternidade biológica determinada, que se configura como direito fundamental indisponível, irrenunciável e imprescritível.

De outro lado, apresenta-se o direito fundamental do investigado que alega que se for obrigado a se submeter ao exame de DNA terá violado seu direito à liberdade, à intimidade, à vida privada, à intangibilidade física e o da não obrigatoriedade de produção de provas contra si.

Contudo, assevera-se para o fato de que estes princípios não são absolutos. Podem ser relativizados, de acordo com o processo da ponderação entre o conteúdo do próprio princípio ou quando em conflito com outro princípio constitucional.

Acerca da relativização de direito fundamental, destacamos um trecho do voto do Ministro Francisco REZEK:

Nesta 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 um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público<sup>75</sup>.

Todavia, conforme observa Pedro Belmiro WALTER, na relativização dos princípios constitucionais do suposto pai e do filho na ação de investigação de DNA, quando o meio probatório a ser utilizado for o exame de DNA, há que se manter uma igualdade entre os envolvidos, vez que ambos possuem direitos fundamentais, dentre estes, o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. ref. e aum. Coimbra: Livraria Almedina. p. 657.

<sup>75</sup> Voto do Ministro Francisco Rezek no habeas corpus nº 71.373-4/RS, julgado em 10/11/1994.

<sup>76</sup> WALTER, Belmiro Pedro. **Relativização do princípio da dignidade da pessoa humana na condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA**. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese, n. 12, p. 20, jan./mar.. 2002.

Considerando que os princípios constitucionais possuem o mesmo grau de hierarquia normativa, para a solução de direitos fundamentais em conflito, remete-se aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

A doutrina faz menção à dificuldade de se conceituar o princípio da proporcionalidade, contudo, na tentativa de melhor compreender tal princípio diante de sua importância no mundo do direito, alguns autores buscam conceituá-lo.

Neste sentido, ensina Paulo BONAVIDES<sup>77</sup>:

Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.<sup>78</sup>

Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.

No mesmo diapasão assinala Wilson Antônio STEINMETZ: "Portanto, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação".<sup>79</sup>

O supra mencionado autor, assim muito bem conclui acerca da finalidade do princípio da proporcionalidade:

Do exposto, conclui-se que a finalidade do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, garantido a otimização desses direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. O princípio autoriza somente restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias, racionais ou razoáveis. Operacionaliza-se mediante um procedimento metódico racional, o qual pressupõe (a) a existência de uma estrutura meio-fim, (b) que o fim seja constitucional, (c) que se identifiquem as circunstâncias relevantes do caso (na hipótese de colisão de direitos fundamentais) e, (d) que, por fim, apliquem-se, sucessivamente, os três princípios parciais constitutivos<sup>80</sup>.

Desta forma, entender a doutrina ser o meio mais adequado para a resolução de conflitos de direitos fundamentais a aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo o método da ponderação.

---

<sup>77</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros. p. 315.

<sup>78</sup> MULLER, Pierre. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band 97, 1978, Basel, p. 531 (citado por BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros. p. 315.)

<sup>79</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 152-153.

<sup>80</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 155.

Segundo J.J. Gomes CANOTILHO, pelo método da ponderação ter-se-á que se fazer uma prevalência o direito de um em relação ao direito de outro:

(...) as regras do *direito constitucional de conflitos* têm de construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na *prevalência* (ou relação de *prevalência*) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2), que só em face das circunstâncias concretas se poderá elaborar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2), ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C). Note-se que este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efectuar-se logo a nível legislativo (exemplo: o legislador exclui a ilicitude da interrupção da gravidez em caso de violação) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto (exemplo: o juiz adia a discussão de julgamento perante as informações médicas da iminência de enfarte na pessoa do acusado)<sup>81</sup>.

Daí, conclui-se que pelo método da ponderação, o direito de um prevalecerá sobre o direito de outro. A aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade garantirá o equilíbrio entre os direitos envolvidos.

Neste sentido, posiciona-se Eliane CAROSSI:

Destacamos em nossa análise o direito do suposto pai, á intimidade e integridade física e o direito do filho, ao conhecimento da sua origem, direitos colidentes, tutelados pela Constituição Federal, ao mesmo nível hierárquico. Sendo assim ambas as normas constitucionais de mesma hierarquia são válidas, devendo a decisão normativa final ser harmônica, observando o princípio da unidade constitucional, porém essa interpretação constitucional não basta para resolver o caso concreto.

A solução do conflito, deve estabelecer apenas limitações necessárias, adequadas e racionais, apontando para princípio da proporcionalidade, que envolve necessidade, adequação e a racionalidade ou proporcionalidade propriamente dita, para se obter o resultado devido na medida certa e justa<sup>82</sup>.

Sendo assim, no caso concreto, no juízo de ponderação, a prevalência de um direito sobre o outro, deverá ser feita não sem antes analisar os prós e contras da limitação de um direito em função do direito de outrem. As vantagens devem superar as desvantagens. O dano sofrido por aquele que tem o seu direito limitado deve ser menor que o benefício daquele que vê o seu direito atendido.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. ref. e aum. Coimbra: Livraria Almedina. p. 660.

<sup>82</sup> CAROSSI, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de 'ser' o pai e o direito de 'ser' o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p.59.

<sup>83</sup> ALMEIDA, Maria Christina. **Direito à identidade pessoal e estado de filiação: Contributo à tutela da dignidade da pessoa humana**. Curitiba, 2002. 175 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p. 115.



Na ação de investigação de paternidade, os direitos postos em conflito de um lado são: o direito à integridade física do pai; e de outro, o direito à identidade do filho.

O juízo de ponderação nesse caso concreto deve se dar da seguinte forma, como acertadamente sinaliza Maria Christina de ALMEIDA:

Assim, no conflito de interesses entre o direito do suposto pai, que não quer se submeter ao exame, protegendo sua integridade física ao impedir que se extraia uma gota de sangue, a raiz de um fio de cabelo, saliva ou qualquer outro material possível de se extrair células de DNA, exercitando seu direito de liberdade, e do filho, que busca a revelação da ascendência genética para a aquisição de um direito imanente à sua condição de pessoa – o *status* de filho -, entende esse estudo que *deve prevalecer o direito do filho*, assim atribuindo à descoberta da origem biológica uma relevância maior do que ao atentado à integridade física evitado pelo suposto pai, estabelecendo-se uma hierarquia entre os valores em jogo, de forma a proteger aquela das partes que, por certo, não pode ser responsabilizada pelo fato de seu nascimento.

Ademais, o direito do filho em ter sua ascendência genética determinada, vai além de seu direito privado. Configura-se também um direito de toda a coletividade, um direito público, conforme observa o Ministro Francisco Rezek:

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 nº 8.560/92)<sup>84</sup>.

Acerca da prevalência do interesse público presente no direito à ascendência genética sobre o direito privado do pai, aponta Maria Christina de ALMEIDA:

Corroborando a ideia que ora se lança, cumpre destacar que o direito à revelação da ascendência genética e o estado de filiação têm, no contexto atual do sistema jurídico brasileiro, conotação pública, de onde se justificar, na hierarquia de valores, prevalece o interesse do filho em relação ao interesse do suposto pai, cujo pleito de proteção à integridade física pode parecer mero interesse particular se contraposto ao direito ao estado de filiação integral, o qual, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar do ser humano, configura de qualquer dúvida, interesse de toda a coletividade<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Voto do Ministro Rezek no habeas corpus nº 71.373-4/RS, julgado em 10/11/1994.

<sup>85</sup> ALMEIDA, Maria Christina. **O direito à filiação integral à luz da dignidade humana**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 428.

Ainda sobre o caráter público presente no direito à identidade genética e o avanço que representa o exame de DNA, conclui Elaine CAROSI:

Esse interesse público, além de estar demonstrado, no Brasil, pela edição de leis ordinárias já referidas (leis nºs 8.069/90 e 8.560/92), após a consagração constitucional do princípio isonômico da filiação – artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988 – é asseverado pelo advento da prova pericial do exame em DNA, que fez surgir, pela primeira vez no Direito, a possibilidade de se substituir a verdade ficta ou presumida, decorrente de provas indiciárias ou subjetivas, a exemplo da prova testemunhal, pela verdade científica ou biológica com resultado seguro às partes, seja apontando pela exclusão ou pela inclusão da paternidade, evolução esta que não pode ser desconsiderada nos dias atuais, na avaliação das provas em demandas investigatórias de paternidade<sup>86</sup>.

Com o avanço científico e a possibilidade de se determinar a paternidade com certeza, deixando de lado as presunções, não se pode admitir que a verdade fique encoberta pela negativa do pai à submissão ao exame de DNA.

## 5.2 FUNDAMENTOS SOBRE A POSSIBILIDADE DE OBRIGAR O SUPOSTO PAI A SE SUBMETER AO EXAME DE DNA

Primeiramente há que se mencionar que a negativa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA, fere o princípio constitucional da igualdade em dois aspectos, quais sejam: a) entre homem e mulher; b) entre os filhos.

A Constituição Federal prevê no art. 5º, *caput* e inciso I, a igualdade entre o homem e a mulher. No mesmo sentido, dispõe o art. 226, § 5º, acerca da igualdade entre o marido e a mulher na sociedade conjugal.

Considerando que não haverá distinção entre homem e mulher, que ambos gozam de iguais direitos e deveres na sociedade conjugal, o fato de o homem se negar a fornecer material necessário ao exame de DNA viola, pois, esse princípio. Uma vez que a mulher assumiu o seu papel de mãe, não pode o homem furtar-se ao papel de pai. Gerado o filho, homem e mulher, ou, pai e mãe, devem ter os mesmos direitos e deveres em relação ao filho.

---

<sup>86</sup> CAROSI, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de ‘ser’ o pai e o direito de ‘ser’ o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p.117.

Com o avanço da sociedade e o advento do princípio da igualdade entre homens e mulheres, o homem deixou o papel de mero genitor e provedor das necessidades familiares e passou a participar ativamente da vida do filho. Desta forma, deve dividir com a mulher as responsabilidades atinentes ao filho.

Assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente nos arts. 21 e 22:

Art 21º - O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art 22º - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

No mesmo sentido estabelece a Convenção das Nações Unidas em seu art. 18:

Os estados-partes envidarão seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança.

Desta forma, é inconcebível o pai olvidar-se de suas responsabilidades. Quer no plano constitucional, quer no plano infraconstitucional de maneira clara as normas atribuem aos pais igualdade de direitos e deveres. No entanto, se for permitido ao pai a recusa na realização do exame de DNA, estar-se-á, indiretamente, permitindo que este se escuse de suas responsabilidades legalmente estabelecidas, deixando tudo a cargo da mãe.

Outro aspecto de infringência ao princípio da legalidade diante da recusa ao fornecimento de material para a feitura do exame de DNA é o tratamento diferenciado entre os filhos.

O pai se negando à realização do exame de DNA viola a igualdade entre os filhos, vez que inviabilizando a prova na ação de investigação, não

será determinada a paternidade, o que deixa o filho não reconhecido em posição de inferioridade em relação a outros filhos que seu suposto pai porventura possa ter.

Esta posição de inferioridade se dá de modo que o filho não reconhecido deixa de ter direitos inerentes ao *status* de filho, como por exemplo, direito ao nome, direito a alimentos, e demais direitos explicitados no tópico denominado de aspectos civis.

Ademais, fica o filho não reconhecido impedido de conhecer sua origem biológica.

Como fora acima mencionado, o Estatuto da Criança e Do Adolescente, em seu art. 21, ao tratar do poder familiar, antigamente denominado de pátrio poder, o atribuiu a ambos os pais.

O pai não se submetendo ao exame de DNA, não possibilita a determinação da paternidade, e se exime de sua responsabilidade de compartilhar com a mãe o sustento, a guarda e a educação dos filhos, restando, desta forma, para a mãe, cumprir o seu dever e o dever do pai que dele se furtou.

Outro aspecto a se mencionar acerca da negativa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA, é que assim agindo o genitor está por ofender o princípio da paternidade responsável.

Tal princípio encontra-se consignado na Magna Carta, em seu art. 227, § 6º. Segundo o referido dispositivo, além de não poder haver qualquer distinção entre filhos havidos dentro de relação de casamento e os havidos fora dessa relação, atribuiu-se uma maior responsabilidade a ambos os pais.

Ao se negar a fornecer material para o exame, o suposto pai fere o princípio da paternidade responsável, vez que a paternidade não é nem determinada, deixando a criança sem pai, demonstrando a sua irresponsabilidade.

Da mesma forma ocorre a violação ao direito à convivência do filho com os seus pais, constitucionalmente assegurado. Se não houver a

obrigatoriedade ao exame, esse princípio à convivência é desrespeitado e o interesse do menor deixa de ser observado.

Assevera-se para a importância não só jurídica como também psicológica do direito de convivência. O pai ao não respeitar esse direito da criança, estar-se-á por retirar o referencial da presença masculina na vida de seu filho, o que acarretará, indubitavelmente, danos na formação da personalidade da criança.

Ainda no campo das relações familiares, ante a não realização do exame de DNA, limita-se o atendimento ao princípio constitucional de proteção das relações familiares por parte do Estado.

O *caput* do art. 226 da Carta Magna prevê que a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado. Se o Estado não exige que o pai se submeta ao exame de DNA, deixa de cumprir com o seu dever, vez que através do exame de DNA que ficará determinada a verdade biológica da filiação e é através da descoberta da filiação que são estabelecidos os laços de parentesco.

Daí decorre o princípio da paternidade responsável acima explicitado. Se este princípio não for atendido, conseqüentemente, o princípio da proteção das relações familiares também não será atendido.

Outro fundamento acerca da possibilidade de se obrigar o suposto pai a se submeter ao exame de DNA é a observância ao art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*: “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”.

Da análise do dispositivo acima transcrito verifica-se que o reconhecimento do estado de filiação é um direito irrestrito. A recusa do pai à realização do exame de DNA representa um obstáculo ao exercício do direito ao reconhecimento de paternidade e, por conseqüência, ao estado de filiação.

Sendo assim, a recusa do pai do pai representa violação à disposição de lei.

Assim conclui Eliane CAROSI:

Se, o estado de filiação não pode sofrer quaisquer restrições, então, o reconhecimento desse estado, através da averiguação oficiosa de paternidade ou, da investigação de paternidade, também não pode ser obstaculizado pela não determinação judicial do exame de DNA, para o suposto pai, investigado, porque do contrário estar-se-á a ferir dispositivo expreso de Lei, o que basta para impedir tal decisão<sup>87</sup>.

Diante dos crescentes avanços científicos e com o advento do exame de DNA, não há mais espaço para presunções de paternidade.

Através do exame de DNA, com altíssimos índices de probabilidade por ele apresentados, pode-se obter a verdade real acerca da paternidade. Todavia, se o pai se recusa a realizar o exame de DNA, representa um obstáculo na busca da verdade.

Como fora acima mencionado, não há porque se trabalhar com presunções no campo da paternidade diante da possibilidade de se ter a paternidade biológica seguramente determinada.

Se o suposto pai se nega a realizar o exame de DNA, diante de outras provas, pode o juiz declarar a paternidade com base na presunção. Todavia, corre-se o risco de ser atribuído ao suposto pai filho que não é seu. No entanto, se houvesse a obrigatoriedade de realização do exame de DNA, situações como a mencionada, não mais ocorreriam.

Destarte, outro fundamento relevante quanto à possibilidade de se obrigar o suposto pai a se submeter ao exame de DNA é a liberdade de concepção que ele possui. Isto consiste no fato de que no envolvimento com a mulher assumiu a “possibilidade” de gerar um filho.

Eliane CAROSI bem explica o uso do termo “possibilidade”:

Dizemos ‘possibilidade’, porque entendemos que o homem que relaciona-se sexualmente com uma mulher, deve ter consciência da possibilidade de

---

<sup>87</sup> CAROSI, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de ‘ser’ o pai e o direito de ‘ser’ o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p.230.

aquela relação resulte o nascimento de um filho. A possibilidade do seu nascimento está presente e por isso entendemos que ele escolheu, ou seja, ao praticar o ato sexual assumiu todos os riscos pelo nascimento de uma criança e por isso deve assumi-la e ser responsável por ela<sup>88</sup>.

Pode-se afirmar que este fundamento da liberdade de concepção do pai divide-se em dois aspectos: (i), não se pode admitir que somente a mulher venha a sofrer as conseqüências de um ato que ambos praticaram; (ii), o filho não pode pagar por um ato de seus pais, ou seja, não pode o filho ser privado de ter sua paternidade determinada em função de “erro” de seus pais, sendo que estes possuíam liberdade de concepção.

Contudo, sem dúvida os fundamentos mais polêmicos são: violação da intimidade física do suposto pai e prevalência do direito de personalidade do filho.

O direito à intimidade e o direito à integridade física são previstos constitucionalmente, como já fora mencionado no tópico anterior.

Com base em tais direitos, alegando-se que se o pai for obrigado a se submeter ao exame de DNA, o STF entendeu que estar-se-ia por violar os referidos direitos fundamentais. Contudo, ousamos discordar de tal opinião.

Entendemos que tanto na investigação de paternidade como na possibilidade de se obrigar o suposto pai a se submeter ao exame de DNA, não há violação da intimidade nem da privacidade do pai.

Considerando que tal processo segue em segredo de justiça, não há que se falar em violação do direito à vida privada do suposto pai.

Outro aspecto é em relação à integridade física do pai. Não é possível se conceber que a retirada de uma gota de sangue ou de um fio de cabelo seja considerada violação à integridade física e obstáculo para a determinação da paternidade de uma criança. Para tanto, basta pensarmos a

---

<sup>88</sup> CAROSSI, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de ‘ser’ o pai e o direito de ‘ser’ o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p.230.

quantidade de fios que caem num simples pentear de cabelo. Logo, é não há que se falar em afronta ao princípio da integridade física.

Acerca de tal aspecto, bem assinala Eliane CAROSI:

Também, o fato de retirar algumas gotas de sangue do pai, ou um fio de cabelo, a fim de realizar o exame de DNA, não fere a sua integridade física, quando a finalidade do ato não é agredir o corpo humano. O fim não é negativo (destruir, danificar) mas positivo (reconhecer a paternidade), reconhecer que gerou uma vida. A finalidade é maior e justifica o meio utilizado, mas não apenas isso, objetiva a construção e não a destruição. A vida do suposto pai não está ameaça diante da retirada do sangue, do fio de cabelo, da saliva, etc., mas a vida do filho poderá estar ameaçada diante do desconhecimento de sua origem<sup>89</sup>.

Mesmo aqueles que defendem que a retirada de um fio de cabelo ou de uma gota de sangue como violação à integridade física, devem ponderar que o interesse do menor se sobrepõe à ínfima ofensa ao direito à integridade física.

Como já fora explicitado, o direito do filho ao reconhecimento de paternidade consiste num direito de personalidade e entendemos que esse direito do filho deva ser priorizado.

Destarte, embora haja o direito do pai em contraposição ao direito do filho, a solução desse conflito de direitos fundamentais pelo método da ponderação, deve levar à prevalência do direito do filho, como mencionado no tópico anterior desse trabalho.

---

<sup>89</sup> CAROSI, Eliane Goulart Martins. **O exame de DNA face à investigação de paternidade: a responsabilidade de ‘ser’ o pai e o direito de ‘ser’ o filho**. Curitiba, 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. p.222.



## CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objeto a possibilidade de obrigar o suposto pai a se submeter ao exame de DNA, partindo-se da premissa que todo ser humano tem direito a conhecer sua origem genética e esse direito deve prevalecer em relação ao direito do pai à intimidade e à vida privada.

Partimos pela análise do direito à filiação, considerando-o como direito fundamental, por possuir as características inerentes a esse direito, ademais, possui caráter eminentemente público, vez que é interesse de toda a sociedade que a pessoa tenha tanto a sua maternidade como a paternidade determinada, o tornando um ser humano único. Porquanto, o é também um direito de personalidade e que visa à tutela da dignidade da pessoa humana

Contudo, a análise da relação paterno-filial pode se dar também, a partir da figura paterna, e então a necessária análise da paternidade. Da análise da paternidade, observa-se que esta se divide em 3 aspectos: a paternidade jurídica, a paternidade biológica e a paternidade socioafetiva, não havendo, pois, uma verdadeira paternidade.

É inegável a relevância da paternidade socioafetiva, uma vez que os verdadeiros laços de afetividade derivam da convivência e não do sangue. Todavia, não se pode desprezar a importância da paternidade biológica, sendo, inclusive, previsto na legislação vigente, o direito à ascendência genética, como sendo um direito elementar, imprescritível e indisponível<sup>90</sup>.

Ademais, com os avanços da engenharia genética, não há mais por que se aceitar presunções acerca da paternidade, haja vista a possibilidade de sua determinação com grau de certeza absoluta<sup>91</sup>.

Porém, o que se vislumbra é que diante da ausência de norma que obrigue o suposto pai à realização do exame, alguns se escusam alegando violação à intimidade e à vida privada.

---

<sup>90</sup> art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>91</sup> A certeza absoluta é admitida para a exclusão de paternidade. Na inclusão os índices de probabilidade variam entre 99,99% a 99,9999%.

Desta forma, há a colisão entre os direitos fundamentais do pai e do filho. Da teoria constitucional, depreende-se que a melhor forma para a solução do conflito é a aplicação do princípio da proporcionalidade segundo o método da ponderação.

Tal conflito já foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, não se pode afirmar que o STF julgou inconstitucional a compulsoriedade na realização do exame de DNA pelo suposto pai. Primeiramente porque se trata do julgamento de um habeas corpus e não de uma ação de inconstitucionalidade. Por outro lado, na decisão exarada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Habeas Corpus nº 76.060/SC a decisão pela não obrigatoriedade do suposto pai à realização ao exame de DNA se deu por condições particulares ao caso, uma vez que o juiz de primeiro grau ao determinar a condução do suposto pai “debaixo de vara” e com escolta policial, de fato estava por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Porquanto, ousamos afirmar que nos parece que o Código Civil, nos arts. 231 e 232, apregoa pela não compulsoriedade, porém, aquele que se recusa não poderá se aproveitar disso.

Neste sentido, acerca do art. 231, ensina Gustavo TEPEDINO:

O dispositivo impede aquele que se nega a submeter-se à perícia médica venha valer-se da ausência da prova a seu favor. Por opção legislativa, consagrou o codificador a impossibilidade de forçar alguém a fazer ou permitir que se faça um exame em si mesmo (em virtude da possibilidade de violação de alguns dos chamados direitos da personalidade). Em contrapartida, a não colaboração obsta a aplicação da regra do ônus da prova em benefício de quem não se submeteu ao exame<sup>92</sup>.

Já o art. 232 do Código Civil em vigor, reconhece a possibilidade de recusa à obrigatoriedade de submissão ao exame. Porém, a recusa gera a possibilidade de presunção jurídica da paternidade.

---

<sup>92</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República**. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 486.

Gustavo TEPEDINO critica a opção do legislador em não gerar como consequência da recusa, a presunção legal:

Mostra-se, a rigor, ocioso o art. 232 do Código Civil. O dispositivo legal não cuida de uma *presunção legal*, apenas trazendo uma *autorização e lei para a formação de uma presunção judicial*: o juiz *poderá* considerar a recusa como capaz de suprir a prova que se pretendia obter como exame. Em nenhum momento, pois, se vislumbra no dispositivo mencionado uma presunção, mas tão-somente a possibilidade de sua configuração.

(...)

O legislador perdeu, segundo alguns, a oportunidade de afirmar a existência de uma verdadeira *presunção legal*, contrária àquele que se recusa a submeter-se ao exame pericial, preferindo, tímida e desnecessariamente, repetir a possibilidade de o juiz considerar tal recusa no conjunto probatório<sup>93</sup>.

Contudo, apesar do entendimento proferido pelo STF e a opção do legislador pela não obrigatoriedade à submissão do exame, prevista nos arts. 231 e 232 do Código Civil, parte da doutrina tem defendido que a simples presunção é insuficiente para a resolução do conflito de interesses envolvidos na investigação de paternidade.

De fato, na investigação de paternidade, com o conhecimento da ascendência genética visa-se não só o conhecimento da paternidade, mas também os efeitos decorrentes do reconhecimento, quer de cunho extrapatrimonial, e aí destacamos, os de cunho psicológico e os que resguardam a dignidade humana, como por exemplo, direito ao estado de filho, direito ao nome, direito à convivência; quer de cunho patrimonial, como o direito à alimentos e direito à sucessão.

Nesse sentido, diante da colisão de direitos fundamentais do pai e do filho, defende-se a prevalência do direito à descoberta da identidade genética, em detrimento ao direito à intimidade.

---

<sup>93</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República**. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.488-489.

Embora o STF tenha se posicionado contra a compulsoriedade, parece-nos uma tendência natural que tal decisão venha a ser revista, em nome do interesse maior do menor e pelos motivos que levam à prevalência do direito do filho em detrimento do direito do pai, enfocados neste trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **Direito à identidade pessoal e o estado de filiação: Contributo à tutela da dignidade da pessoa humana.** Curitiba, 2002. 175 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. **O direito à filiação à luz da dignidade humana.** PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA.** PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade.** LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** 6 ed. rev., atual e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAHENA, Marcos. **Investigando a paternidade.** Leme: Editora de Direito, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A prova genética e os direitos humanos.** LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Direito à identidade genética.** PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. **Novas relações de filiação e paternidade.** PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

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

BONAVIDES, Paulo. Curso de **Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. aum. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARVALHO NETO, Algomiro e MUNIZ, Edivar da Costa. **Investigação de paternidade e seus efeitos: comentários à Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Araras: Bestbook, 1998.

DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Repensando o direito de família: Anais do I Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

\_\_\_\_\_. **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei nº 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995.

\_\_\_\_\_. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FACHIN, Rosana. Da filiação. DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONZÁLES, África. **As provas biológicas e o prazo de impugnação da paternidade**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. V. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado, volume 5: direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **O exame de DNA: Reflexões sobre a prova científica da filiação.** WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). 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, ou o limite entre o genitor e o pai.** LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Obtenção de DNA para exame: Direitos humanos “versus” exercício da jurisdição.** LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto e AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord). **Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693.** v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O exame do DNA como meio de prova – aspectos constitucionais.** LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, José Renato e ZAGANELLI, Margareth Vetis. **Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: Direito à intimidade ou direito à identidade.** LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais.** LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família.** 4ª ed. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2003.

PENA, Sérgio Danilo J. **Engenharia genética – DNA: a testemunha mais confiável em determinação de paternidade**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Repensando o direito de família: Anais do I Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código Civil e legislação correlata da família**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

\_\_\_\_\_. (coord). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. **Repensando o Direito de Família: Anais de I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. V. 6. 27 ed. atual. (por Francisco José Cahali) com anotações ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **Reconhecimento de paternidade**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 6 ed. Curitiba: Juruá, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. **Evolução legislativa no reconhecimento voluntário e judicial da filiação. Ação de investigação de paternidade. O DNA e a**



**possibilidade de obtenção científica da verdade biológica, desde que no interesse da criança.** PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Direito de família contemporâneo: Doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República.** v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENCESLAU, Rose Melo. **Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica.** RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (coord). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** v. 6. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: parte geral.** v. 1. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord). **Curso avançado de processo civil, volume 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 6 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais.** v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. **Relativização do princípio da dignidade da pessoa humana na condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA.** Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, jan-fev-mar/2000.