

ELIANE GOULART MARTINS CAROSI

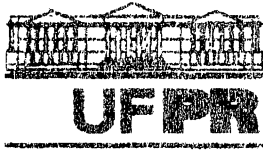
*De cordo com a
mãe reveser.
Eduardo de Oliveira Leite
12/09/03*

O EXAME DE DNA FACE À INVESTIGAÇÃO DE PATERNI-
DADE: A RESPONSABILIDADE DE 'SER' O PAI
E O DIREITO DE 'SER' O FILHO

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite

CURITIBA

2003



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Setor de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito
Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado
Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar - CEP 80.020-300 Curitiba - Paraná - Brasil
Fone/Fax: (41) 310-2688 - site: www.direito.ufpr.br - e-mail: posjur@ufpr.br

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Tese apresentada pela Doutoranda Eliane Goulart Martins Carossi, realizada no dia sete de julho de dois mil e três, às oito horas e trinta minutos.

Aos sete dias do mês de julho do ano de dois mil e três, às oito horas e trinta minutos, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR - 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Tese apresentada pela Doutoranda Eliane Goulart Martins Carossi, sob o título **"O Exame de DNA Face à Investigação Oficiosa de Paternidade: a Responsabilidade de 'Ser' o Pai e o Direito de 'Ser' o Filho"**. Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Eduardo de Oliveira Leite (Orientador-Presidente/UFPR), Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida (USP), Reinaldo Pereira e Silva (UFSC), Eroulths Cortiano Junior (UFPR) e Clayton Reis (FDC/UTP) respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pela Doutoranda, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Tese, em seguida cada examinador arguirá a candidata, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a arguição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, a candidata foi argüida sucessivamente pelos Professores Doutores Eduardo de Oliveira Leite, Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, Reinaldo Pereira e Silva, Eroulths Cortiano Junior e Clayton Reis. Em seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Tese, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Tese, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Eduardo de Oliveira Leite, 8,00 (oito inteiros), Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, 7,50 (sete inteiros e cinquenta centésimos), Reinaldo Pereira e Silva, 7,50 (sete inteiros e cinquenta centésimos), Eroulths Cortiano Junior, 8,00 (oito inteiros), Clayton Reis, 8,00 (oito inteiros), resultando a média 7,80 (sete inteiros e oitenta centésimos), equivalente ao conceito C, "com a obrigação de incorporar as sugestões e críticas da Comissão, fixando um prazo de 60 dias para atender à recomendação nos termos do art. 63 da Resolução 46/97-CEPE". A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Sandra Mara Pinheiro Maciel, Assistente em Administração, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Setor de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito
Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado
Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar - CEP 80.020-300 Curitiba - Paraná - Brasil
Fone/Fax: (41) 310-2635 - site: www.direito.ufpr.br - e-mail: posjur@ufpr.br

PARECER

A Comissão Julgadora da Tese apresentada pela doutoranda **Eliane Goulart Martins Carossi**, sob o título **O Exame de DNA Face à Investigação Oficiosa de Paternidade: a Responsabilidade de 'Ser' o Pai e o Direito de 'Ser' o Filho**, após arguir a candidata e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-la por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite - 8,00 (oito inteiros)

Prof.ª Dr.ª Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida - 7,50 (sete inteiros e cinquenta centésimos)

Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva - 7,50 (sete inteiros e cinquenta centésimos)

Prof. Dr. Eroulth Cortiano Junior - 8,00 (oito inteiros)

Prof. Dr. Clayton Reis - 8,00 (oito inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Doutor em Direito à candidata Eliane Goulart Martins Carossi**.

É o parecer.

Curitiba, 7 de julho de 2003.

ELIANE GOULART MARTINS CAROSI

O EXAME DE DNA FACE À INVESTIGAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE:
A RESPONSABILIDADE DE 'SER' O PAI E O DIREITO DE 'SER' O FILHO

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite

Tese aprovada em ____/____/2003 como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito (área de concentração: Direito das Relações Sociais) no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

COMISSÃO JULGADORA

1ª Examinadora: Prof.ª Dr.ª  Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida (USP)

2º Examinador: Prof. Dr. Clayton Reis (UFPR)

3º Examinador: Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva (UFSC)

4º Examinador: Prof. Dr. Esoulths Cortiano Junior (UFPR)

5º Examinador: Orientador Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite (UFPR)

AGRADECIMENTOS

Ao orientador, Professor Dr. Eduardo de Oliveira Leite,
pela orientação presente, segura e valiosa.

Ao meu marido Elias e ao meu filho Gabriel,
pelo incentivo e pela compreensão.

Ao colega, Professor Dr. Wilson Antonio Steinmetz,
pelo apoio ímpar.

À Universidade Federal do Paraná e à Universidade
de Caxias do Sul, pela oportunidade.

SUMÁRIO

Agradecimentos	iii
Resumo	vii
Abstract	viii
INTRODUÇÃO	1

PARTE I

A PATERNIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

CAPÍTULO I – A PRESUNÇÃO LEGAL DA PATERNIDADE	10
Seção 1 – A Construção genética humana:	
O exame de DNA e a paternidade biológica	21
Seção 2 – O Grau de certeza científica e a falibilidade do exame	28

PARTE II

A LEI N. 8.560/92 E O EXAME DE DNA COMO MEIO DE PROVA INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE

CAPÍTULO I – CABIMENTO DO EXAME DE DNA NA AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE	35
Seção 1 – A obrigação do suposto pai de se submeter ao exame	49
CAPÍTULO II – O DIREITO DE PERSONALIDADE DO FILHO	61
Seção 1 – O direito do filho à investigação da sua origem	68
CAPÍTULO III – A RECUSA COMO CONFISSÃO FICTA:	

PRESUNÇÃO FÁTICA OU JURÍDICA?	79
Seção 1 – Responsabilidade civil do pai pela não realização do exame	90
Seção 2 – Reparação do dano sofrido pelo suposto pai:	
resultado negativo	108
Seção 3 – O exame de DNA e a coisa julgada	111

PARTE III

DIREITOS DO FILHO RECONHECIDO EM RELAÇÃO AO PAI

CAPÍTULO I – EFEITOS DE ORDEM PESSOAL	118
Seção 1 – Direito ao estado de filho	119
Seção 2 – Direito ao nome	123
Seção 3 – Vínculo de parentesco	127
Seção 4 – Direito de convivência	130
Seção 5 – Direito de visitas	131
Seção 6 – Poder-dever dos pais	133
Seção 7 – Guarda simples	136
Seção 8 – Guarda compartilhada	139
CAPÍTULO II – EFEITOS DE ORDEM ECONÔMICA	147
Seção 1 – Direito a alimentos	147
Seção 2 – Direito sucessório	154
CAPÍTULO III – EFEITOS DE ORDEM AFETIVA	160

PARTE IV

PATERNIDADE RESPONSÁVEL

CAPÍTULO I – A RELAÇÃO JURÍDICA	
E A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL	164
Seção 1 – Definindo a paternidade	164
Seção 2 – A Função da lei: Paternidade juridicamente responsável	169
Seção 3 – A Função do exame de DNA:	
Paternidade geneticamente responsável	172
Seção 4 – A Função do pai: Paternidade afetivamente responsável	174
Seção 5 – A Função do responsável: Paternidade responsável	184

PARTE V

A DESIGUALDADE NO TRATAMENTO DOS FILHOS

CAPÍTULO I – CARACTERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO	191
Seção 1– O descendente	194
Seção 2 - O filho.....	196

PARTE VI

PATERNIDADE DETERMINADA

CAPÍTULO I – A PATERNIDADE DETERMINADA	
PELO EXAME DE DNA.....	210
Seção 1 – Fundamentos e conclusões sobre a obrigatoriedade do suposto pai à submissão ao exame	210

PARTE VII

PATERNIDADE ESCOLHIDA

CAPÍTULO I – DIREITO PLENO DE FILIAÇÃO	232
Seção 1 – Possibilidade de averiguar o pai biológico na adoção	240
Seção 2 – Direito de renunciar ao nome do pai no registro civil	243
CONCLUSÃO	246

ANEXO I – COMPARAÇÃO DA LEI DE AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DA PATERNIDADE COM O CÓDIGO CIVIL	256
--	------------

ANEXO II – QUADRO COMPARATIVO ENTRE A LEI N. 8.560/92 E O NOVO CÓDIGO CIVIL.....	259
---	------------

ANEXO III– SUGESTÕES DE LEGISLAÇÃO	262
---	------------

1 – NORMATIZAÇÃO DO EXAME DE DNA NA AVERIGUAÇÃO OFICIOSA E NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	262
--	------------

2 – NORMATIZAÇÃO DA PATERNIDADE ESCOLHIDA	264
--	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	267
---	------------

RESUMO

Entre as invenções mais grandiosas da humanidade está o exame de DNA, que entre outras utilidades, serve para comprovar a paternidade, nas averiguações oficiosas de paternidade (Lei nº 8.560/92) e nas ações de investigação de paternidade. Entretanto, a matéria que envolve estas questões, aliada ao exame, não é pacífica na doutrina e na jurisprudência, ensejando posicionamentos ainda não sedimentados. Diante dos princípios constitucionais, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, entendemos que o suposto pai deve ser submetido ao exame, protegendo-se o direito fundamental do filho ao conhecimento da sua origem genética, ínsito no seu direito de personalidade. Em decorrência, analisamos a confissão ficta, quando o suposto pai não realiza o exame, presunção jurídica, de acordo com o art. 212, do Código Civil. Desta forma, poderá haver direito de indenização por danos materiais e morais, para o suposto pai, quando a ação de investigação de paternidade for improcedente, somente em caso de uso indevido ou abusivo da ação, bem como para o filho, no caso de reconhecimento judicial forçado, após ter sofrido rejeição, abandono e privações, além de terem sido negados os seus direitos de filho. Também, analisamos a paternidade responsável, enfrentando a relação paterno-filial. Verificamos a desigualdade no tratamento dos filhos, havidos fora do casamento, o que culminou com uma nova estrutura de filiação : os descendentes, os filhos gerados e desejados e, os desejados. Por fim, tratamos da paternidade escolhida, onde encontramos o direito pleno de filiação. Abordamos o art. 1.593, do Código Civil, que trata do parentesco derivado de 'outra origem', como sendo uma possibilidade de concretização da paternidade socioafetiva no Direito de Família brasileiro. Daí a necessidade de escrevermos, a respeito de diversos temas que envolvem a filiação e a paternidade na sociedade pós-moderna em que vivemos, em constante transformação cultural, científica e social.

Abstract

Among some of the greatest invention of mankind is the DNA Testing. Among its many uses are proof of paternity, court order examinations of paternity, and the legal actions of paternity investigations. However, the material that involves these matters, along with the test, is not totally agreeable in terms of principle and jurisprudence, and is without solid positions. By the constitutional principles of the Child Statute and Adolescent Statute of the Civil Code it is understood that the alleged father must be submitted to the test, protecting the fundamental right of the child to know his/her genetic origin and his/her right of personality. And so, we analyze the false confession, when an alleged father does not submit to the test, which then becomes a matter for the court according to art. 212 of the Civil Code. As such, there will be indemnification for moral and material damages to the alleged father when the investigation of paternity proof is unfounded, as well as for the child in the case of identification, after rejection abandonment neglect. There is also the responsible paternity, facing the father-son relationship. We check the differences in treatment of the children conceived out of marriage, which creates a new filiation structure: the descendents, the children conceived and wanted, and the children wanted. Finally, we deal with paternity choice, direct right of filiation. We come to article. 1.593 of the Civil Code, that deals with the relation advent of another origin as being a possibility for joint paternity in the Brazilian Family Right. Thus, the necessity that we write about several themes that involve the filiation and the paternity in this post-modern society that we live in.

INTRODUÇÃO

Este estudo é justificado diante da necessidade urgente de novas construções jurídicas e interpretações em nosso ordenamento jurídico, acerca do exame de DNA na investigação oficiosa de paternidade, tema atual e que tem gerado inúmeras posições e conflitos entre aqueles que se dedicam ao estudo da matéria, diante de questões como: aplicação, interpretação, validade, limites, obrigatoriedade da submissão ao exame, efeitos referentes a confirmação da verdade biológica e/ou na aceitação da filiação afetiva, importância e influência dos princípios constitucionais, referentes aos direitos fundamentais do indivíduo, prevalência do interesse do filho nas questões referentes aos direitos personalíssimos e indisponíveis, cancelados por dispositivos constitucionais e previstos na legislação infraconstitucional, bem como a possibilidade de indenização por danos morais e materiais.

Quanto ao aspecto jurídico do problema da paternidade e da filiação, sobre as questões formuladas e ainda não definitivamente esgotadas, entendemos que é temerária a posição do Supremo Tribunal Federal, quando o suposto pai se nega à realização do exame. Esse julgamento isolado não pode servir de parâmetro para outras decisões, pois a utilização do DNA humano nesta matéria não é pacífica na doutrina e na jurisprudência, existindo inúmeras discussões a respeito.

Em matéria de filiação as regras do novo Código Civil, embora avançadas e inovadoras em alguns aspectos, conforme o que determina a Constituição Federal

de 1988, quanto ao princípio da igualdade da filiação, são incompatíveis com a sociedade pós-moderna¹ em que vivemos.

Entre as investigações científicas grandiosas, entre as quais estão o exame de DNA e as procriações artificiais, que somente agora ocupam lugar na legislação civil (art. 1.597), como presunção da paternidade dentro do casamento, são insuficientes para abranger todas as situações existentes na vida em sociedade, reservando-se aos profissionais do direito a interpretação e análise de cada caso, conforme à Constituição Federal e as normas infraconstitucionais, entre estas, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e a Lei nº 8.560/92, que trata da averiguação oficiosa de paternidade, no que pertine ao reconhecimento da paternidade.

No novo Código Civil a filiação é tratada a partir do art. 1.596 e o reconhecimento da paternidade é tratado a partir do art. 1.607, sendo importante destacar os arts. 231 e 232, que tratam da prova nos fatos jurídicos, referindo-se a prova pericial

¹ Utilizamos a expressão 'pós-modernidade' procurando demonstrar o caráter de mudança social no nosso tempo e no Direito, em especial no Direito de Família. Neste ramo do Direito encontramos diversos problemas que preocupam a sociedade atual e sofrem constantes e rápidas transformações. Para Cláudia Lima Marques, Maria Cláudia Cachapuz e Ana Paula da Silva Victória, em artigo denominado Igualdade entre os filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno ? In: *Revista dos Tribunais*, n. 764, p. 13: " Como já tivemos oportunidade de observar, os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito civil como um todo. Tempos de ceticismo quanto ao positivismo, quanto à capacidade de a ciência do direito dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e que modificam com uma velocidade assustadora."

Sobre a terminologia utilizada e a diferenciação entre 'modernidade' e 'pós-modernidade', citamos entre outros : Kumar Krishan, na obra *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*, p. 79 " a modernidade é uma designação abrangente de todas as mudanças intelectuais, sociais e políticas – que criaram o mundo moderno". Segundo ele, o nascimento da modernidade foi marcado pela nova consciência que surgiu a partir da Revolução francesa de 1789. Passou a significar o rompimento com o passado, transformando-se na 'nova era', significando a idéia de continuação ininterrupta de coisas novas. Já o 'pós-modernismo' nasceu da ruptura com a 'era moderna' ou clássica, no último quartel do século XIX. Explica o autor na p. 123, que : "Originando-se sobretudo na esfera cultural, o conceito de pós-modernismo (ou pós-modernidade) espalhou-se para abranger um número cada vez maior de áreas da sociedade. Fala-se não só em pintura, arquitetura, literatura e cinema pós-modernos, mas também de filosofia pós-moderna, política, economia, família e mesmo em pessoa pós-moderna. A sugestão é que as sociedades industriais sofreram uma transformação tão vasta e fundamental que merecem um novo nome. A questão, portanto, torna-se a seguinte: estamos vivendo não apenas em uma cultura pós-moderna, mas em uma sociedade cada vez mais pós-moderna." Para David Lyon, na obra *Pós-modernidade*, p. 17 " A 'pós-modernidade', (...) enquanto ainda se concentra no esgotamento da modernidade, tem haver com mudanças sociais(...)."Conclui o autor, na p. 128, que: " o conceito de pós-modernidade é uma 'problemática' valiosa que nos alerta para questões nucleares relativas às mudanças sociais contemporâneas(...) Mudanças sociais e culturais sem precedentes estão acontecendo, se 'pós-modernidade' é ou não o melhor termo para consubstanciar essas mudanças é uma questão controversa." Ainda, Boaventura de Souza Santos, na obra *Introdução a uma ciência pós-moderna*, p. 11: " A época em que vivemos deve ser considerada uma época de transição entre o paradigma da ciência moderna e um novo paradigma, de cuja emergência se vão acumulando os sinais, e a que, à falta de melhor designação, chamo ciência pós-moderna."

quando há recusa à realização do exame médico, artigos que devem ser aplicados nos casos de recusa ao exame de DNA, nas averiguações e/ou nas ações de investigação de paternidade.

Por isso, o tema é importante na medida em que pretende apresentar soluções na resolução dos conflitos que circundam a averiguação oficiosa de paternidade, através da utilização do exame de DNA.

A análise minuciosa de diversos aspectos que hoje gravitam no Direito de Família, sem solução adequada e sem unanimidade na matéria, pretende estudar o exame de DNA, desde a sua constituição técnico-científica até os resultados produzidos na investigação de paternidade, os limites que devem ser impostos, a obrigação ou não da submissão do suposto pai à realização do exame e os benefícios efetivos que as partes, em especial o filho que busca o reconhecimento, alcançam com tal produção de prova.

O estudo tem como marcos iniciais os artigos: 226, parágrafo 7º; 227, caput; 227, § 6º e 229, da Constituição Federal, que tratam do princípio da paternidade responsável ; do dever de convivência dos pais para com a criança e o adolescente, da igualdade de direitos entre os filhos de qualquer origem e do dever de sustento dos pais para com os filhos menores, respectivamente.

Em seguida, é observada a Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992, editada no intuito de regulamentar a questão da averiguação de paternidade, de acordo com proposição constitucional e observando os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts.: 15, 19, 20, 22, 26 e 27). O objetivo maior da Lei 8.560/90, é o de possibilitar o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, importando no reconhecimento de inúmeras crianças e adolescentes brasileiros que ainda não possuem um pai biológico, constante no registro civil de seu nascimento, tornando-se menos complicado buscar a paternidade através do exame de DNA neste procedimento, pois tal exame possui grau de certeza quase absoluto (99, 9999%), segundo a doutrina e a jurisprudência, questão a ser abordada no presente trabalho.

E, finalmente, em relação à legislação, procedemos a verificação do novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.2002, em vigor a partir de 11.01.2003, nos artigos que interessam a filiação e ao reconhecimento da paternidade, em especial o art. 1.593, que trata das novas formas de parentesco; o art. 1.597, que dispõe sobre a paternidade presumida no casamento e as procriações artificiais homólogas e hete-

rólogas; o art. 212, que trata da presunção; os artigos 231 e 232, que referem-se à prova pericial; o artigo 186, que dispõem sobre a responsabilidade civil, entre outros (art. 1.596 e ss; art. 1.607 e ss e art. 11 e ss.)

Assim, enfocamos o tema da paternidade e conseqüentemente da filiação.

Na primeira parte da nossa exposição, abordamos o tema na sua generalidade, ou seja, a paternidade no Direito brasileiro, destacando a presunção legal da paternidade, prevista no Código Civil de 1916 e mantida no atual Código Civil, vigente a partir de 2003, no art. 1.597, onde juridicamente se considera pai o marido da mãe, presumindo filhos, aqueles concebidos na constância do casamento dos pais, até prova em contrário. O novo Código Civil acrescenta no art. 1.597, novos critérios de presunção, fundados na evolução científica, além dos prazos de presunção, já estabelecidos no Código anterior.

Além disso, abordamos o exame de DNA, como meio de prova na paternidade biológica, segundo a evolução genética humana, dentro de uma análise também conduzida pela ciência médica à respeito, concluindo com a grande certeza científica que apresenta o exame, segundo peritos², que é de 99,9999%, gerando a inclusão da paternidade. Porém, salientamos que este dado é matemático e, não científico, sendo que não podemos deixar de referir que existem fatores intrínsecos e extrínsecos ao exame de DNA, que podem alterar o seu resultando, gerando questionamentos quanto a validade e falibilidade do exame segundo a doutrina majoritária.³

Na parte II, analisamos a Lei nº 8.560/92 e o cabimento do exame de DNA, como meio de prova na averiguação oficiosa de paternidade, concluindo que as

² Para diversos doutrinadores entre os quais Zeno Veloso, *Direito brasileiro de filiação e paternidade*, p. 108: " Toda a cultura, a construção doutrinária, a jurisprudência, enfim, toda a concepção sobre a prova nas ações de filiação, que tinha por base a circunstância de que a paternidade era um mistério impenetrável, sendo impossível obter-se a prova direta da mesma, passou, recentemente, por radical transformação, e um entendimento de séculos teve de ser inteiramente revisto. Com o progresso científico e a invenção do teste de DNA(ácido desoxirribonucléico), a paternidade pode ser determinada com absoluta certeza...". No mesmo sentido Silvio Rodrigues. *Direito Civil: Direito de família*, p. 374 , adotando parecer de geneticistas: "A ciência ainda evoluiu mais, com a descoberta do fator DNA (ácido desoxirribonucléico). O teste de DNA prova com certeza absoluta a filiação investigada." Também Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, p. 205, seguindo exposição de Sérgio D.L.Pena, conclui: " Realizados os testes do material colhido do filho, do pretenso pai e (quando possível) da mãe, o perito pode, num cálculo de probabilidade, chegar a um resultado matemático superior a 99, 9999%, ou seja, afirmação absoluta."

³ Nesse sentido citamos: SILVA, Reinaldo Pereira e . Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In: LEITE, Eduardo de Oliveira(Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, aspectos constitucionais, civis e penais, p. 235 a 259 ; TRATCHENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sangüíneos na determinação da paternidade. In: *Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul*, v.63, 1995 e BOEIRA, Alfredo Gilberto. O perfil de DNA como prova judicial – uma revisão crítica. In: *Revista dos Tribunais*, nº 714, p. 290-297, entre outros.

partes podem requerer tal exame, durante o procedimento, para confirmar a paternidade, embora a Lei não tenha feito tal previsão. Assim, entendemos possível e necessário que já no momento da recusa ou omissão do pai, quando recebe a notificação, lhe deva ser aberto prazo para defesa, com todos os meios de prova cabíveis, inclusive o exame de DNA.

Também analisamos a obrigação do suposto pai de se submeter ao exame de DNA, na averiguação e investigação de paternidade, tema que tem suscitado divergências na doutrina e nos Tribunais, especialmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal, consagrada no *habeas corpus* nº 71.373, originário da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado no ano de 1994, que considerou infringência as garantias constitucionais de preservação da dignidade humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo humano, de império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer, a condução do réu 'debaixo de vara', para realizar o exame.

Ainda, em conseqüência dos temas anteriores e correlatos, em seguida fizemos a análise do direito de personalidade do filho, que inclui o direito de investigar sua origem, conforme art. 5º, incisos I, III e IV, da Constituição Federal, art. 227, *caput* da Lei maior, art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o art. 8º da Lei nº 8.560/92 e arts. 11 a 20 do Código Civil, podendo o filho buscar o conhecimento da verdade biológica em qualquer momento.

Após, abordamos a confissão ficta do pai que não se submete ao exame, como solução encontrada pela doutrina e pela jurisprudência para tais situações, mas que não é suficiente para resolver a questão, pois esta posição é oriunda do ordenamento jurídico anterior, onde prevalece a presunção de paternidade, que já não serve mais como um critério seguro e justo, pois a paternidade segundo o ordenamento jurídica vigente, deve ser a responsável e não a presumida, que possibilita a atribuição de falsa paternidade. A propósito deste tema, importante a nova disposição legal, constante no art. 212, do Código Civil, que trata da presunção, como um meio de prova admissível em direito, portanto, também no Direito de Família e no caso em tela.

Em decorrência da não realização do exame de DNA, pelo suposto pai, surge, segundo nosso entendimento, a possibilidade de responsabilizar o pai pela não realização, com base no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, bem como do

art. 186 do Código Civil, sendo viável a reparação do dano material e moral nas relações familiares.

Ao contrário do efeito negativo, causado pelo não reconhecimento do filho, os efeitos positivos, gerados pelo reconhecimento, voluntário ou judicial, são direitos do filho em relação ao pai, tais como: estado de filho, nome, convivência, visita, alimentos, guarda simples e compartilhada, sucessão, analisados na parte III.

Na parte IV, abordamos a paternidade responsável, enfrentando a relação jurídica e a relação paterno-filial, onde a questão é definir: quem é o pai juridicamente? O pai presumido pela Lei; o pai definido biologicamente pelo exame de DNA ou, o pai afetivamente responsável?

Na parte V, tratamos da desigualdade no tratamento dos filhos, perante a lei, buscando caracterizar a filiação dentro da 'desigualdade' que existe na relação filho X pai, em procedimento de averiguação oficiosa da paternidade ou em processo de investigação de paternidade e não da igualdade que inexistente. Nesta relação existe o 'descendente', que normalmente é o filho gerado e não aceito ou reconhecido espontaneamente e, o filho propriamente dito, tido e aceito pelo pai. Pois, o filho desejado, pode advir não só de relação biológica, mas de paternidade adotiva, ser produto de inseminação artificial, ou ser tratado e criado como filho, como na posse do estado de filho (paternidade socioafetiva).

Na parte VI, abordamos a *paternidade determinada* pelo exame de DNA, elencando os seguintes fundamentos e conclusões a respeito da obrigatoriedade do suposto pai à submissão ao exame:

1. Infringência ao princípio de igualdade entre os filhos
2. Infringência ao princípio de igualdade entre o homem e a mulher
3. Infringência ao poder familiar
4. Liberdade de concepção
5. Direitos recíprocos entre pais e filhos
6. Atribuição do Poder Judiciário
7. Ofensa ao princípio da paternidade responsável
8. Desrespeito à garantia constitucional de convivência da criança e do adolescente
9. Assistência do Estado
10. Violação da intimidade ou integridade física do suposto pai
11. Busca da verdade real

12. Prevalência do direito de personalidade do filho
13. Obediência ao princípio constitucional de proteção das relações familiares pelo Estado
14. Doutrina da proteção integral do filho menor
15. Reconhecimento irrestrito do estado de filiação

Na parte VII, tratamos da *paternidade escolhida*, onde encontramos o *direito pleno de filiação*, onde o filho é sujeito de direitos, após a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo capaz de fazer escolhas, de acordo com o seu interesse. Uma dessas escolhas pode ser quanto a verdadeira paternidade, segundo a Lei nº 8.560/92, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil.

Creemos ser possível estabelecer como verdadeira e única paternidade, a escolhida pelo filho não reconhecido, já que havido fora do casamento, diante do direito fundamental do filho, a personalidade, busca de sua origem e bem-estar ou melhor interesse. Também por analogia ao instituto da adoção, onde o pai escolhe o filho, o filho também poderá escolher quem deve ser o seu pai, mesmo porque existe regra no Estatuto da Criança e do Adolescente nesse sentido, onde o filho maior de doze anos deve dar o consentimento na adoção e, ainda, por ausência de previsão legal sobre esta matéria no ordenamento jurídico vigente, seja permitindo ou seja proibindo.

Dentro do mesmo critério, de optar pelo que mais interessa ao filho, também, somente ele poderá renunciar ao nome do pai no registro civil.

Em anexo, procuramos comparar o conteúdo da Lei nº 8.560/92, com o novo Código Civil. Este Código, quanto ao reconhecimento dos filhos, reproduz em grande parte a Lei, revogando apenas dispositivos que forem incompatíveis, o que não ocorre. Assim, a Lei se mantém por seus próprios e jurídicos fundamentos e objetivos.

Por fim, também, em anexo, sugerimos legislação a respeito do exame de DNA, na averiguação e na investigação de paternidade, bem como, sugerimos regulamentação específica para normatizar a paternidade plena, ou seja, aquela escolhida pelo filho.

Como verificamos, muitas dúvidas e divergências surgiram neste campo, com respeito as questões intrínsecas ao exame de DNA, sem solução concreta até o momento, como:

1. O exame de DNA é prova definitiva da paternidade?
2. O suposto pai pode negar-se a se submeter ao exame de DNA?
3. Tem o suposto pai direito de não realizar a prova pericial contra si próprio?
4. A recusa do suposto pai de se submeter ao exame de DNA implica, necessariamente, em confissão ficta?
5. A confissão ficta é presunção fática ou jurídica? Se jurídica qual o seu valor para o mundo do direito?
6. A submissão ao exame (mesmo com resultado positivo) não cria laços paterno-filiais, mas só garante efeitos (menores) de ordem pessoal (direito ao nome do pai, direito de visitas) e de ordem econômica (pensão alimentícia)?
7. O direito fundamental do filho de ter acesso a sua origem deve prevalecer diante dos princípios da dignidade, da integridade física e incolumidade do suposto pai?
8. O conhecimento de sua ascendência é direito de personalidade do filho?
9. O filho gerado é idêntico ao filho gerado, mas não desejado? Como ficam os filhos diante do princípio da igualdade constitucional?
10. Quais são os efeitos benéficos da efetiva relação paterno-filial?
11. O exame de DNA determina o pai ou apenas o genitor?
12. A não confirmação da paternidade gera, para o suposto pai, direito à indenização por danos morais e materiais?
13. A não aceitação do filho pelo pai, ao negar-se à realização do exame de DNA, para confirmação da paternidade, gera para o filho direito de indenização pelos danos materiais e morais sofridos ?
14. O mero exame de DNA, resgata e garante a paternidade?

Estes são alguns pontos obscuros e/ou controvertidos, tanto na doutrina e na legislação, quanto na jurisprudência brasileira, em especial na Lei nº 8.560/92 e no novo Código Civil, que necessitam respostas e uma contribuição mais efetiva e específica sobre a matéria, o que não se fez até o presente momento. Daí o desejo de formular tal proposta com esta tese.

PARTE I

A PATERNIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

CAPÍTULO I

A PRESUNÇÃO LEGAL DA PATERNIDADE

A relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos deriva da paternidade¹, sendo que o parentesco pode ser constituído pela consangüinidade, pela afinidade, pela adoção e através de “outra origem”, conforme previsão do art. 1.593, do Código Civil.

No ensinamento de Clóvis Bevilacqua, a filiação, a paternidade e a maternidade consistem na:

“ relação de parentesco existente entre a prole e o progenitores chama-se *filiação*, quando considerada, ascencionalmente, dos filhos para seus imediatos ascendentes; *paternidade*, quando considerada, descencionalmente, do pai para o filho; e *maternidade*, quando ainda descencionalmente, se tem em mira a mãe em face do filho.”²

¹ Sobre a origem e evolução da paternidade e seu reconhecimento, ver “escorço histórico”, realizado por Caio Mario da Silva Pereira, na obra *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 7 –45. Ver também obra de Clovis Bevilacqua. *Direito de família*, p. 309-350, com análise do Direito comparado. Na Argentina, a Lei 23.264, com as modificações incorporadas ao Código Civil pela Lei 23.515, semelhante a nossa legislação, dispõe no art. 77, sobre a presunção de paternidade, que também é relativa: “ El máximo de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción admite prueba en contrario.” Ver a respeito a obra: BÍSCARO, Beatriz R. *Régimen de filiación y patria potestad: Ley 23.264*, Buenos Aires: Astrea, 1993.

² BEVILAQUA, Clovis. *Direito de família*, p. 309. Washington de Barros Monteiro, na obra *Curso de Direito civil*, p. 238, entende que “ O vocábulo filiação exprime a relação que existe entre o filho e as pessoas que o geraram. Encarada em sentido inverso, isto é, do lado dos genitores referentemente ao filho, essa relação chama-se paternidade ou maternidade. Note-se, entretanto, que, em linguagem jurídica, às vezes, se designa por paternidade, num sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita, como a maternidade.”

A doutrina nacional, até a Constituição Federal de 1988, em relação a filiação, adotou a seguinte classificação³:

1. Filhos Legítimos – os nascidos de um casamento.
2. Filhos Ilegítimos – os nascidos de relações eventuais, concubinárias ou adulterinas e por parentesco muito próximo. Classificavam-se em:
 - a) Naturais – Cujos pais eram pessoas livres, as quais poderiam se casar, mas não casaram;
 - b) Adulterinos – Nascidos de um pai e/ou uma mãe impedidos de se casarem, porque já eram casados com outra pessoa e,
 - c) Incestuosos – Nascidos de pessoas unidas por parentesco consanguíneo muito próximo.
3. Filhos Legitimados- Nascidos fora do casamento, mas que os pais eram livres para casar-se . Se os pais casassem posteriormente ao nascimento do filho, estes tornavam-se filhos legitimados.

Assim foram classificados os filhos e foi construída a paternidade legal no Direito Brasileiro, criando-se a presunção “ *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*” ou na forma abreviada “ *pater is est*”, muitas vezes utilizada. Esse conhecido adágio romano, em que a paternidade do marido é presumida, sendo o filho gerado por mulher casada, influenciou a legislação brasileira, que adotou o mesmo critério. Era considerado pai pela legislação brasileira, disposta no Código Civil de 1916, o marido da mãe. Portanto, era o casamento que determinava a paternidade e, segundo Pontes de Miranda, a presunção de que o filho concebido na constância da sociedade conjugal tem por pai o marido de sua mãe possui como fundamento, a fidelidade conjugal por parte da mulher. Logo, presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se certa, mas ao contrário cessa referida presunção, se o filho

³ BEVILAQUA, Clovis. *Obra citada*, p.309 e 320-321: “ A filiação *legítima*: 1º., se, no momento da concepção, o pai e a mãe se acham vinculados por casamento válido; 2º, ou putativo; 3º., ou anulável, embora não putativo, isto é, nos casos em que subsistiria, se o vício determinante da anulação não tivesse sido utilizado para esse efeito, no prazo e segundo os preceitos da lei (1).”

(...) Filhos *ilegítimos* são todos aqueles que procedem de união sexual, a que o direito não presta seu reconhecimento. Se o pai ou a mãe, ao tempo da concepção ou do parto, se achava ligado por matrimônio, com outrem, o filho se diz *adulterino*(1); se os progenitores são, entre si, parentes em grau tão próximo, que não se pode validamente casar, o filho se denomina *incestuoso*. Entre duas espécies, a dos adulterinos e a dos incestuosos, formam a espécie dos *bastardos*, ou antes, *espúrios*. Aqueles cujos procriadores estavam em condição de realizar matrimônio legal entre si, ao tempo da concepção ou do parto, por outros termos, aqueles que não forem adulterinos, nem incestuosos, tomam a nome de *simplesmente naturais* ou naturais em espécie(2).”

Em igual sentido Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*, p. 239-245 e 250-251.

nasce antes de cento e oitenta dias a contar da celebração do casamento, ou trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal, porque seria presumir-se o improvável, o anormal.⁴

Isto, porque não havendo maneira de se provar diretamente a paternidade, segundo Caio Mario da Silva Pereira:

“toda a civilização assenta a idéia de filiação legítima num *jogo de presunções*, a seu turno fundadas numa probabilidade: o casamento pressupõe as relações sexuais dos cônjuges e fidelidade da mulher, o filho que é concebido durante o matrimônio tem por pai o marido de sua mãe. E, em conseqüência, *presume-se filho o concebido na constância do casamento dos pais*. Esta regra já vinha sendo proclamada no Direito Romano: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*.”⁵

No mesmo sentido entende Orlando Gomes, já que “na impossibilidade de obter-se comprovação direta da paternidade, recorre-se a uma presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*. É pai quem o casamento demonstra. Pai, até prova em contrário por ele próprio produzida, e o marido. Não precisa o filho provar a paternidade, se nascido de justas núpcias.”⁶

A inserção desse comando jurídico teve o propósito de garantir segurança e paz doméstica nas relações familiares, buscando o equilíbrio entre os interesses dos filhos e o dos genitores. E, conforme Orlando Gomes “justifica-se como medida de segurança para a harmonia e solidez das famílias.”⁷

A fim de manter esse equilíbrio o sistema jurídico determina a filiação através dos prazos normais de gestação, dentro do casamento, definindo assim a paternidade.

Em uma análise crítica, Luiz Edson Fachin, entende que o conceito jurídico da paternidade dos filhos tidos dentro do casamento é aprisionado, baseado no enclausuramento que a segurança jurídica impõe às relações sociais e matrimoniais, em especial, já que não raro essa certeza jurídica não passa paradoxalmente de uma ficção.⁸

⁴ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Direito de família: Direito parental: Direito protetivo, tomo IX, p. 50.

⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 174. Acompanha Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil. Brasileiro: Direito de família*, p.376

⁶ GOMES, Orlando. *Direito de família*. Atualizador Humberto Theodoro Junior, p. 322-323.

⁷ GOMES, Orlando. *Obra citada.*, p 325.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, p. 35.

Tal previsão inicialmente foi estabelecida no art 337 do Código Civil de 1916, onde eram considerados “ legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo se contraído de boa-fé.” O art. 338, presumia concebidos na constância do casamento: “ I – os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339); II – os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação”. Porém tal presunção não era absoluta já que podia ser elidida pelo marido, mediante ação negatória de paternidade, segundo o art. 344, dentro de prazos exíguos (art. 178, §§ 3º e 4º, I).

Com a Constituição Federal de 1988, no art. 227, § 6º, foi proibido qualquer designação discriminatória relativa à filiação, estabelecendo que os filhos havidos ou não de relações de casamento ou, por adoção devem ter os mesmos direitos e qualificações. Assim, foram revogados os dispositivos que tratavam os filhos de forma discriminatória, no Código Civil brasileiro de 1916, abolindo a referência ao filhos “legítimos”, como ocorria no art. 337.⁹ Este artigo foi expressamente revogado pela Lei 8.560/92, que trata do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.¹⁰ Também revogado pela Constituição Federal, diante do princípio da igualdade entre os filhos, o instituto da legitimação dos filhos havidos fora do casamento, em que os

⁹ Esta conclusão pode ser verificada na obra de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz. *Curso de Direito de Família*, p. 56. No mesmo sentido Silvio Rodrigues. *Direito Civil*. Direito de família, p. 322; Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de família, p. 375. Quanto ao tema Washington de Barros Monteiro faz a seguinte observação, na obra citada, p. 246: “ Há quem sustente que esse capítulo do Código tenha sido revogado pela Constituição de 1988, ao proibir qualquer menção à origem da filiação.

Na verdade, essa vedação foi reproduzida no art. 20 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, bem como no art. 5º da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

O art. 3º desse último diploma legal, aliás, proíbe legitimar ou reconhecer filho na ata de casamento.

Contudo, a mesma observação feita em outras oportunidades quanto ao interesse doutrinário do assunto vale para a legitimação. E sob o aspecto legal, perdura a presunção de que dispensa outra forma de comprovação a filiação de homem e mulher pelo casamento.”

¹⁰ De acordo com a observação feita por Humberto Theodoro Junior na obra de Orlando Gomes, *Direito de Família*, nota, p. 322 : “ O art. 337 que definia o filho legítimo foi revogado, expressamente, pelo art. 10 da Lei nº 8.560, de 29.12.1992. Diante da completa isonomia entre os filhos matrimoniais e extramatrimoniais imposta pelo art. 227, § 6º da Constituição de 1988, não tem mais significado jurídico a distinção entre filho legítimo e filho ilegítimo. Trata-se, aliás, de uma discriminação nominal até mesmo vedada pelo preceito constitucional (João Baptista Villela, “ O Reconhecimento da Paternidade entre o Pós-Moderno e o Arcaico : Primeiras Observações sobre a Lei nº 8.560/92, Repertório IOB de Jurisprudência, 1993, pp. 4-76). A distinção, portanto, hoje é tão somente de caráter moral (Silvio Rodrigues, ob.cit.nº120, p. 274). “

pais, pessoas desimpedidas, posteriormente ao nascimento dos filhos, se casavam e legitimavam a filiação (art. 353).¹¹

O Código Civil de 1916, estabelecia uma presunção absoluta no art. 339, onde considerava do marido o filho que nasceu antes de decorrer o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, não podendo ser contestada a relação se antes de casar, tiver ciência da gravidez da mulher ou tiver assistido, pessoalmente, ou através de procurador, a lavratura do termo de nascimento sem contestar a paternidade.

A presunção de paternidade estabelecida no art. 338 do C.C. de 1916, era relativa, já que a prova em contrário era admitida, segundo o art. 340, quando o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho (inciso I) ou quando a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados (inciso II). Assim, cabia ao marido provar que, no período em que a mulher engravidou (6 a 10 meses antes do nascimento) estava fisicamente impossibilitado de manter relacionamento sexual com ela ou o que casal já estava legalmente separado, promovendo ação negatória de paternidade.

Considerava-se impossibilidade física de coabitação a impotência do marido (art. 342), que deveria ser absoluta, isto é, deveria existir sempre, não importando se a impotência é *coeundi* (instrumental) ou *generandi* (esterilidade), provando a ausência total de espermatozóides em seu líquido seminal, chamada tecnicamente de azoospermia. A doutrina e a jurisprudência mais recentes entendem que somente a impotência para gerar pode ser argüida pelo marido para negar a paternidade.

Na segunda hipótese, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência¹², entendem que a mera separação de fato deve ser enquadrada no inciso I, pois constitui impos-

a) ¹¹ Ao tratar da legitimação no direito brasileiro, segundo o Código Civil de 1916 e com as alterações constitucionais de 1988, Pontes de Miranda afirma no seu *Tratado de Direito Privado*, p. 85-86.

: " Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos concebidos na constância do casamento anteriormente qualificados "legítimos" (art. 352), proibidas quaisquer designações discriminatórias (Constituição de 1988, art. 227, § 6º, *in fine*). A legitimação pode resultar:

b) Do casamento válido, depois de concebido ou de nascido o filho, ainda que, qualifique-se sob o discri-me anterior, seja 'adulterino'. (...)"
 c) Do casamento putativo em favor de ambos ou de um só dos cônjuges: ainda que no discri-me conceptual anterior a 1988, o filho fosse 'adulterino', ou 'incestuoso' (...)."

¹² Conforme Silvio Rodrigues. *Direito Civil*. Direito de família, p. 331, que entende inconveniente levar tão longe o alcance da presunção legal, ao dispor a lei que o marido só pode contestar a paternidade dos filhos havidos por sua mulher, em caso de separação legal, " daí por que a jurisprudência tem permitido a ação de contestação de paternidade em hipóteses de separação de fato, enquadrando a

sibilidade física, portanto, somente incide a *presunção pater ist est*, se houver convivência, isto é, se o casal houver vivido algum dia sob o mesmo teto conjugal (art. 341). O “teto conjugal” não necessariamente significa a residência do casal, podendo ser outro lugar onde encontram-se ou convivam.

A presunção de paternidade, prevista no Código de 1916, era severa já que não admitia que o marido que vivia sob o mesmo teto conjugal e não estava fisicamente impossibilitado de manter relação sexual com a mulher, contestasse a paternidade, mesmo provando o adultério praticado pela mulher (art. 343), nem admitia a confissão materna para excluir a paternidade (art. 346).

O direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher pertencia, exclusivamente ao marido, segundo o art. 344, devendo ser exercido em prazos exíguos, constantes no art. 178, §§ 3º e 4º, I, do Código Civil de 1916, ou seja, dois meses, a partir do nascimento se estava presente ou três meses, a partir da data em que teve conhecimento do nascimento, se a este estava ausente.

A jurisprudência manifestou posicionamento diverso após a Constituição Federal de 1988, como se vê na ementa a seguir:

“ação negatória de paternidade. Filiação. Decadência. As regras do Código Civil precisam ser adaptadas ao novo sistema jurídico brasileiro de direito de família implantado pela Constituição Federal de 1988 e diplomas legais posteriores. Isto implica revogação ou não recepção de vários dispositivos daquele Código, como por exemplo, os arts. 340, 344 e 364, em matéria de filiação. Tornou-se ampla e irrestrita a possibilidade investigatória da verdadeira paternidade biológica, que prevalece sobre a verdade jurídica (três estágios de filiação: verdade jurídica – verdade biológica – verdade socioafetiva). Destarte não há obstáculos legais superados à demanda negatória de paternidade proposta pelo pai contra o filho matrimonial. Da mesma forma, não podem persistir os prazos exíguos de decadência contemplados no art. 178, §§ 3º e 4º, n. I, do Código Civil. Apelo provido. Voto vencido.”¹³

O sistema rígido de defesa da filiação, estabelecido no Código Civil de 1916, somente admitia contraprova nos casos expressamente estabelecidos na lei, por razões de ordem social, garantindo a estabilidade da família, evitando que se atribuisse prole adulterina à mulher casada.

demanda no inciso I, e não no II, do art. 340, e proclamando ocorrer, na hipótese, a impossibilidade física de coabitação (RT, 292/282).”

¹³ Ap. Cível nº 595.163.11, 8ª Câm.Cív., j. 07.12.1995. Rel. Des. Sérgio Gisckow Pereira.

Segundo Maria Helena Diniz, com o novo Código Civil, não há mais prazo decadencial para o exercício do direito de contestar a paternidade, pois essa ação é imprescritível de acordo com o art. 1.601, parte final e, a *estabilidade atual da família* é garantida segundo a autora, pois :

“a paternidade jurídica é imposta por presunção (CC.art. 1.597, I a V), pouco importante se o marido é ou não responsável pela gestação, despreza-se a verdade real para atender à necessidade de estabilização social e de proteção ao direito de filiação, mas se outorga ao pai o direito de propor a negatória, havendo suspeita de que o filho não é seu, a qualquer tempo (CC, art. 1.601), ou após exame de DNA, segundo alguns julgados.”¹⁴

Assim, para o Código de 1916, filho “legítimo” era aquele que nascia de uma relação entre o pai e a mãe, dentro de uma família, unicamente a constituída pelo casamento, ou ainda, aquele que nascia de uma “suposta” relação entre o marido e a mulher, dentro da sociedade conjugal, mesmo que ocorresse o adultério da mãe e/ou a confissão da mesma.

Mas a jurisprudência,¹⁵ foi aos poucos amenizando o rigor do sistema e a presunção apesar de permanecer existindo, pode hoje ser suplantada diante da evolução científica proporcionada pelos exames hematológicos, mas principalmente com o advento do exame de DNA, permitindo provar a paternidade biológica, que surge para substituir o critério jurídico único da presunção legal da paternidade.¹⁶

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 383.

¹⁵ Conforme entendimento de Arnold Wald, na obra *O novo Direito de Família*, p. 180 : “ A presunção *pater est* tem sofrido algumas restrições na sua aplicação pela jurisprudência. Entendeu-se, assim, que, embora a lei considerasse privativa do pai presumido a ação negatória, dever-se-ia admitir que o filho pudesse, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, pedir retificação de sua filiação, provando que o pai presumido não é o real, pois na época do nascimento estava separado de fato da esposa. Admitiu-se também que o prazo estabelecido pela lei para denegar a paternidade não devesse ser considerado como fatal, permitindo-se que o pai presumido declare, por ocasião do desquite, não ser filho seu o rebento de sua mulher nascido na vigência do casamento e considerando-se como válida tal declaração quando feita em testamento. São conquistas jurisprudenciais que vão derrubando o velho princípio romano de defesa exacerbada da família, (V., sobre a matéria, as decisões do Supremo Tribunal Federal na RTJ, 33/882 e 43/489.)”

¹⁶ Demonstrou essa evolução a jurisprudência da Quarta Câmara do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 4.987, j.04.06.91, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando deferiu a produção da prova de DNA em ação negatória de paternidade movida pelo marido que vivia com a mulher e não estava impedido de manter relações sexuais com a mesma, existindo somente a prova do adultério, que a lei considera insuficiente, pois “ Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando

Além do mais, o filho tinha o direito de impugnar a paternidade, de acordo com o art. 348 do C.C. referido, provando erro ou falsidade do registro. A Lei nº 8.560/92 assegurou tal direito, objetivando proteger o filho, permitindo a investigação de paternidade proposta contra homem casado ou pelo filho de mulher casada contra o seu verdadeiro pai, possibilitando, inclusive a retificação dos registros de nascimento anteriores a data da lei, através de decisão judicial, ouvido o Ministério Público (art. 8º)¹⁷, ilidindo de certa forma a presunção *pater ist*.

Dentro desse quadro, concluem José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, que:

“impõem-se reformas no sistema de filiação, em especial na matéria de estabelecimento da paternidade (regra *pater is est* ...). A orientação destas reformas deve ter apoio, sobretudo, no respeito pela verdade biológica da filiação. O que, de resto não é novidade, pois esta é a senda trilhada pelas reformas contemporâneas de direito de filiação. Do mesmo modo também reclama atenção a questão da tutela da verdade sociológica ou afetiva, pois, ‘considerações acerca da estabilidade emocional e social do menor afastam a predominância típica da verdade biológica’ (OLIVEIRA, G. Temas de Direito de Família. Coimbra, Livraria Almedina, 1986, p. 104).”¹⁸

O novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.2002, que entrou em vigor recentemente, na data de 11.01.2003, se refere à filiação a partir das alterações feitas pela Constituição Federal de 1988, sem fazer designação discriminatória entre os filhos, apenas referindo-se aos filhos havidos no casamento e aos filhos havidos fora do casamento, ou por adoção, que possuem os mesmos direitos.

Porém, o novo Código Civil, no art. 1.597, mantém a presunção de que pai é o marido da mãe, presumindo filhos os concebidos na constância do casamento dos pais, até prova em contrário, sendo, portanto, referida presunção relativa ou *juris tantum*.

em prejuízo de legítimos interesses do menor. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.”

¹⁷ Decisão neste sentido “Investigação de paternidade. Filho adulterino a *matre*. Propositura de ação contra o verdadeiro pai, sem contestação do pai presumido. Admissibilidade. Presunção de legitimidade revogada pela Lei 8.560/92. Mãe adúltera que mantém a vida marital. Hipótese que não configura impedimento. Alteração dos registros de nascimento permitida pelo artigo 8º da citada lei. Recurso não provido” (TJSP, 1ª Câmara, Ap. 238.397-1- Campinas, Rel. Des. Guimarães e Souza, j. 9-5-1995, v.u.).

¹⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de ; MUNIZ, Francisco José Ferreira . *Curso de Direito de Família*, p. 56.

O Código Civil de 2002, estabelece novos critérios de presunção, fundados na evolução científica, além dos prazos já estabelecidos anteriormente, presumindo filhos os concebidos na constância do casamento. São aqueles:

“Art. 1.597.

(...)

I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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

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

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

No inciso I, conclui-se que se a criança nascer dentro dos 6 (seis) meses após estabelecida a convivência entre o casal, presume-se como filha destes.

O inciso II, presume filho, o nascido dentro dos 300 (trezentos) dias após a dissolução da sociedade conjugal, pois a gestação humana não vai além dos 10 (dez) meses estabelecidos. Se nascer após esse prazo, não há referida presunção.

As principais novidades trazidas pelo novo Código Civil, à presunção da paternidade, foram as hipóteses dos incisos III a V, que inserem na legislação a inseminação artificial.

O inciso III, estabelece que presumem-se como filhos, os havidos por fecundação artificial homóloga, ou seja, quando o material genético é do marido e da mulher, mesmo que o marido tenha falecido. Necessário salientar, que para o uso do material genético para fertilização, deve ter sido dado prévio consentimento do marido-doador. O consentimento poderá ser obtido por declaração expressa do doador, por instrumento público ou testamento, em vida, ou após sua morte, permitindo a utilização do seu sêmen na inseminação artificial de sua mulher.¹⁹

O inciso IV, dispõe que presumem-se filhos, os havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. O casal se submeterá a técnicas de inseminação *in vitro*, devendo haver expressa concordância do casal.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro direito de família*, p. 378.

Por fim, estabelece o inciso V, que a lei presume filho, o havido por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido. Assim, o marido permite, conscientemente que sua mulher seja inseminada com sêmen de terceiro, situação que privilegia a paternidade socioafetiva. O marido só poderá impugnar a filiação se provar que não anuiu naquela inseminação.

Diante de todas essas hipóteses inovadoras da lei, muitos problemas e dúvidas surgem com a reprodução assistida que escapam ao âmbito do direito civil, sendo abordados pelo biodireito, através de normas e técnicas especiais.²⁰

A abordagem dos temas referentes a inseminação artificial no novo Código é restrita, ensejando enormes dúvidas nos intérpretes e operadores do direito, pois vão além do jurídico e alcançam o ético. Existem impasses que o direito não conseguiu solucionar.²¹

Portanto, a lei presume a filiação havida dentro do casamento, com base nos dados fornecidos pela ciência. Assim, tal presunção de paternidade pode ser ilidida pela prova da impotência do cônjuge para gerar à época da concepção, segundo o art. 1.599, podendo o marido contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher através da ação negatória de paternidade, que agora passa a ser expressamente imprescritível, conforme o art. 1.601 do Código Civil. Trata-se, como vimos, de presunção relativa e “modernamente, havia mesmo que se modificar a concepção do Código, mormente porque os exames de DNA, apontam com quase absoluta certeza a paternidade” e, “assumindo definitivamente a nova orientação, inclusive com julgados nesse sentido nos tribunais em prol da paternidade real, o art. 1.601 do novo Código dispõe que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.”²²

²⁰ DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 380. A propósito ver as indagações formuladas pela autora, neste sentido, p.p. 378-379.

²¹ Entendendo que o tema é amplo e gerará controvérsias, Rosana Fachin : “ A referência é genérica e sem pretensão de arrostar o nó contemporâneo que esse campo requer.” In: Do parentesco e da filiação. DIAS, Maria Berenice e Pereira, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil*, p.123. Nesse sentido, importante a obra de Jussara Maria Leal de Meirelles. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Também o artigo de Luiz Edson Fachin, A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda. *Repertório de direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, v.2, 1995, p. 170-185.

²² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Direito de família*, p. 271. Conclui o autor que : “ Desse modo, caem por terra os vetustos pressupostos do direito anterior, que se arraigavam a princípios sociais e culturais hoje superados.”

Porém, como no sistema anterior, não basta o adultério e a confissão da mulher, para ilidirem a presunção e excluïrem a paternidade, consoante os artigos 1.600 e 1.602.

É preciso provar que houve adultério da mulher, quando o marido estava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos 121 (cento e vinte e um) dias ou mais dos 300 (trezentos) que precederam o nascimento do filho, não tendo havido convivência entre o casal; quando não houve inseminação artificial²³, seja homóloga, seja heteróloga, já que não fez fertilização *in vitro*, nem doou material para isso, no primeiro caso e, nem deu autorização para realização da inseminação por terceiro e/ou ainda, que havia impotência sexual, para a realização do ato sexual.

De qualquer forma, através do exame de DNA é possível apontar com certeza absoluta a paternidade.

Como vimos, a paternidade estabelecida por presunção pode ser fictícia, já que o marido, em determinadas situações, pode não ser o responsável pela gestação de sua mulher, situação em que estaria sendo desconhecida a verdade real da filiação, no intuito de preservar a harmonia familiar, protegendo “supostamente” o direito do filho. Dizemos supostamente, porque o filho pode não desejar esta harmonia, pode desejar conhecer a sua verdadeira origem e neste caso sim, estariam sendo verdadeiramente protegidos os seus interesses e o seu direito de personalidade.

Diante de tal impasse, a fim de substituir a paternidade legal obtida por presunção, ou para excluï-la, surge a paternidade biológica, que valoriza os laços de sangue e não apenas o contexto social familiar e a paz doméstica.

Na paternidade biológica ou genética, predomina o critério biológico da determinação da paternidade e via de consequência do parentesco. Nasce a chamada verdade biológica da filiação. Não é mais a lei que designa quem é o pai, mas a ciência, através do exame pericial, que investiga as impressões genéticas.

Segundo Silvio Rodrigues o novo Código Civil, ao afastar as restrições impostas no Código anterior à ação negatória de paternidade pelo marido, é passível de críticas por ter valorado exclusivamente a paternidade biológica em detrimento da

²³ Segundo Silvio Rodrigues, na obra citada, p.341 “ homóloga é a inseminação promovida com o material genético (sêmen e óvulo) dos próprios cônjuges; heteróloga é a fecundação realizada com material genético de pelo menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas (sêmen ou óvulos) de um ou de outro cônjuge e, por fim, embriões excedentários são aqueles resultantes da inseminação promovida artificialmente mas não introduzidos no útero materno.”

paternidade sócio-afetiva, o que pode representar elemento de instabilidade e desagregação familiar.²⁴

Com razão referido autor, já que essa opção do legislador pode estar em desacordo com a nova ordem familiar em que, nas relações familiares, devem ser valorizados os vínculos de afetividade, em especial na relação paterno-filial expressada através da paternidade sócio-afetiva e, não apenas os vínculos consangüíneos.

Com isso, partimos para a análise da verdade biológica, que aponta a filiação genética, através da grande descoberta da ciência no século XX: o exame de DNA.

Seção 1

A Construção genética humana:

O exame de DNA e a paternidade biológica

Para que examinemos o caráter científico do exame de DNA, seguiremos o caminho desenvolvido pela própria evolução genética humana, dentro de uma visão transmitida pelas ciências médicas, em especial pela medicina e pela engenharia genética, que nos conduzirá ao conhecimento da construção humana, a fim de que possamos através da análise biológica do homem, compreender a coexistência do homem em sociedade, a partir da união para formar um grupo familiar, onde destaca-se a paternidade e a maternidade.

Cabe esclarecer, inicialmente, que a paternidade é empregada muitas vezes, em sentido lato²⁵, pela doutrina, sendo que para nós, neste trabalho tem sentido restrito, significando apenas a relação entre pai e filho e não, a relação entre mãe e filho (maternidade).

A propósito, entendemos que a Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da paternidade responsável, no art. 226, § 7º, também restringiu e delimitou a abrangência, assim como a Lei nº 8.560/92, ao regulamentar tal dispositivo, referindo-se ao reconhecimento pelo “pai” e não pela “mãe” e, ao regular “ a investigação

²⁴ RODRIGUES, Silvio. Obra citada, p. 342.

²⁵ Conforme informa Washington de Barros Monteiro, na obra citada, p. 238: “ Note-se entretanto, que, em linguagem jurídica, às vezes, se designa por paternidade, num sentido amplo, tanto a pater-

de *paternidade* dos filhos havidos fora do casamento”, através do procedimento do art. 2º, 3º e 4º, onde fica claro que a paternidade refere-se ao pai, ao atribuir a mãe a condição de informante do suposto pai. De qualquer forma, também é possível estabelecer a maternidade, através do exame de DNA.

Segundo SALZANO²⁶, a paternidade pode ser determinada através de vários métodos, entre os quais:

1. Morfologia externa – é a comparação que é feita, geralmente através de fotografias da mãe, do filho e do suposto pai, de acordo com as características físicas, buscando as semelhanças entre eles. Esse método não teve continuidade, tendo sido abandonado, quando constatou-se que as características pessoais sofrem alterações devido ao sexo, a idade, a herança genética pouco definida e as oscilações populacionais.
2. Morfologia cromossômica – caracteriza-se pela análise das regiões diferenciadas presentes nos cromossomas, denominadas bandas, que mostram as variações entre os indivíduos de uma mesma população.

Este estudo foi considerado difícil e por isso foi abandonado, não sendo mais utilizado nas questões judiciais.

3. Método Imunológico – com este método é possível verificar as características sanguíneas utilizadas na determinação da paternidade, através dos grupos sanguíneos : ABO, Rh, MNSs, HLA entre outros, mais usados.
4. Método eletroforético – é o método que submete uma determinada substância a um campo elétrico, ocasião em que ela migra de acordo com a sua carga elétrica. As diferenças de migração são provenientes de fatores genéticos, na maioria, por isso são hoje muito utilizadas para testes de DNA.

Os grupos sanguíneos, ou seja, as características herdadas geneticamente e identificadas de forma técnica nas células, utilizados para a determinação da paternidade são divididos em:

nidade propriamente dita, como a maternidade. É assim, por exemplo, que deve ser entendida a expressão ‘paternidade responsável’ consagrada na Carta Política de 1988, art. 226, § 7º.”

²⁶ SALZANO, F.M. *A genética e a lei: aplicações à medicina legal e à biologia social*, p. 151.

1. Sistema Eritrocitário – formado por um grupo de proteínas identificadas nas células vermelhas do sangue, denominadas de hemácias. É representado pela sigla ABO, cuja eficiência ou poder de exclusão(capacidade de um teste de excluir da lista de suspeitos um indivíduo que é falsamente acusado de paternidade – poder de detectar a não-paternidade) é de 13,42 %; pelo Rh, é de 46%; pelo MNSs, é de 30,95%, pelo Duffy, é de 4,50%, pelo Kidd, é de 18,69% e pelo Kell, cujo poder de exclusão é de 3,54%. A probabilidade somada de exclusão do sistema eritrocitário é de 72,00%. Os grupos sanguíneos ABO, Rh e Mn, descobertos pela ciência em 1900, 1940 e 1927, só foram utilizados pela ciência como uma evidência legal em 1961.
2. Sistema Leucocitário – conhecido como HLA, termo de origem inglesa “Human Leukocyte Antigen”, que significa o antígeno dos leucócitos humanos. É formado por um grupo de proteínas identificadas nas células brancas do sangue, denominadas de leucócitos. O poder de exclusão ou eficiência deste sistema é de 92,00%. O HLA descoberto pela ciência em 1958, só foi utilizado cientificamente como evidência legal em 1980.
3. Sistema Eritrocitário e Leucocitário – é a combinação dos dois sistemas que dá uma probabilidade combinada de exclusão de 95,00%.
4. Sistema DNA – cuja tradução é ácido desoxirribonucleico, palavra proveniente do inglês “ Desoxirribonucleic Acid”. É o material genético que é encontrado dentro do núcleo das células, através de sondas de DNA. O teste é feito pela Biologia molecular, utilizando reagentes desenvolvidos pela engenharia genética. Este sistema apresenta poder de exclusão de 99,9999%. O DNA foi descoberto pela ciência no ano de 1953, quando Francis Crick e James Watson, descobriram a sua estrutura molecular, sendo utilizado como evidência legal em 1985, por Alec Jeffreys, na Inglaterra, que descobriu que através de certas combinações químicas existentes na molécula, era possível diferenciar um ser humano do outro, com exceção dos gêmeos idênticos (monozigóticos). A técnica foi introduzida no

Brasil em 1989, sendo que atualmente já existem mais de 100 técnicas diferentes, utilizando diversos materiais biológicos.²⁷

O DNA pode ser encontrado no núcleo da célula de qualquer organismo, dentro dos cromossomos, nas células brancas, sendo que as células vermelhas (hemáceas) não possuem núcleo, por isso não possuem DNA. O DNA além de ser encontrado nas células brancas, pode ser localizado na pele, no sêmen, na saliva, na raiz do cabelo, nos ossos, nos tecidos e nos músculos.

Como vimos anteriormente, existem diversos sistemas para determinação da paternidade, cujo poder de exclusão é variável de acordo com o grupo sanguíneo utilizado. Porém, o teste que vem revolucionando a biologia molecular, através da engenharia genética, devido ao seu poder de exclusão de 99,9999%, é o exame de DNA, que tem sido amplamente utilizado para a determinação da paternidade, quer extrajudicialmente, quer na análise de demanda judiciais. Até o surgimento do exame de DNA, o poder de exclusão atingia no máximo 95,00%.

Por isso, neste momento, é possível afirmar cientificamente, com grau de inclusão próximo a 100%, que um determinado indivíduo investigado é o pai de determinada pessoa, inclusive após o seu falecimento. Utilizando-se esse teste é quase impossível encontrar-se duas pessoas geneticamente iguais no mundo, a não ser que sejam gêmeos univitelinos ou, futuramente, produto de clonagem humana, se permitida.

O código genético do indivíduo é único, pois é responsável pelas características de cada um e é formado pelas seguintes substâncias químicas : adenina, citosina, timina e guanina. Essas seqüências químicas são variáveis de um indivíduo para o outro, por isso o DNA é diferente em cada indivíduo. A metade do DNA de um indivíduo provém de seu pai e a outra metade provém de sua mãe. Assim, o indivíduo forma a sua própria herança genética.

A determinação da paternidade pode ocorrer através do estudo direto do DNA, a partir do processamento do sangue, em que as impressões digitais de DNA, da mãe, da criança e do suposto pai são comparadas. Todas as bandas presentes no padrão da criança devem ter vindo da mãe ou do pai. Se a criança apresentar

²⁷ Segundo informa Anete Trachtenberg. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação da paternidade. In: *Revista da AJURIS* 63/325. Arnaldo Rizzardo escreve na obra *Direito de Família.v.2*, p. 652, que o DNA " no Brasil foi usado pela primeira vez na cidade de São Paulo, no ano de 1980. "

bandas de exclusão, isto é, bandas que não estão presentes nem na mãe e nem no pai, a paternidade estará excluída. Mas, se o pai apresentar todas as bandas iguais as da criança, que não estão presentes na mãe, a paternidade estará comprovada. Assim, o grau de confiabilidade através do “ uso de sondas multilocais é superior a 99,9999%, ou seja, efetivamente absoluta” e “ quando um possível pai não é excluído, a evidência é fortíssima de que ele realmente seja o pai biológico da criança.”²⁸

Os métodos utilizados para a identificação do DNA são: o método das sondas multilocais, unilocais ou através da reação em cadeia pela polimerase(PCR).²⁹

Dessa forma, nos casos de determinação de paternidade em que é possível fazer o exame de DNA diretamente com os dados da mãe, da criança e do suposto pai, as sondas multilocais (impressões digitais de DNA) são superiores. Mas, nas questões em que os dados do pai ou da mãe não estão disponíveis para exame, as sondas unilocais (PCR)são utilizadas.

A partir da descoberta, em 1985, da reação em Cadeia da Polimerase, a medicina-genética pode utilizar a técnica do PCR para análise do DNA, na investigação de paternidade e maternidade.

A metodologia utilizada para análise em DNA, chamada PCR, utiliza uma pequena quantidade de sangue, de tecidos humanos, de fios de cabelo, de sêmen, para detectar o DNA de um indivíduo, o que é possível verificar-se em minutos. Em

²⁸ Com este entendimento Sérgio D.J. Pena. Determinação da paternidade pelo estudo direito do DNA: estudo da arte no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo(Coord.) *Direitos de família e do menor*, p. 250.

²⁹ Alfredo Gilberto Boeira, explica: O exame de DNA pelas sondas multi ou unilocais compreende vários passos que devem ser rigorosamente executados, mas que constituem, por isso mesmo, possíveis fontes de erro. Inicia pela coleta de material (geralmente sangue) em frasco apropriado e com identificação de origem que não comporte enganos. Em segundo lugar, procede-se à extração e purificação do DNA, feitas por agentes químicos, onde a amostra é colocada e retirada sucessivamente, durante muitas horas. A terceira etapa consiste na fragmentação do DNA por enzimas de restrição, obtendo pedaços de tamanho variado (fragmentos de comprimento variável obtidos por restrição ou *Restriction Fragment Length Bolymorphism-RFLP*). Segue-se o processo de eletroforese para separar tais fragmentos conforme seu comprimento, realizado numa placa de gelatina, sob ação de corrente elétrica e durando 2 a 3 dias. No quinto momento, as partículas são cindidas ao meio, através de substância alcalina, e absorvidas da gelatina para uma película de nylon, onde se fixam (southern blotting). A folha de nylon vai, então, para um banho contendo as sondas radioativas que aderem aos fragmentos divididos (hibridização). E na sétima e última etapa, a lâmina de DNA marcada pelas sondas é aplicada a um filme sensível à radiação, que mostrará o tamanho e a localização de cada pedaço: são as denominadas bandas (ou faixas). O processo pode demorar até um mês.

A tipagem pela reação em cadeia através da enzima polimerase é semelhante à técnica anterior, mas trabalha com resíduos de DNA muito pequenos, que são multiplicados (polimerizados) pela ação da dita enzima. Obtém-se, assim, grande quantidade de material para fazer a comparação de uma banda específica (unilocal). Seu interesse maior é para casos em que as amostras são escassas.” In: O perfil de DNA como prova judicial – uma revisão crítica. *RT 714/292*.

caso de morte do investigado e impossibilidade de realização do exame em parentes, é possível proceder a exumação do cadáver para análise dos ossos.

Salmo RASKIN, enumera inúmeras vantagens da utilização da técnica do PCR³⁰. Em uma de suas obras, o autor afirma: “Porém, a maior vantagem, sem dúvida, é a precisão do exame de DNA. A tipagem sanguínea ABO só consegue excluir 95 de cada 100 indivíduos falsamente acusados. O DNA exclui 100%, e uma não-exclusão em exame de DNA por P.C.R., automaticamente, significa uma inclusão com probabilidade de paternidade altíssima.”³¹

Ao finalizarmos o capítulo, esclarecemos que embora tenhamos dado preferência ao exame de DNA que é realizado para investigar a paternidade biológica, não desconhecemos a sua utilização também para aferição da maternidade biológica, em casos de necessidade, já que a legislação civil brasileira, em matéria de Direito de Família, fundada nos princípios romanos, considera a maternidade sempre certa, enquanto a paternidade é incerta. Daí a preocupação na análise das situações que maiores controvérsias ensejam na seara do direito familiar: o estabelecimento da paternidade e suas conseqüências no mundo jurídico.

Na maioria dos casos judiciais, a maternidade está estabelecida, sendo desconhecida a paternidade, motivo pelo qual normalmente é a mãe quem representa judicialmente o filho menor, buscando provar a paternidade da pessoa investigada.

³⁰ RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação da paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira(Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e penais*, p. 318:

- “ a) menor taxa de mutação dos marcadores utilizados, reduzindo a chance de uma falsa exclusão por mutação;
- b) facilita a montagem de bancos de dados da população;
- c) é de fácil padronização dentro do laboratório e portanto o controle de qualidade se torna mais preciso ;
- d) evita a necessidade de se usar material radioativo;
- e) permite que o exame possa ser feito independentemente de haver pouco ou muito DNA, degradado ou intacto;
- f) permite evitar a necessidade de retirada de sangue na coleta, pois podem ser utilizadas célula da mucosa oral coletadas com um simples cotonete;
- g) fácil interpretação do resultado do exame pelas partes e área jurídica;
- h) permite múltiplas ampliações simultâneas, encurtando o tempo de resultado, reduzindo custo e aumentando o poder de exclusão;
- i)possibilita a automatização;
- j) é tecnicamente mais simples que os outros métodos.”

³¹ RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade- manual prático do DNA*, p. 36. Sobre o assunto o autor afirma, na p. 22: “ Com o surgimento da metodologia de P.C.R.(Reação em Cadeia pela Polimerase) para análise em DNA, mesmo a partir de uma pequena quantidade de sangue fresco ou dissecado, de fragmentos de tecidos humanos, de traços de sêmen ou de raízes de alguns fios de cabelos, pode-se estabelecer o padrão de DNA de um indivíduo, seja em vida, ou anos depois da morte.”

Como vimos, a análise técnica do exame de DNA, mesmo que suscintamente, eis que renomados geneticistas aqui citados, tentaram esgotar a questão, que ainda enseja estudos, serve para justificarmos a importância da utilização do referido exame, nas situações extrajudiciais ou judiciais que envolvem a busca da paternidade, no âmbito do Direito de Família contemporâneo.

Creemos que fica evidente com referida explanação, que o exame de DNA é o meio mais seguro e confiável para verificarmos a paternidade biológica, descobrindo o mistério que envolve as linhas de parentesco, através da consangüinidade. A perícia genética é capaz de atribuir elevado grau de precisão, possibilitando o reconhecimento da paternidade, desvendando os mistérios da natureza humana e possibilitando àquele que busca a verdadeira paternidade, obter além disso, muito mais, através da descoberta da sua origem biológica: conquistar a dignidade humana."Entretanto", como afirma Luiz Edson Fachin, "esse passo- embora significativo – pode não ser tudo.", já que " o liame genético (embora fundamental) por si só pode não explicar a base real das relações paterno-filiais.³² E, apoiados em Silvio de Salvo Venosa, concluímos:

"lembramos, porém, que a cada passo, nessa seara, sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada socioafetiva pela doutrina, que em muitas oportunidades como demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genética. A matéria é muito mais sociológica e psicológica do que jurídica. Por essas razões. O juiz de família deve estar atento a esses fatores, valendo-se, sempre que possível, dos profissionais auxiliares, especialistas nessas áreas."³³

Assim, acreditamos que não deve ser levado apenas em consideração o aspecto biológico para determinação da paternidade, mas também o socioafetivo.

³² FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, p. 35. Conclui que: " A conciliação entre a paternidade jurídica (via presunção *pater is est*) com a verdade na filiação pode ser suficiente para a demonstração cabal da origem biológica do filho. Entretanto, esse passo – embora significativo – pode não ser tudo." Pois, a paternidade biológica, mesmo que fundamental, por si só pode não configurar a relação paterno-filial, que ultrapassa o vínculo genético e estabelece vínculos de afetividade entre o pai e o filho. Daí a importância da paternidade socioafetiva.

³³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Obra citada*, p. 272.

Seção 2

O Grau de certeza científica e a falibilidade do exame

O exame de DNA, cuja certeza é de 99,9999%, hoje um dos mais respeitados e significativos testes genéticos, se ainda gera alguma dúvida, é mínima. As técnicas utilizadas para determinação do DNA oferecem total segurança, ou seja, 100% de certeza de que determinado homem não é o pai da criança investigante (critério de exclusão), mas nenhum exame e, nem o DNA, garante certeza absoluta de que um homem investigado seja o pai daquele que busca a verdadeira paternidade (critério de inclusão). Assim, a prova negativa da paternidade possui critério de certeza absoluto, enquanto a probabilidade de paternidade possui elevado grau de certeza. O índice de confiabilidade ou certeza, que gera a inclusão da paternidade, segundo os *experts*, varia de 99% a 99,9999%. Reinaldo Pereira e Silva, explica que com o desenvolvimento do teste de DNA, “o exame hematológico ganhou em testes de probabilidade de inclusão, ou de indicação paternal, ganhando quase 100% de inclusão da paternidade.”³⁴

Mas, essa quase absoluta certeza, depende de uma série de fatores conjugados, sem os quais o resultado pode ser questionado: a fiscalização dos laboratórios autorizados à realização do exame, local, técnicas, instrumentos e pessoal técnico capacitado, os laudos técnicos fornecidos, os preços, o tempo de colheita das amostras, a conservação do material retirado, a prova de que as amostras são das partes envolvidas, a forma de coleta das amostras, a quantidade e a qualidade do material coletado, do serviço e dos instrumentos utilizados. Isso tudo ainda é muito questionado, especialmente no Brasil, ao contrário de outros países, pois não possuímos qualquer fiscalização a esse respeito, nem legislação específica sobre a matéria, o que enseja dúvidas e questionamentos jurídicos.

Os procedimentos para a correta obtenção e utilização das amostras, foram publicados em 1990, em 1ª edição, pela *American Association of Blood Banks*, denominados *Standards for Parentage Testing Laboratories*, que classificou em nor-

³⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e. Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação, aspectos constitucionais, civis, e processuais, p. 243.

mas gerais, normas pessoais e normas para a admissão das amostras, segundo informam Verruno, Hass, Raimondi e Legaspe.³⁵

Mesmo assim, neste século, está demonstrada a segurança e a eficiência do exame de DNA, para a determinação da paternidade, não havendo dúvida entre os geneticistas, conforme manifesta Salmo Raskin : “ A análise em DNA é o teste laboratorial de paternidade mais preciso possível atualmente.”³⁶ E, conforme Fernando Simas Filho, acima de 99% em exame de DNA, é “certeza científica.”³⁷

Assim, podemos concluir que o exame de DNA, como meio detectador dos caracteres genéticos de uma pessoa tem grau de confiabilidade de quase 100%, sendo a paternidade determinada com *absoluta certeza*.³⁸

Não existe outro exame melhor ou mais avançado para obter tamanha precisão, porém o que pode torná-lo falível são outros fatores, na maioria extrínsecos ao próprio exame entre os quais podemos classificar³⁹:

³⁵ VERRUNO, Luis et al. *Manual para la investigación de la filiación: actualización médico-legal*, p.96-97. As normas gerais estabelecem que o laboratório deve ter condições ambientais, equipamentos e segurança adequados; deve haver higiene; as amostras devem estar protegidas de contágio, as atividades dentro do laboratório devem estar regradas; deve haver intercâmbio permanente de informações do laboratório com instituições similares dentro e fora do país; as provas devem basear-se em vários sistemas genéticos e a nomenclatura das informações deve ser de uso internacional. Normas pessoais: a direção do laboratório deve estar a cargo de um médico especialista; deve contar com profissionais especialistas em Medicina Legal e o laboratório deve utilizar um sistema de computação adequado para admissão, processamento e conclusão final. Normas para admissão das amostras: correta identificação das pessoas envolvidas no exame, através de documentos, consentimento, impressão digital e fotografia; , embalagem das amostras deve conter rótulo com dados da pessoa que forneceu o material e do profissional que fez a coleta, o procedimento deve respeitar o Código de Ética Profissional, disponibilizando as informações para os magistrados que solicitarem.

³⁶ RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação da paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. *Obra citada*, p. 319.

³⁷ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*, p. 186.

³⁸ Para diversos doutrinadores entre os quais Zeno Veloso, *Direito brasileiro de filiação e paternidade*, p. 108: “ Toda a cultura, a construção doutrinária, a jurisprudência, enfim, toda a concepção sobre a prova nas ações de filiação, que tinha por base a circunstância de que a paternidade era um mistério impenetrável, sendo impossível obter-se a prova direta da mesma, passou, recentemente, por radical transformação, e um entendimento de séculos teve de ser inteiramente revisto. Com o progresso científico e a invenção do teste de DNA(ácido desoxirribonucléico), a paternidade pode ser determinada com absoluta certeza...”. No mesmo sentido Silvio Rodrigues. *Direito Civil: Direito de família*, p. 374 , adotando parecer de geneticistas: “A ciência ainda evoluiu mais, com a descoberta do fator DNA (ácido desoxirribonucléico). O teste de DNA prova com certeza absoluta a filiação investigada.” Também Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, p. 205, segundo exposição de Sérgio D.L.Pena, conclui: “ Realizados os testes do material colhido do filho, do pretenso pai e (quando possível) da mãe, o perito pode, num cálculo de probabilidade, chegar a um resultado matemático superior a 99, 9999%, ou seja, afirmação absoluta.”

³⁹ Reinaldo Pereira e Silva em artigo denominado: Acertos e Desacertos em torno da verdade biológica. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: :DNA como meio de prova da filiação*, p. 245-246, elenca outras variantes no sangue coletado do suposto pai vivo, bem como quando o possível pai for falecido, mediante análise de pessoas da família, entendendo que a “ Influência relativa que se deve atribuir ao exame de DNA, apesar da propalada ‘certeza quase absoluta

1. Material humano que realiza o exame, desde o profissional que realiza o exame até aquele que prepara-o e ao que atesta a conclusão: se qualificado ou não, se confiável ou não, se negligente ou não;
2. Laboratórios: se reconhecidos ou autorizados; se negligentes ou não; se dentro de um padrão de qualidade internacional e nacional, desde a higiene até a coleta, manuseio e entrega do material;
3. Fiscalização dos órgãos médicos e governamentais acerca do trabalho;
4. Procedimento utilizado nestes laboratórios,;
5. A sinceridade das pessoas que colhem material ao mencionarem se foram submetidas a transplante de medula (situações mais raras, mas que não podem ser ignoradas, diante da importância deste exame);
6. O tempo dispendido entre a coleta e a análise do material e
7. Possibilidade de troca de material voluntária ou acidentalmente, no laboratório.

Zeno Veloso, também alerta para a “sacralização” ou divinização” do exame de DNA, entendendo que “ a veneração, a sacralização, a divinização do DNA (e sem, mesmo, ter-se conhecimento de quem faz, ou de como foi feito o exame) é atitude desarrazoada, que tem causado transtornos e desvios. A questão ainda está envolvida de muita incerteza e insegurança.”⁴⁰ Anete Tratchemberg e Alfredo Gilberto Boeira, igualmente alertam para a falibilidade do exame, pela ausência de dados estatísticos próprios da população brasileira, bem como para os dados organizados pelos laboratórios.⁴¹

de seus resultados na comprovação biológica da paternidade’, é prudência amparada em diversas motivações.”

Igualmente, Anete Trachtenberg, na obra citada, p. 331, acredita que a maioria dos sistemas atualmente em uso tem uma ou mais falhas que devem ser consideradas antes da inclusão do sistema na bateria dos exames oferecidos e faz citação de uma série de erros que podem se desenvolver nas técnicas laboratoriais. Obra citada, p. 328. Além disso conclui que não pode continuar ocorrendo no Brasil a confiabilidade cega ao teste de DNA, porque ele não resolve em definitivo as questões, sendo mais um teste laboratorial a ser usado como prova.

⁴⁰ VELOSO, Zeno. *A sacralização do exame de DNA*. Obra citada, p. 390.

⁴¹ TRATCHEMBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação da paternidade. *Revista da Ajuris* 63/324-333. BOEIRA, Alfredo Gilberto. O perfil de DNA como meio de prova judicial- uma revisão crítica. *RT* 714/290. Igual preocupação manifesta Maria de Lourdes Rachid Vaz de Almeida em artigo denominado: O DNA e a prova na ação de investigação de paternidade. *Direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves(Coord.), p. 136.

O ideal seria que o Poder Judiciário criasse um controle administrativo através dos tribunais, ou mesmo o Estado, através de um de seus aparelhos, para acompanhar os testes realizados, fiscalizando os laboratórios e as técnicas utilizadas.

Também, importantíssimo que se exija a identificação das pessoas que realizarão o exame e a coleta de material, bem como a exigência dos dados de identificação das pessoas que se submeterão ao exame, documentos com fotografia e até mesmo da impressão digital, bem como o registro do exame em livro especial do laboratório, com número do protocolo, com declaração escrita a ser entregue as partes, descrevendo o ocorrido, cuidados que sem dúvida, proporcionarão um resultado mais seguro.

Outro indicativo de prudência e cuidado é guardar o material utilizado por um determinado período, como por exemplo 12 (doze meses) meses.

Alfredo Gilberto Boeira, elenca outros problemas como : uso de reagentes deteriorados, temperatura de processamento inadequada, máquina de eletroforese com defeito e placa de gelatina desnaturada, bem como entende que o processo é altamente subjetivo na comparação das auto-radiografias onde se desenham as bandas, pois cada laboratório cria suas regras para declarar a coincidência das bandas. Além destes, ainda considera problema: o deslocamento ou desvio das bandas, dados estatísticos utilizados e a probabilidade, ou seja, a chance de que somente um indivíduo seja a fonte do DNA transmitido ao pretense filho.⁴²

Verificamos que a análise, a interpretação e a conclusão da prova de DNA devem ser revestidas do maior rigor científico e técnico disponível, compreendida que é pela maioria dos especialistas, como meio probatório infalível, dos mais utilizados nas ações de investigação de paternidade.

A cada dia que passa, estamos mais perto de facilitar e tornar ainda mais segura, fácil e barata a coleta da prova para exame de DNA. Já tivemos conhecimento de novas técnicas e utilização de aparelhos mais simples, como por exemplo, em 1998, na Universidade de Michigan, foi desenvolvido um aparelho muito pequeno, que realiza o teste em poucos minutos, pode ser transportado facilmente devido ao seu tamanho e que conectado ao microcomputador apresenta o resultado no mesmo momento. No Brasil, também geneticistas como Sérgio Danilo Pena, da Universidade de Minas Gerais, tem pesquisado novas técnicas e métodos para coleta, como o

⁴² BOEIRA, Alfredo Gilberto. *Obra citada*, p. 292-297.

realizado através da saliva, na presença do juiz, e que mesmo sendo mais simples, mais barato, mais seguro e sem qualquer dor para as partes, não tem sido empregado comumente.

Com efeito, no Brasil, a partir da introdução dos testes de paternidade pelo exame de DNA, através do Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais⁴³, permitiu-se a exclusão e a inclusão da paternidade com confiabilidade superior a 99, 9999%.

Segundo Salmo Raskin⁴⁴, um homem “falsamente” acusado poderá ter um dado paterno obrigatório com características genéticas iguais “em uma ou outra” das regiões pesquisadas, por “pura coincidência”, mas com os atuais marcadores de P.C.R. é “impossível” que ele tenha igualdade em “todas” as regiões a serem pesquisadas.

Por isso, entendemos necessária a realização de mais de um exame de DNA, durante o procedimento ou processo de reconhecimento dos filhos, por laboratórios diferentes, realizando-se no máximo três exames, para afastar de vez a dúvida relativa aos problemas técnicos e acolher o resultado com certeza e confiabilidade superior a 99, 9999%.

Dessa forma a paternidade será reconhecida e confirmada, através de mais de um exame, não ensejando tantos questionamentos quanto a validade do exame.

Também é fundamental que façamos a seguinte distinção: a validade incontestável da prova científica do DNA, de 99, 9999% é uma situação. Outra situação é a “forma” de realização do exame, nisto entendemos que possa ser contestado. Porém, a “validade” e o grau de certeza científico do exame são incontestáveis, enquanto a maneira de sua realização pode ser contestada, levantar suspeitas ou incorreções. Assim, o que muitos autores confundem, tentando criticar a “sacralização do exame de DNA” não pode referir-se ao critério absoluto de validade do exame, inquestionável cientificamente. O que é questionável, como já afirmamos nesta seção, é a forma de realização do teste, que requer cuidados e até repetição e mudança de laboratório, quando houver prova ou indício de erro ou fraude no exame. Nunca porém, há que se questionar o grau de certeza, de correção e infalibilidade científica do exame, capaz de apontar com certeza quase absoluta o pai do investigado.

⁴³ PENA, Sérgio D.J. *Determinação da paternidade pelo estudo direito do DNA: estudo da arte no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo(Cood.) *Direitos de família e do menor*, p. 244.

⁴⁴ RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade: manual Prático do DNA*, p. 29.

O exame de DNA é o mais eficaz e quase infalível meio investigatório e probatório, em matéria de averiguação e investigação de paternidade, quando observados e respeitados não só os fatores extrínsecos ao exame, como também os fatores intrínsecos.⁴⁵ Podemos então, dizer que tal exame garante a existência de identidade genética entre duas pessoas.

Porém, a questão fundamental deste trabalho, mesmo tendo em vista o grau de certeza quase absoluto⁴⁶ do exame de DNA, que pode ser questionado por fatores extrínsecos, como: forma, local e pessoal adequado para a realização do mesmo, bem como através de fatores intrínsecos, está centrada em outro questionamento, ou seja, se o mero exame de DNA, resgata e garante a paternidade?

É o que examinaremos na seqüência do trabalho.

⁴⁵ Reinaldo Pereira e Silva, na obra citada, p. 244, informa que : “ Os testes de DNA apenas tornam mais preciso o grau de probabilidade paternal. Este dado é importante para que se tenha uma percepção crítica de seus resultados. Ademais, estes resultados ainda se diferenciam em relação a cada tipo de exame de DNA porventura requerido, a saber: a tecnologia das Sondas Multilocais (*multi locus probe*), cuja descoberta se deu em 1985 e cuja implantação efetiva, por volta de 1989, também conhecida como Impressões Digitais de DNA (*DNA fingerprinting*), a tecnologia das Sondas Unilocais (*single locus probe*) e a tecnologia da Reação em Cadeia de Polimerase (*Polymerase Chain Reaction*). Diversos fatores vão influenciar a escolha mais adequada para cada caso, a exemplo do tipo de material coletado (regra geral, é o sangue), de sua quantidade e qualidade, dentre outros.(...) A influência relativa que se deve atribuir ao exame de DNA, apesar da propalada ‘ certeza quase absoluta de seus resultados na comprovação biológica da paternidade’, é prudência amparada em diversas motivações.”

⁴⁶ Rolf Madaleno, no artigo denominado : A sacralização da presunção de investigação de paternidade. In: *RT 766/81*, além de outros autores citados no corpo do texto, afirma que : “ Ainda que elevados os percentuais de inclusão parental em exames obtidos através de perícias realizadas por laboratórios cientificamente capacitados, sempre o seu resultado será discutível, por não ser absoluto.”

PARTE II

A LEI Nº 8.560/92 E O EXAME DE DNA COMO MEIO DE PROVA INVESTIGATÓRIA DA PATERNIDADE

CAPÍTULO I

CABIMENTO DO EXAME DE DNA NA AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE

A Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento¹ e dá outras providências, apresenta dez artigos e algumas novidades significativas em relação ao reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio², revogando expressamente os arts. 332, 337 e 347 do Código Civil de 1916, bem como as demais disposições em contrário no art. 10 desta Lei. Com isso, referida Lei alterou o entendimento dos tribunais sobre a questão, fazendo com que ficassem ainda mais relativas as presunções do Código Civil de 1916, bem como as presunções de paternidade constantes no Código de 2002, segundo Silvio de Salvo Venosa.³

¹ Segundo Pontes de Miranda, obra citada, p. 97: “Filhos concebidos fora do casamento. São todos aqueles que descendem de pais não ligados entre si por matrimônio, ou cujo casamento é nulo e não putativo. As definições variam com os sistemas legislativos.”

² Pontes de Miranda, na obra citada, p. 104, explica os dois modos de reconhecimento: “ a) O *reconhecimento voluntário*, que consiste na declaração de paternidade ou de maternidade, feita pelo pai, ou pela mãe do nascido fora do casamento, segundo as formas prescritas na lei. (...) b) O *reconhecimento judiciário*, ou *forçado*, que decorre da sentença na ação que os nascidos fora do casamento têm contra os pais, ou contra os seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação.”

³ VENOSA, Silvio de Salvo. obra citada, p. 75. Explica o autor: “ A Lei nº 8.560/92, que regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, alterou a forma de raciocínio dos tribunais sobre a questão, fazendo com que, sem dúvida, fiquem ainda mais relativas as presunções legais descritas no Código Civil de 1916 e também de 2002. Essa lei revogou expressamente o artigo que dispunha que a filiação provava-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no Registro Civil. De fato, tal lei alargou a possibilidade de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, como veremos. Ela revogou o art. 347 do Código anterior, que dispunha que a filiação legítima prova-

Veio para regulamentar o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, que inseriu no direito brasileiro o princípio da paternidade responsável, adotando exclusivamente como critério determinador da filiação, o biológico, proveniente dos laços de sangue, considerado verdade real, em matéria de filiação.⁴

A intenção aparente do legislador ao elaborar referida Lei, demonstra que visou ampliar o número de reconhecimentos voluntários no país e/ou a agilização do procedimento judicial de reconhecimento do filho, expectativa que foi atingida em grande parte, pelo elevado índice que se verificou após a vigência da lei. Porém, outro aspecto não aparente da intenção do legislador é o objetivo maior, governamental, político, econômico, social e, não só jurídico, de procurar reduzir ao mínimo o número de crianças abandonadas no país.⁵ Assim, quando o Estado confere ao Ministério Público, através desta Lei, a propositura da ação, em nome próprio, deixa evidente o seu interesse fundamental, que é a intenção de proteger o vínculo de filiação de todos os cidadãos.⁶

Esta Lei estabelece, além das formas de reconhecimento voluntário da paternidade através do termo de nascimento, de testamento, de escritura pública, de escrito particular e de declaração feita perante autoridade judicial, a obrigatoriedade da averiguação da paternidade, no art. 2º.⁷

va-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no registro civil. Historicamente se justificava o dispositivo, porque o Direito anterior permitia a prova de filiação mediante a comprovação da posse de estado.”

⁴ Esta Lei foi inspirada no Provimento nº 34, baixado em 25 de outubro de 1988, pelo Corregedor Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, Desembargador Cristóvan Daiello Moreira, já que o art. 4º da Lei, repete o art. 8º do Provimento, bem como outros dispositivos são semelhantes embora com redação diferente.

⁵ O intuito da Lei, segundo a obra coordenada por Luiz Edson Fachin, *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial*: comentários à Lei nº 8.560/92, p. 12, foi o de “facilitar sua aplicabilidade no sentido de atingir seu escopo maior, qual seja, o de não deixar filho sem pai.

Entenda-se que a Lei nº 8.560/92 não representa um novo sistema de estabelecimento da filiação, mas ela se constitui, isto sim, em um passo a mais dado em favor da igualdade dos direitos entre os filhos, num caminho que começou a ser aberto pelas leis e jurisprudência que a precederam.”

Além disso, Luiz Edson Fachin ressalta que “A Lei nº 8.560/92, consagra a predominância de um interesse público sobre o privado, no estabelecimento da relação paterno-filial, motivo pelo qual o Estado reserva para si a tarefa de tutelá-lo, preliminar, administrativa e oficiosamente, através da função jurisdicional.” Revela o autor uma grave omissão da Lei: “Percebe-se nitidamente, uma preocupação do legislador com a situação da mãe solteira, sem que tenha levado em conta a situação da mãe casada, separada de fato do marido, que vem a gerar uma criança de outro homem.” Obra citada, p. 26 e 30.

⁶ Com esse entendimento João Francisco Moreira Viegas, citado por Luiz Edson Fachin, na obra *Averiguação e Investigação de paternidade extramatrimonial*. Comentários à Lei nº 8.560/92, p. 53.

⁷ A esse respeito Caio Mário da Silva Pereira, na obra *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 64, se manifesta: “A Lei nº 8.560 de 1992 prevê a hipótese de apenas a maternidade ser declarada e ser mencionado o nome do pai. Cabe a citação deste para em 30 dias se pronunciar. No silêncio ou na oposição, o juiz pode determinar diligência sumária (tal como no art. 1.865 do Código

Saliente-se que, provavelmente ao contrário do que pretendeu a Lei, consagrando a verdade real, através do critério biológico de filiação, nada impede que um suposto pai que reconhece voluntariamente o filho, através do procedimento da Lei 8.560/92, não seja o “pai biológico”, mas o namorado ou o companheiro da mãe. Este constará no registro como pai biológico, mesmo não sendo, até prova em contrário, que poderá ser o exame de DNA. Assume responsabilmente a paternidade jurídica do filho, além da afetiva, mesmo podendo não ser o pai biológico.

Assim, em todos os registros de nascimentos das crianças que não conste o nome do pai, a partir de 1992, o Estado determina que seja averiguada a paternidade, o que revela não só e aparentemente, a importância da figura do pai na família, mas considera implicitamente relevante a paternidade biológica para a revelação da paternidade jurídica. Revela mais, que o Estado além de ter à intenção de atribuir ao filho uma paternidade conhecida e registrada, assegurando à criança e ao adolescente o direito à dignidade, previsto no art. 1º, inciso III e art. 227, *caput*, da Constituição Federal, pretende verdadeiramente desincumbir-se de um problema social que lhe diz respeito, frente ao número de crianças abandonadas em nosso país que ficam esperando a proteção e assistência do Estado, que lhes é garantida pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Visa encontrar o “pai”, para atribuir-lhe as responsabilidades pelo sustento, criação e educação da criança, já que se isso não acontecer ele Estado, deverá arcar com esse ônus.

Dessa forma, o Estado avoca para si, a busca pela paternidade do filho não reconhecido, pois na averiguação⁸ chamada oficiosa, a iniciativa do procedimento é atribuída ao juiz, podendo ocorrer sempre que no registro constar apenas o nome da mãe.

A Lei 8.560/92 não dispôs especificamente sobre o exame de DNA, mas tratou, como referido linhas atrás, da paternidade responsável, através do reconhecimento voluntário ou involuntário da filiação, tendo como interesse primário e portanto fundamental, o do Estado, de ver estabelecido o vínculo de filiação de todos os ci-

Civil português) e remessa dos autos ao Ministério Público, que terá legitimidade para intentar ação investigatória, sem prejuízo de ação por quem tenha legítimo interesse.” I

⁸ Segundo o *Dicionário Jurídico*, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, organizado por J. M. Othon Sidou, p. 91, o termo “averiguação”, significa : “ Ato de indagar, inquirir, investigar, verificar a vida pregressa do indiciado...” E, segundo o AURÉLIO, este termo significa: “ 1. Indagar, inquirir, investigar...2. Determinar a verdade de certificar-se, verificar, apurar...” In: *Novo Dicionário Aurélio*, p. 165.

dados brasileiros ou do maior número possível, ao permitir a proposição da ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público, em nome próprio.

A única lei que define o DNA é a Lei de Biossegurança, nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que no art. 3º, II, estabelece como sendo “ácido desoxirribonucléico (ADN), ácido ribonucléico (ARN)-material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência”. Esta Lei, somente apresenta o conceito de DNA, não dispendo sobre o exame de DNA como prova na averiguação oficiosa de paternidade ou nas ações de paternidade. Através de tal exame, o pai biológico pode ser determinado com igual certeza da maternidade.

Creemos assim, que a realização do exame é importantíssima e deve ser agilizada, nos casos em que não há o reconhecimento voluntário por parte do pai, chamado em juízo, seja porque não compareceu, silenciou, negou, ou ficou em dúvida quanto a paternidade.

Tal procedimento, atinge apenas os filhos menores de idade, conforme especifica a Lei no art. 2º, caput., sendo que os filhos maiores devem dar o consentimento quando do reconhecimento da paternidade, segundo o art. 4º .

Saliente-se que tal lei trata do procedimento de averiguação oficiosa da paternidade, em que o juiz ao receber do Cartório de Registro Civil das pessoas Naturais, a certidão integral em que consta somente a maternidade, notificará o suposto pai para manifestar-se em 30 dias.

Cabe ressaltar de início, a diferença existente entre processo e procedimento . O processo, em síntese, é o método utilizado para resolver os litígios, enquanto o procedimento é o mecanismo utilizado para desenvolver e dar prosseguimento ao processo. Sendo que para Humberto Theodoro Júnior, o procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto e, para José Frederico Marques, o procedimento é a marcha de atos processuais, coordenados sob formas e ritos, para que o processo atinja o seu objetivo, que é a tutela jurisdicional.⁹

Trata-se de procedimento administrativo de jurisdição voluntária¹⁰, inspirado no art. 1.864 do Código Civil Português¹¹, que dispõe:

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*, vol.1, p. 45. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v.1, p.9.

¹⁰ Segundo Humberto Theodoro Júnior, na obra citada, p. 45, na jurisdição voluntária não há litígio, mas negócio jurídico, não há partes, mas participantes e não há ação, mas pedido. Giuseppe Chio-

“Artigo 1864.

Sempre que seja lavrado o registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registro, a fim de se averiguar officiosamente a identidade do pai.”

Como verificamos, a iniciativa do procedimento não é da parte interessada, mas do Estado, que é representado pelo oficial do Cartório que deve remeter à Juízo a certidão de inteiro teor com os dados de qualificação do suposto pai.

Também no Código Civil argentino, encontramos o art. 255, que procura efetivar a igualdade de direitos entre os filhos matrimoniais e extramatrimoniais, dispondo que nos casos em que um menor for inscrito no Registro Civil como filho de pai desconhecido, o Cartório comunicará ao Ministério Público de Menores, que deverá citar a mãe, para fornecer os dados do suposto pai, para efetuar o reconhecimento. Se o

venda, na obra *Princípios de derecho procesal civil*, p. 383, entende que o que caracteriza a jurisdição voluntária não é a ausência de contraditório, mas a falta de parte. Ovídio Baptista da Silva, na obra *Curso de processo civil*, v. 1, p. 35, conclui que “a atividade de jurisdição voluntária é apenas mediadora, e nesse sentido, instrumental entre o interesse tutelado e o seu respectivo titular, tendo por função exclusiva a remoção de um obstáculo, a fim de que o interessado tenha satisfeito e realizado o interesse tutelado pela ordem jurídica.”

¹¹ Demais artigos do Código Civil Português, após a edição do Dec.-Lei nº 496 de 25.11.77, que se referem a averiguação officiosa da paternidade :

“Artigo 1865º.

1. Sempre que possível, o tribunal ouvirá a mãe acerca da paternidade que atribui ao filho.
2. Se a mãe indicar quem é o pai ou por outro meio chegar ao conhecimento do tribunal a identidade do pretense progenitor, será esse também ouvido.
3. No caso de o pretense progenitor confirmar a paternidade, será lavrado termo de perfilhação e remetida certidão para averbamento à repartição competente para registro.
4. Se o presumido pai negar ou se recusar a confirmar a paternidade, o tribunal procederá às diligências necessárias para averiguar a viabilidade da acção de investigação de paternidade.
5. Se o tribunal concluir pela existência de provas seguras da paternidade, ordenará a remessa do processo ao agente do Ministério Público junto do tribunal competente, a fim de ser intentada a acção de investigação.”.

“Artigo 1866º.

A acção a que se refere o artigo anterior não pode ser intentada:

- a) Se a mãe e o pretense pai forem parentes ou afins em linha recta ou parentes no segundo grau da linha colateral;
- b) Se tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento.”

“Artigo. 1867º.

Quando em processo crime se considere provada a cópula em termos de constituir fundamento para a investigação da paternidade e se mostre que a ofendida teve um filho em condições de o período legal da concepção abranger a época, deve o Ministério Público instaurar a correspondente acção de investigação, independentemente do prazo estabelecido na alínea b) do artigo 1866º.

“Artigo 1868º.

É aplicável à acção officiosa de investigação de paternidade, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 1811º, 1812º e 1813º.”

“Artigo 1.812º. A instrução do processo será secreta e será conduzida por forma a evitar ofensa ao pudor ou dignidade das pessoas.”

pai se negar, o Ministério Público, com o consentimento da mãe, promoverá ação de reclamação da filiação extramatrimonial, prevista no art. 254.¹²

A Lei não estabeleceu qual o Juízo competente para processamento e averbação do nome do pai, sendo que o entendimento majoritário atribui competência ao juiz dos Registros Públicos. Diante da lacuna da Lei, as Corregedorias Gerais de Justiça de cada estado disciplinaram sobre a matéria da competência.

O art. 1º, da Lei referida, amplia as formas de reconhecimento da paternidade, incluindo além do reconhecimento através do registro de nascimento, o realizado por escritura pública e testamento, o escrito particular arquivado em cartório e a manifestação expressa e direta perante o juiz, em qualquer situação.

Sendo assim, o próprio pai pode espontaneamente reconhecer o filho de diversas formas. Porém, nos casos em que não houver a voluntariedade do reconhecimento ou a recusa do suposto pai notificado, a lei mostra e facilita o caminho do reconhecimento judicial, possibilitando a iniciativa da ação de investigação de paternidade ao Ministério Público, além de permitir às partes interessadas (art. 2º, parágrafo 5º).

Determina a Lei, que o oficial do registro lavre certidão, apenas com a maternidade estabelecida, que deverá ser remetida a juízo, com os dados do suposto pai. Se o oficial não tiver dados referentes ao suposto pai, mesmo assim deverá remeter a juízo a certidão do registro da criança com os dados que tiver conhecimento, conforme art. 2º, parágrafo 1º da Lei. No momento em que a mãe for ouvida judicialmente o juiz poderá complementar os dados inexistentes .

O art. 4º da Lei, afirma que os filhos maiores devem dar o consentimento no reconhecimento, não explicitando a Lei de que forma isso deve ser feito, porém entendemos que pode ser da mesma forma que ocorre quanto aos filhos menores. Marco Aurélio S. Viana observa que não há limite de idade para a demanda de investigação da vinculação biológica, que pode ser ajuizada a qualquer tempo e não somente enquanto o investigador for criança e adolescente, pelo art. 27 do ECA que utiliza a expressão *sem qualquer discriminação* e devido ser o direito imprescritível.¹³

Há entendimento de que se a mãe não quiser fornecer para o oficial os dados do suposto pai, àquele não poderá forçá-la, já que não há norma no ordenamento

¹² BÍSCARO, Beatriz. *Régimen de filiación y patria potestad*: Ley 23.264, p. 38-39.

jurídico que obrigue a mãe declinar o nome do pai de seu filho, pois ninguém é obrigado a fazer o que a lei não o obriga.¹⁴

Discordamos, tendo em vista que se a mãe sabendo não informar o nome do pai, estará ferindo o princípio de igualdade dos filhos, o da paternidade responsável e o direito que possui o filho de conhecer a sua ascendência. Mesmo porque, casos existem em que o pai desejará assumir a paternidade desconhecida, situação que não pode ser ignorada, como é o caso das “gerações independentes”, em que mulheres (solteiras, viúvas, separadas, divorciadas, conviventes e mesmo casadas) sentem-se no direito de esconder a origem do filho, como se este fosse posse e propriedade sua, exclusivamente, desconhecendo os direitos do pai e o maior interesse do filho, princípio consagrado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A propósito do tema da monoparentalidade, as mães solteiras podem ser involuntárias ou voluntárias. A diferença reside no fato de que as primeiras assumem esta condição sem desejá-la, normalmente vivenciando-a com sacrifícios, enquanto as mães solteiras voluntárias optam conscientemente pela monoparentalidade, assumindo sozinha, ou seja, sem o pai da criança, todos os reflexos que advenham dessa situação. Enquanto a monoparentalidade da mãe solteira involuntária ou “vítima”¹⁵, lhe é imposta, seja pelo não planejamento do filho em conjunto com o pai da criança, seja pela não utilização de métodos contraceptivos, devido ao desconhecimento, falta de recursos ou religiosidade, seja pelo não reconhecimento do filho pelo pai, a monoparentalidade da mãe solteira voluntária é espontânea desejada e esperada.

O procedimento de averiguação oficiosa não é facultativo, mas obrigatório, no intuito de responder ao princípio da paternidade responsável, visando a determinação da paternidade do filho, apenas com a maternidade estabelecida.

A mãe deve ser ouvida judicialmente, sempre que for possível, antes da notificação do suposto pai, registrando em termo suas declarações, bem como apresentando as provas do fato como: documentos, testemunhas e exames periciais, inclusive o DNA, para possível ação de investigação de paternidade

¹³ VIANA, Marco Aurélio S. *Da ação de investigação de paternidade*, p. 30.

¹⁴ SILVA, José Luiz Mônaco da. *Reconhecimento da paternidade*, p. 42.

O suposto pai será notificado, independentemente do seu estado civil, e se não comparecer em juízo nos 30 dias da notificação, os autos serão remetidos ao Ministério Público, para que verifique a possibilidade de oferecer ação de investigação de paternidade, se tiver elementos suficientes, já que por ser procedimento e não processo, o não comparecimento do suposto pai notificado, por ocasião da averiguação oficiosa, não gera os efeitos do art. 222 do C.P.C., referentes à citação.

Se o suposto pai comparecer, poderá:

1. Reconhecer a paternidade, tomando-se por termo suas declarações e após extraindo-se a certidão de reconhecimento que deverá ser encaminhada ao cartório para averbação do nome e demais dados do pai.

2. Oferecer defesa escrita ou oral, elaborada por si próprio ou por advogado, apresentando todos os meios de prova permitidos em direito, negando a paternidade.

O pai ou a mãe podem requerer o exame de DNA, através desse procedimento, já que “nada impede, contudo que as partes, no procedimento, concordem em produzir provas para confirmar a paternidade, como o exame de DNA, por exemplo.”¹⁶

No caso de o pai não reconhecer espontaneamente o filho ou de não realizar o exame de DNA para confirmação da paternidade, a doutrina e a jurisprudência atuais questionam e divergem quanto a obrigação do suposto pai em se submeter a tal exame.¹⁷ Abordaremos esta questão com mais profundidade, na seção a seguir.

Com a evolução ocorrida através das análises genéticas, tornou-se menos complicado e mais confiável estabelecer a origem de um indivíduo e as relações de parentesco daí decorrentes. Tanto que o exame pode ser encomendado hoje, via internet, através de *sites*, permitindo a antecipação de tutela, em caso positivo, a fim

¹⁵ Esta expressão é utilizada por Eduardo de Oliveira Leite, na obra *Famílias Monoparentais: a situação de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, p. 74.

¹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: Direito de família, p.300.

¹⁷ Rosana Fachin, em artigo denominado: Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira(Coords.) *Direito de família e o novo Código Civil*, p. 130, adverte: “Contudo, ainda hoje, apesar dos avanços científicos, paira um obstáculo: a recusa do suposto investigado em doar seu material genético para o exame, cujas respostas para tal questão estão sendo construídas pela formulação pretoriana ainda não consolidada.”

de concessão de alimentos provisórios ao menor, até final processamento da ação de investigação de paternidade.¹⁸

O procedimento deve ser realizado em segredo de justiça, conforme art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Haverá arquivamento do procedimento, quando o Ministério Público não tiver elementos suficientes para propor a ação de investigação de paternidade. Mas, segundo a Constituição Federal, art.129, inciso VIII, o Ministério Público “poderá requisitar diligências investigatórias” para instruir o procedimento de averiguação oficiosa, a fim de promover a ação investigatória. Além disso, se o procedimento de averiguação oficiosa for arquivado, poderá servir como subsídio na ação de investigação, no momento em que surgirem novas provas.

O reconhecimento é voluntário, na forma da Lei nº 8.560/92, ou chamado perfilhação, termo utilizado pela lei portuguesa, que inspirou o legislador brasileiro.

O reconhecimento na averiguação oficiosa pode não ser espontâneo, no sentido de que não ocorreu por iniciativa do suposto pai, mas não é forçado, no sentido de que não há decretação judicial da paternidade. Não existe “ação” de averiguação oficiosa, mas somente ação de investigação de paternidade.

Assim, o reconhecimento da paternidade através da averiguação oficiosa é voluntário e não espontâneo¹⁹, já que provocado por outrem (autoridade do Poder Judiciário) que não o suposto pai. O juiz preside o ato, mas não decide. Neste procedimento é possível a realização de todos os meios de prova, inclusive via exame de DNA, já que o próprio pai poderá requerê-lo em sua defesa.

O reconhecimento voluntário não cria o vínculo de filiação que já existia, apenas declara o direito de filiação.

As decisões podem ser revistas e o procedimento reiniciado, pois não há ação.

¹⁸ O site é denominado DNAVIRTUAL (www.dnavirtual.com). A decisão é do Des. Ênio Santarelli Zuliani, AI 174.554-4/8, TJSP, pub. Lex 222-248, in: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 16, p. 113.

¹⁹ Conforme a doutrina, coordenada por Luiz Edson Fachin, *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92*, p. 50, há diferença conceitual entre o reconhecimento voluntário, o espontâneo e o forçado. No reconhecimento voluntário “ Há um provocação por parte dos interessados de que determinada pessoa reconheça certo filho como seu, e este voluntariamente o faz, embora impulsionado por iniciativa de terceiros.” O reconhecimento espontâneo “ trata-se de um ato de iniciativa do reconhecente, sem que seja impulsionado ou cobrado por alguém.” E, o reconhecimento forçado, é “decorrente de sentença proferida nos autos de uma ação de investigação de paternidade, ou mesmo o reconhecimento pelo réu, da procedência do pedido do autor.”

A averiguação oficiosa não se esgota quando o pai nega a paternidade ou se omite, como entendem alguns doutrinadores, somente sendo possível a partir de então a investigação de paternidade.

Não foi este o intuito do legislador, nem o objetivo da lei, que pretende reduzir o número de crianças e adolescentes sem a paternidade estabelecida no registro civil, de forma mais prática e ágil possível, sem todos os trâmites da ação de investigação de paternidade.

É possível e necessário que, já no momento da recusa ou omissão do pai, quando recebe a notificação, lhe seja aberto prazo para defesa neste procedimento, com todos os meios de prova cabíveis inclusive através do DNA, já que, do mesmo modo, também na hipótese de ser o Ministério Público parte legítima para instaurar o procedimento de averiguação oficiosa, ele pode, antes mesmo de propor ação de investigação oficiosa ouvir testemunhas, bem como requisitar à realização de perícias hematológicas, entre as quais o exame de DNA. Este entendimento é comungado por Pedro Roberto Decomain e Belmiro Pedro Welter.²⁰

Uma vez realizado o exame e ficando provado que o investigado não é o pai, aí sim o procedimento deve ser arquivado, podendo no entanto transformar-se em ação de investigação de paternidade através de novas provas, pelo Ministério Público ou pela parte.

Porém se o exame for positivo, deverá o juiz de imediato determinar a inserção do nome do pai no registro do filho, de ofício. Se o pai ainda assim não concordar com a prova, negando a paternidade deverá ingressar com ação ordinária negatória de paternidade cumulada com retificação do registro civil.

O doutrinador J.M. Leoni Lopes de Oliveira, entende, inclusive, que a lei dispensa o autor de provar o fato constitutivo, ou seja, o vínculo biológico, invertendo o

²⁰ DECOMAIN. Pedro Roberto. *Declaração e investigação de paternidade*, p.67: " pode também o Ministério Público, antes da propositura da ação investigatória, se dispuser de recursos e condições para tanto, requisitar a realização de tais exames hematológicos, como elemento adicional a formar seu convencimento sobre o cabimento ou não da propositura da ação. " WELTER, Pedro Belmiro. *Obrigatoriedade do exame genético de DNA*, p. 154: " Logo, se o Ministério Público pode requisitar o exame genético de DNA ao estado, quando da averiguação oficiosa de paternidade, portanto, antes de iniciada a demanda investigatória, não só pode, mas, sim, deve o Poder Judiciário, com muito mais razão, determinar a formatação do exame de DNA, porque não estará examinando, como o Ministério Público, a viabilidade da ação investigatória, e sim dizendo se o autor tem, ou não, o direito natural à personalidade. "

ônus da prova. Dá como provada a filiação biológica e é o réu que tem de ilidir a presunção favorável ao autor.²¹

O legislador pretendeu que toda a paternidade seja determinada, cumprindo com a paternidade responsável. A lei não deixou a escolha para a mãe investigar ou não a paternidade.

Com isto, temos que a averiguação é investigação, inquérito, procedimento administrativo presidido pelo juiz. O processo só iniciará quando o juiz enviar o procedimento de averiguação para o Ministério Público promover a ação de investigação de paternidade ou a própria parte .

O suposto pai tem direito de ampla defesa, protegido pelo art. 5º, inciso LV, da CF, disposto na Lei nº 8.560/92, no art.2º, § 3º.

Em síntese, quando o juiz recebe o termo com as informações do oficial do registro deve obrigatoriamente instaurar o procedimento de averiguação oficiosa, onde poderá haver o reconhecimento voluntário pelo suposto pai, que culminará com a lavratura do termo de reconhecimento pelo juiz. Se o suposto pai não comparecer ou negar a paternidade, o juiz não poderá arquivar o procedimento, mas encaminhá-lo para Ministério Público, para que verifique a presença de elementos suficientes a propositura da ação de investigação de paternidade, já que a notificação é obrigatória, mas o comparecimento à audiência não, segundo o art. 2º, § 4º. O Ministério Público poderá requerer diligências que possam reunir elementos para a ação, de acordo com art. 129, inciso VI , da Constituição Federal.

O pai e mãe são notificados. Notificação não é citação, já que não é processo, só informa os fatos para que a parte aja se for do seu interesse ou não, sob pena de alguma conseqüência. Configura, então, procedimento administrativo e por isso, o suposto pai pode manifestar-se sem presença de advogado.

Este procedimento deve ser simples, para não se tornar ação, mas deve respeitar o contraditório, do art. 5º, inciso LV, Constituição Federal, por isso entendemos possível a realização da perícia médica, após a notificação do suposto pai.

Nesse sentido, J.M.Leoni Lopes de Oliveira entende possível o exame de DNA na fase de averiguação oficiosa : “ Se nessa fase a mãe e o suposto pai reque-

²¹ OLIVEIRA, J.M.Leoni Lopes. *A nova lei de investigação de paternidade*, p. 11.

rerem o exame de DNA, também não vemos inconveniente em tal produção de prova.”²², porém tal autor não vai além dessa colocação.²³

A averiguação oficiosa é feita em segredo de justiça, conforme art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe que no reconhecimento de paternidade será observado o segredo de justiça.

O arquivamento do procedimento oficioso ocorrerá após a lavratura do termo de reconhecimento pelo suposto pai, devendo o juiz remeter certidão ao oficial do registro para averbação (art. 97 LRP, 2º, § 3º da Lei 8.560/92), bem como o procedimento pode ser arquivado pelo Ministério Público, quando não tiver elementos suficientes para promover a ação de investigação de paternidade. O interessado poderá promover ação de investigação, após o Ministério Público ter arquivado o procedimento e este órgão só poderá reabrir o procedimento se obtiver novas provas.

Como se vê, a verdade sociológica da filiação não foi abordada nem no Código Civil de 1916, nem na Lei nº 8.560/92, revelando um biologismo exacerbado, ao valorizar os vínculos de sangue e não de afeto na filiação, já que “lamentavelmente não consagram a posse de estado como um dos elementos fundamentais para o estabelecimento da paternidade ou da relação de filiação, razão pela qual, a princípio, nada impediria o filho de invocar a tutela jurisdicional do Estado para ver estabelecida a sua verdadeira paternidade biológica.”²⁴

No entanto, o novo Código Civil brasileiro, no art. 1.593, ao tratar das relações de parentesco, finalmente dispõe sobre o parentesco sociológico, estabelecendo que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

No termo “outra origem”, para nós, está contida a verdade socioafetiva ou a filiação socioafetiva nas relações familiares, pois o termo é genérico e comporta diversas outras formas de parentesco além das já existentes, inclusive o socioafetivo. Assim, existe a partir desse dispositivo, previsão legal reconhecendo a afetividade

²² OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *A nova lei de investigação de paternidade*, p. 120.

²³ A propósito Luiz Edson Fachin (Coord.), na obra *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à Lei nº 8.560/92*, na nota de rodapé da p. 48, discorda: “Observe-se que não há que se falar, em perícia médica, nessa fase, uma vez que ainda não se trata de processo judicial contencioso, mas de mero procedimento de jurisdição voluntária.”

²⁴ FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei nº 8.560/92*, p. 43. E, na p. 44, o autor salienta que “A Lei nº 8.560/92 deixou passar a oportunidade de instituir, no ordenamento jurídico nacional, o reconhecimento legal da verdade sociológica da relação de filiação, em equilíbrio com a verdade biológica.”

como fator essencial para estabelecer a filiação, em questões judiciais de averiguação e investigação de paternidade.

A paternidade socioafetiva e este novo artigo do Código Civil serão analisados, na parte III, que trata da paternidade responsável, na seção 4, denominada “paternidade afetivamente responsável”, bem como na parte V, a desigualdade no tratamento dos filhos, na seção 2, item 1.c.

O parentesco natural ou civil já fora previsto no Código Civil anterior, sendo que o parentesco era considerado o vínculo gerado pela consangüinidade e pela adoção apenas. O parentesco é consangüíneo “quando duas ou mais pessoas se originam de um ancestral comum”²⁵ e, o parentesco é considerado civil “quando o vínculo é estabelecido não por laços de sangue, mas por ato jurídico voluntário, denominado adoção.”²⁶ O parentesco civil, instituído pela adoção, segundo Gustavo Tepedino, tem em sua base subjetiva as relações de afeto que fazem com que o filho adotivo venha a integrar a família do adotante, mesmo que não possuam vínculo de sangue.²⁷

Com a vigência do novo Código Civil, verificamos que as relações de parentesco foram ampliadas, reconhecendo o código como jurídica a relação de parentesco existente entre pessoas ligadas por laços de sangue, bem como entre pessoas ligadas por “outra origem”. Nesta expressão podemos inserir algumas formas de parentesco como: adoção, afinidade, procriações artificiais heterólogas e posse de estado de filho.

Inserimos a afinidade como uma forma possível de parentesco, que poderia estar contida no termo “outra origem”. Logo, se “outra origem” não é a consangüínea, nem a civil, constantes expressamente no artigo, poderá ser também a derivada do vínculo de afinidade. Ressaltamos porém, que para alguns doutrinadores “a afinidade não é parentesco”²⁸, são termos com significados distintos. Nesse sentido Guilherme Calmon Nogueira da Gama, quando afirma: “cumpre destacar que parentesco e afinidade são vínculos que não se confundem, a despeito de ser utilizada terminologia que muitas vezes considera no mesmo contexto, como o termo ‘paren-

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito civil*, p.392.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Obra citada*, p. 392.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Idem*, *ibidem*.

²⁸ WALD, Arnald. *O novo Direito de Família*, p.34.

tesco por afinidade”²⁹ e, Gustavo Tepedino: “ do parentesco se diferencia a afinidade, vínculo jurídico formado entre um cônjuge e os parentes do outro, sem que tal liame se estabeleça entre os afins de um cônjuge com os afins do outro.”³⁰

O legislador, no art. 1.595, § 1º, do Código Civil, estabelece o “parentesco por afinidade”. Também, doutrinadores entre os quais Luiz Edson Fachin ao escrever “ a afinidade, no sentido técnico, é o parentesco que liga um cônjuge aos parentes do outro”³¹ ; Valdemar Pereira da Luz , “ o parentesco propriamente dito se contém apenas em três modalidades: natural, por afinidade e parentesco civil”³² ; Maria Helena Diniz, “deste conceito podem-se extrair as seguintes espécies de parentesco: 1) Natural ou consangüíneo(...) 2) Afim (...) 3) Civil ”³³ e, Silvio Rodrigues, que também se manifesta no mesmo sentido “ preferível... é separar as espécies de parentesco em parentesco natural, civil ou por afinidade.” ³⁴ Daí porque relacionamos a afinidade como uma forma de parentesco constante na expressão “outra origem”.

Assim, está claro que o legislador inseriu na nova legislação a verdade sociológica e afetiva nas relações de parentesco, entre as quais está a mais próxima e intensa, ou seja, a relação entre pais e filhos.

Portanto, embora alguns entendam que as dúvidas aumentaram, para nós muitas dúvidas e controvérsias em torno da filiação, especialmente da previsão e aceitação da filiação socioafetiva, se dissiparam após a entrada em vigor deste Código, quando o legislador introduziu outras formas de parentesco, através da expressão “outra origem”. Se na legislação anterior não tínhamos como caracterizar legalmente a filiação socioafetiva, agora temos amparados no art. 1.593 do Código Civil. Podemos classificar efetivamente, no âmbito jurídico, a filiação como: jurídica, biológica e socioafetiva.

Com isso, ficou legalmente reconhecida a verdade socioafetiva nas relações familiares, entres as quais está a questão da paternidade socioafetiva, já admitida em algumas situações pela jurisprudência e defendida por alguns doutrinadores.³⁵

²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*, p. 95-96.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha(Coord.). *Direito de Família contemporâneo*, p. 548.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*, p. 198.

³² LUZ, Valdemar Pereira da. *Curso de Direito de Família*, p. 172.

³³ DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 361-362.

³⁴ RODRIGUES, Silvio. Obra citada, p. 319.

³⁵ Entre os quais: FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou o limite entre o genitor e o pai. In: *Grandes temas da atualidade*. VE-

Voltamos a questão do exame de DNA, lembrando que Sérgio Gischkow Pereira, Anete Tachtemberg e Belmiro Pedro Welter³⁶, entre outros, são favoráveis a elaboração de projeto de lei que regulamente o exame genético do DNA, a exemplo de outros países. Esse é também o nosso entendimento, por isso apresentamos sugestão de legislação referente a esta matéria ao final deste trabalho, em anexo.

Seção 1

Da obrigação do suposto pai de se submeter ao exame

O exame de DNA oferece certeza científica para a determinação da paternidade e encontra hoje um único obstáculo: a recusa do suposto pai a entregar o material necessário ao teste, segundo Maria Celina Bodin de Moraes.³⁷

Como vimos na parte I, deste trabalho, as características do exame de DNA, na definição dos fatores genéticos do indivíduo, levam à análise das células específicas de cada ser humano e resultam no tipo único de cada pessoa.

Assim, podemos constatar que estarão sujeitos ao exame de DNA, todas as pessoas que se envolverem em um processo de investigação de paternidade ou submetidos à averiguação oficiosa da paternidade: o suposto pai, a mãe e o filho–investigante. Porém a submissão ou sujeição a tal exame, só é comumente exigida àquele que está no pólo passivo desta ação, ou seja, o suposto pai.

Alguns países dispõem diferentemente sobre esta questão³⁸, como no caso da Itália em que a legislação penaliza aquele que se recusa a realizar o exame de

LOSO, Zeno. A sacralização do exame de DNA na Investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade*. VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. In: *Revista Forense* 271/ 44-51.

³⁶ WELTER, Belmiro Pedro. Obrigatoriedade do exame genético de DNA. *RT* 747/149.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família, problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 184.

³⁸ França, Bélgica e Canadá, por exemplo não aceitam a imposição do exame de DNA, sem o consentimento do suposto pai, com fundamento na inviolabilidade do corpo e da vida privada. Na Alemanha, Áustria e Suíça a prova deve ser realizada com ou sem o consentimento da parte, pois o interesse coletivo é superior ao interesse particular. Na Itália, cabe pagamento de pena pecuniária em caso de recusa. Nos Estados Unidos, gera a confissão ficta, já que entende que o exame, se fosse realizado, seria desfavorável a parte que não quis realizá-lo. Na Dinamarca, Áustria e em alguns estados da América do Norte, a submissão a prova é obrigatória, diante do direito de personalidade do investi-

DNA, para demonstrar que não é sacrifício dar apenas alimentos e direitos sucessórios ao filho. O que é mais importante é proteger e detectar a origem e o nome do filho. O exame de DNA é “ o piloto da verdade a ser buscada”.³⁹ Já na Argentina, assim como no Brasil, o regime legal não permite a extração da amostra de sangue, necessária ao exame, de forma obrigatória, em virtude das garantias constitucionais, conforme arts. 18 e 19, C.N.⁴⁰

Este tema é bem delicado e tem ensejado inúmeras discussões na seara do Direito de Família, causando divergências na doutrina e nos Tribunais de nosso país.⁴¹

Existem vozes contra e vozes a favor de tal procedimento.

Entre aqueles que são contra,⁴² citamos Maria Berenice Dias : “ ... não há como se impor que alguém a ela se submeta coactamente, sob pena de ofender o princípio do respeito à integridade física do cidadão, que dispõe do resguardo cons-

gante. A respeito ver análise do direito comparado na obra de VERRUNO, Luis *ett alli*. *Manual para la investigación de la filiación: actualización médico-legal.*, p. 104-109.

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*, p. 76.

⁴⁰ VERRUNO, Luis, HASS, Emilio J.C., RAIMONDI, Eduardo H., LEGASPE, Eduardo. *Manual para la investigación de la filiación: actualización médico-legal*, p. 20. E, na p. 39, conforme tais autores existem controvérsias nas doutrinas nacionais e estrangeiras, mas “ la postura mayoritaria entiende, deben respetarse los derechos individuales del renuente y no obligarlo compulsivamente a la toma de muestra cuando se plantea em un proceso en el que se busca investigar el origen filiatorio de una persona [32].”

Informam ainda, na p. 100-101, que existem duas teorias a respeito: 1. A “Teoria Negatória”, defendida pelos que rechaçam a possibilidade da extração forçada e defendem as garantias constitucionais, em especial as dos arts. 18 e 19 (autoincriminação em matéria penal e direito a intimidade e liberdade pessoal). A ofensa ao direito de identidade pessoal é justificativa ampla para obter o material biológico do investigado em matéria penal nos crimes de supressão e ocultamento do estado civil e em ações de reconhecimento do estado de filho em matéria civil ; e 2. A “Teoria Positiva”, que defende o interesse social da identificação e penalização dos delinquentes em matéria penal e no direito a própria identidade que poderia ser afetado, tanto em matéria civil como em matéria penal (“Direito a Verdade Biológica”). A teoria negatória se apóia também na violação a integridade física, não prevista na Constituição argentina, mas nas Constituições européias. Quanto a esse direito a teoria positiva contesta, entendendo que o mesmo não é absoluto e pode ser limitado como qualquer outro direito pela legislação. Esse dano “hipotético” é controlável, mínimo e não gera riscos para a saúde.

⁴¹ A respeito desse dilema jurídico escrevem alguns autores, esperando a formulação de respostas. Rosana Fachin, na obra citada, p. 130: “ Contudo, ainda, hoje, apesar dos avanços científicos, paira um obstáculo: a recusa do suposto investigado em doar seu material genético para o exame, cujas respostas para tal questão estão sendo construídas pela formulação pretoriana ainda não consolidada.”

⁴² DIAS, Maria Berenice. A investigação de paternidade e a questão da prova. *Revista Faculdade de Direito da Universidade de Caxias do Sul*, dez/99, p. 91; AMARAL, Francisco. A prova genética e os direitos humanos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. *Grandes temas da atualidade:DNA como meio de prova da filiação-aspectos constitucionais, civis e penais*, p. 112.

MARTINS, Ives Gandra. O exame de DNA como meio de prova-aspectos constitucionais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade :DNA como meio de prova da filiação – aspectos constitucionais, civis e penais*, p. 127; MADALENO, Rolf. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. In: *RT* 766/80-81.

titucional.” ; Francisco Amaral : “ sua obrigatoriedade, que não se prescreve em nenhum texto legal, encontra limites no respeito devido aos direitos humanos, ou da personalidade. Vigee, nessa matéria, o princípio fundamental da dignidade humana, previsto na Constituição Federal, art. 1º, III, do que decorre considerar-se a pessoa humana ‘ o bem supremo de nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim’, e o seu direito `integridade física, à inviolabilidade, `a intimidade.” ;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.” e

Rolf Madaleno:

“ A negativa de submeter-se à prova biológica nada deve representar como fonte dedutiva da paternidade, enquanto não exigidos os requisitos que garantam a seriedade e a segurança destes testes científicos de filiação. Ainda que elevados os percentuais de inclusão parental em exames obtidos através de perícias realizadas por laboratório cientificamente capacitados, sempre o seu resultado será discutível, por não ser absoluto.”

Entre aqueles que estão à favor ⁴³ e compõem a corrente minoritária, citamos:

Maria Celina Bodin de Moraes :

“ A perícia compulsória, então, se em princípio, repugna aqueles que, com razão, vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser providência necessária e legítima, a ser adotada

⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin . O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação- aspectos constitucionais, civis e penais*, p. 232; LEITE, Eduardo de Oliveira. O Exame de DNA : reflexões sobre a prova científica da filiação.In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo de Oliveira(Coords.). *Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família*, v.4, p. 214 e, TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, p.425.

pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso de reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse este que é, a um só tempo, público e individual.” ;

Eduardo de Oliveira Leite : “ 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 do interesse maior do menor.” E, Gustavo Tepedino que entende que não pode haver restrição ao reconhecimento, pois o estado de filiação é um direito subjetivo de personalidade do filho.

Em síntese, os que são favoráveis a obrigação do pai de se submeter a referido exame, quando ocorre a recusa do reconhecimento do filho investigante, defendem a identidade pessoal, ou seja, o direito que cada indivíduo possui de conhecer a sua origem. É o critério da verdade biológica que deve prevalecer. Os que são contrários a compulsoriedade da realização do exame, argumentam que haveria ofensa aos princípios constitucionais, especialmente o da integridade física do suposto pai, pressuposto da garantia à intimidade de cada um.

A posição que prevalece atualmente na jurisprudência é a de que o juiz não pode determinar a realização do exame, sem a concordância do investigado, eis que se isso ocorrer estará sendo ferido o direito à intimidade e à integridade física, garantias previstas constitucionalmente, no art. 5º, inciso X.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, chamado a solucionar as demandas relativas a obrigatoriedade ou não de submeter-se o pretense pai ao exame de DNA, tem admitido tal exame como prova, porém manifestando o entendimento de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não são suficientes para tal coação. Tal matéria ficou consagrada no *habeas corpus* nº 71.373, originário da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,⁴⁴ julgado em 10.11.1994, por maioria, tendo sido Relator o Ministro Marco Aurélio, nos seguintes termos:

⁴⁴ Assim se pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela 8ª Câmara Cível : “ Investigação de paternidade. Obrigatoriedade do investigado a submeter-se ao exame de determinadores genéticos de paternidade pelo sistema HLA. Correta é a determinação da Juíza *a quo* que ordenou o comparecimento do réu-agravante, pena de condução sob Vara, para realização de tal exame, já que, *in casu*, seu corpo é objeto de direitos, sendo-lhe vedado invocar o direito personalíssimo de disposição do próprio corpo. Verifica-se no caso telado, o interesse maior das agravadas em conhecer suas

“Investigação de Paternidade – Exame de DNA – Condução do Réu ‘Debaixo de Vara’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.”

Concordaram com o relator os Ministros: Néri da Silveira, Celso de Mello, Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Moreira Alves. Discordaram e foram vencidos os Ministros: Francisco Rezek (Relator), Sepúlveda Pertence, Carlos Mário da Silva Velloso e Ilmar Galvão.⁴⁵

Não há nenhum dispositivo legal ⁴⁶que obrigue textualmente o suposto pai à realização do exame, sendo que em alguns entendimentos, inclusive jurisprudenciais, a obrigatoriedade conduz a violação do princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal : “ ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.”

Tal posição do Tribunal não pode embasar todos os casos semelhantes, sendo que a situação que culminou na decisão do Tribunal tratava de circunstância extrema, sendo temerária a afirmação de que o STF tenha impedido o uso do DNA como meio de prova. As dúvidas e as discussões persistem.⁴⁷

origens e, conseqüentemente, obterem o direito ao nome paterno”. Al n. 593108228, j. em 4-11-1193, rel. Des. Eliseu Gomes torres. *RJTRGS* 162/233.

⁴⁵ Outras decisões estão decorrendo desta, como exemplificamos: “ DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.” (STF- 1ª T- HC 76.060-SC- Rel. Min. Sepúlveda Pertence- Publicado no DJU em 15.05.1998-p.44). *RT* 755/165.

⁴⁶ O Projeto nº 6.960/2002, insere parágrafos ao art. 1.615, estabelecendo no § 3º a presunção da relação de filiação diante da recusa injustificada à realização das provas médico-legais, como informa Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Direito de família*, p. 310.

⁴⁷ LIMA NETO, Francisco Vieira. Obtenção de DNA para exame: direito humanos “versus” exercício da jurisdição. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade ...*, p. 119.

Há quem entenda que a parte que se recusa, comete crime de desobediência e fornece a outra forte presunção de culpa.⁴⁸

A essência da discussão está na colisão dos direitos fundamentais do pai: à intimidade e integridade física e do filho: ao conhecimento da sua origem e, à igualdade entre os filhos. Assim, diante do exercício concomitante de tais direitos, procura-se verificar se é possível que ambos existam sem invadir o espaço do outro.

A Constituição Federal protege ambos os bens em conflito, que tutelam direitos distintos, portanto contrapostos, quando forem exercidos na mesma situação, ao mesmo tempo.

As posições se dividem na seara jurídica, mas o Estado deseja o respeito a norma e a aplicação da lei, para resolver com justiça e imparcialidade a questão. Qual é a melhor solução ?

A discussão se encaminha para a principiologia, sendo necessário examinar os conflitos entre os princípios, para dissolver o conflitos entre os direitos. Qual o princípio que possui o maior valor?

O entendimento de Paulo Bonavides⁴⁹ em relação aos princípios é o de que os mesmos além de fundamentarem o sistema jurídico são normas, principalmente “se codificados, ou seja, inseridos nas Cartas Constitucionais.” e “ não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.”

Na colisão de princípios, o princípio de maior peso ou valor é o que deve preponderar. Em caso de conflito, todos os princípios envolvidos devem ser levados em conta para a tomada da decisão, embora todos os princípios tenham o seu valor.

Entendemos que os princípios constitucionais são comandos para interpretação e aplicação de uma norma a determinado problema legal, como é o caso em análise, reafirmando as palavras de Paulo Bonavides , pois os princípios “ não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.”⁵⁰

Os direitos fundamentais são direitos positivos e constitucionalizados, mas não são absolutos, ao contrário, são relativos pois sofrem limitação no âmbito dogmático-constitucional. A princípio tais direitos, consagrados através da norma cons-

⁴⁸ SIMAS FILHO, Fernando. *Obra citada*, p. 226.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, pp. 247 e 260.

titucional não possuem hierarquia, não podendo ser excluídos de imediato. Porém nas relações sociais e individuais os direitos fundamentais quanto, aos seus titulares, podem estar em dasarmonia, o que gera o conflito desses direitos.

José Carlos Vieira de Andrade⁵¹, conclui que “ haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta [...]O problema agora é outro: é o de saber como é que se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efectivamente protegidos como fundamentais.”

Wilson Antonio Steinmetz, vai além, explicando:

“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 (bem constitucionalmente protegido).”⁵²

As hipóteses de conflito dos direitos fundamentais se manifestam da seguinte forma, para Wilson Antonio Steinmetz : “ concorrência de direitos fundamentais, colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo”, utilizando em sua investigação as duas últimas formas, para solução dos conflitos, conjugando-as em uma única : “colisão de direitos fundamentais”.⁵³

Segundo Wilson Antonio Steinmetz, para solucionar de forma racional e intersubjetivamente controlável a colisão de direitos fundamentais, existem três propostas metodológicas que podem ser consideradas: “ a subsunção lógica da colisão a normas abstratamente formuladas, a teoria estrutural das normas aplicáveis ao di-

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Obra citada*, p. 260.

⁵¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 220.

⁵² STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*, p. 139.

⁵³ STEINMETZ, Wilson Antonio. *Obra citada*, p. 66-67. O autor fundamenta esta posição nas idéias de Juan Carlos Gavara de Cara, J.J. Gomes Canotilho e Robert Alexy, nas obras *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, p. 287-289; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.136-1.137 e *Colisão de direitos fundamentais e realização dos direitos fundamentais no Estado de direito democrático*, p.68-72, respectivamente.

reito constitucional (Müller) e o método da ponderação de bens, que se operacionaliza mediante o princípio da proporcionalidade.”⁵⁴

O autor utiliza em sua investigação a terceira proposta metodológica, a qual entendemos a mais coerente e correta para tentar solucionar o conflito dos direitos envolvidos na investigação de paternidade, quanto a obrigatoriedade da realização do exame de DNA, pelo suposto pai.

Assim, ao verificarmos que ambos os direitos em conflito, no caso concreto, são direitos constitucionais fundamentais, gera-se o impasse. Em que razão ou que proporção estes direitos devem ser valorados, a fim de que possamos aplicar o direito na medida adequada, aos casos de averiguação e investigação de paternidade. A interpretação ao mesmo tempo que deverá preservar o equilíbrio, deverá preservar a unidade da Constituição, princípio que pretende a interdependência de todos os elementos que integram a Constituição Federal, pois não há hierarquia entre as normas constitucionais, mesmo em se tratando dos direitos fundamentais, que não possuem caráter absoluto, pois são sujeitos as limitações de exercício com os demais direitos.

J. J. Gomes Canotilho, quanto ao conflito dos diversos princípios de natureza constitucional, esclarece que:

“Pelo princípio da proporcionalidade, o que se busca é uma operação que se limite ao indispensável para superar o conflito entre os aludidos princípios, harmonizando-os, na medida do possível. Não cabe, porém, ao intérprete, a simples anulação de um princípio, para total observância de outro. É preciso preservar quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar.”⁵⁵

Sintetizando o tema, com respeito à matéria constitucional, citamos a conclusão de Wilson Antonio Steinmetz:

⁵⁴ STEINMETZ, Wilson Antonio. Idem, p. 21. O autor, na mesma página, coloca que o problema estruturante e orientador pode ser enunciado da seguinte forma: “ a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade à solução da colisão de direitos fundamentais é passível de controle racional, objetivo e intersubjetivo? Desde um ponto de vista dogmático-constitucional, legitima-se, justifica-se, fundamenta-se a prevalência, in concreto, de um direito fundamental em relação ao outro? Enfim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens), se aplicado ao fenômeno da colisão de direitos fundamentais, satisfaz o postulado da racionalidade?”

Ainda, informa o autor, na p. 149, que é entendimento firmado pela doutrina que o princípio da proporcionalidade é constituído por três princípios parciais: o princípio da adequação; o princípio da necessidade ou da exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

⁵⁵ CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p.1.161.

“Do exposto, conclui-se que a finalidade da proporcionalidade, é a proteção dos 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 e razoáveis. Operacionaliza-se mediante um procedimento metódico, racional, o qual pressupõe: a) a existência de uma estrutura meio-fim; b) que o fim seja o constitucional; c) que se identifiquem as circunstâncias relevantes do caso (na hipótese da colisão de direitos fundamentais) e d) que, por fim, apliquem-se sucessivamente, os três princípios parciais constitutivos.”⁵⁶

A base do princípio da proporcionalidade está contida na relação existente entre o fim e o meio, estando vinculado na Constituição Federal, junto aos direitos fundamentais, nos direitos e deveres individuais e coletivos, previsto no art. 5º, inciso X , como verdadeira norma. Por isso o Princípio da proporcionalidade, não referido expressamente na Constituição Federal, se concretiza e se legitima através dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que os protege.

Assim, é necessário se estabelecer critérios legais que apresentem meios legais para solucionar a colisão no caso concreto. Como constatamos, através da doutrina, o meio mais adequado é o Princípio da Proporcionalidade, através do método denominado Ponderação de Bens, que “ é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.”⁵⁷

J. J. Canotilho, justifica o método da ponderação ou “balanceamento”, por três motivos:

“(1) inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais, o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma norma de decisão situativa, isto é, uma norma de decisão adotada, às circunstâncias do caso; (2) formação principal de muitas das normas de direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de “concordância”, “balanceamento”, “pesagem”, “ponderação”, típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (...); (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fun-

⁵⁶ STEINMETZ, Wilson Antonio. *Idem*, p. 155.

⁵⁷ STEINMETZ, Wilson Antonio. *Idem*, p. 140.

damentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos.”⁵⁸

Com isso, podemos concluir que o método da ponderação permite que se examine os direitos em conflito, determinando qual entre estes deve prevalecer, com equilíbrio e fundamentação jurídica.

No caso em exame, nos depararmos com diversos aspectos que podem ser questionados, entre os quais está o direito do suposto pai à ampla defesa e ao contraditório, protegidos constitucionalmente, através do art. 5º, inciso LV. Segundo o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos:

“ nada poderá ter um valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra-agir processualmente. (...) O conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele associado. Essa igualização não pode ser absoluta porque autor e réu são coisas diferentes. Uma mesma faculdade conferida a um e outro poderia resultar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais.(...) A ampla defesa visa pois a restaurar um princípio de igualdade entre as partes que são essencialmente diferentes. (...)”⁵⁹

Assim, não desconhecemos o direito ao contraditório e à ampla defesa do réu nesta hipótese, porém é o próprio réu que não deseja realizar a prova pericial, que poderá vir em sua defesa, já que segundo Celso Ribeiro Bastos “a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo”⁶⁰.

Destacamos em nossa análise o direito do suposto pai, à intimidade e integridade física e o direito do filho, ao conhecimento da sua origem, direitos colidentes, tutelados pela Constituição Federal, no mesmo nível hierárquico. Sendo assim ambas as normas constitucionais de mesma hierarquia são válidas, devendo a decisão

⁵⁸ CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.161.

⁵⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p. 235.

⁶⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Obra citada*, p. 235.

normativa final ser harmônica, observando ao 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 a necessidade, a adequação e a racionalidade ou proporcionalidade propriamente dita, para se obter o resultado devido na medida certa e justa.

O princípio da necessidade é também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível ou intervenção mínima. Segundo Wilson Antonio Steinmetz é preciso perguntar se a decisão normativa restritiva de direito fundamental é necessária para atingir o fim constitucionalmente justificado. Se existirem vários meios idôneos, “ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental.”⁶¹ Logo, a decisão é necessária para garantir o direito do filho ao conhecimento de sua ascendência, naquele caso.

O princípio da adequação “ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido.”⁶²

Assim, “a fórmula positiva do princípio da adequação diz que um meio é adequado quando ele é possível de alcançar o resultado perseguido.”⁶³ Logo, a realização do exame de DNA é um meio adequado para provar a paternidade naquele caso concreto.

E, no princípio da proporcionalidade propriamente dito “ examina-se a relação de proporcionalidade, de racionalidade, entre a decisão normativa – observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou afeta – e a finalidade perseguida. O princípio exige que na relação meio-fim haja uma reciprocidade razoável, racional.”⁶⁴ Logo, é racional que se permita o direito ao conhecimento da origem, em detrimento de uma restrição à intimidade, naquele caso concreto.

A incompatibilidade simultânea do exercício de cada direito deve ser resolvida, no sentido de que uma das partes apenas exerça o seu direito, que naquela situação é a solução necessária, racional e adequada.

⁶¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. Obra citada, p. 150-151.

⁶² STEINMETZ, Wilson Antônio. Idem, p. 149.

⁶³ STEINMETZ, Wilson Antônio. Idem, p. 150.

⁶⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. Idem, p. 152.

Portanto, além da necessária interpretação constitucional, é através do método da ponderação, decorrente do Princípio da Proporcionalidade⁶⁵ que chegaremos a decisão que elegerá qual dos direitos deverá prevalecer, no caso concreto, em detrimento do outro. Tal decisão deve ser justificada e fundamentada segundo os princípios constitucionais, os quais apresentaremos conclusivamente na parte VI, deste trabalho.

⁶⁵ Segundo Wilson Antônio Steinmetz, na obra citada, p. 172, na hipótese de colisão o princípio da proporcionalidade não pretende que o resultado de sua aplicação seja a única resposta correta, nem pretende que em casos diferentes de conflito, com direitos fundamentais idênticos em oposição, o resultado seja o mesmo. O que o princípio exige, através dos três princípios parciais, é que se considere o peso de cada princípio no caso concreto, ou seja, as circunstâncias de cada caso. Assim, em cada caso de investigação de paternidade deverá ser verificada a adequação, a necessidade e a razoabilidade para se considerar obrigatória a realização do exame pelo suposto pai. Dessa forma verifica-se se naquela situação judicial será adequado que o pai faça o exame; se será necessário porque não há outro meio de se obter a prova da paternidade, já que não existem provas documentais e testemunhais, bem como se é razoável no caso, que o direito do filho a investigação de sua origem tenha preferência diante do direito à integridade física e ampla defesa do suposto pai (ponderação de bens). A ponderação dos princípios fará com que se atinja a solução adequada, necessária e racional para aquele caso.

Portanto, além da necessária interpretação constitucional, é através do método da ponderação, decorrente do Princípio da Proporcionalidade⁶⁵ que chegaremos a decisão que elegerá qual dos direitos deverá prevalecer, no caso concreto, em detrimento do outro. Tal decisão deve ser justificada e fundamentada segundo os princípios constitucionais, os quais apresentaremos conclusivamente na parte VI, deste trabalho.

⁶⁵ Segundo Wilson Antônio Steinmetz, na obra citada, p. 172, na hipótese de colisão o princípio da proporcionalidade não pretende que o resultado de sua aplicação seja a única resposta correta, nem pretende que em casos diferentes de conflito, com direitos fundamentais idênticos em oposição, o resultado seja o mesmo. O que o princípio exige, através dos três princípios parciais, é que se considere o peso de cada princípio no caso concreto, ou seja, as circunstâncias de cada caso. Assim, em cada caso de investigação de paternidade deverá ser verificada a adequação, a necessidade e a razoabilidade para se considerar obrigatória a realização do exame pelo suposto pai. Dessa forma verifica-se se naquela situação judicial será adequado que o pai faça o exame; se será necessário porque não há outro meio de se obter a prova da paternidade, já que não existem provas documentais e testemunhais, bem como se é razoável no caso, que o direito do filho a investigação de sua origem tenha preferência diante do direito à integridade física e ampla defesa do suposto pai (ponderação de bens). A ponderação dos princípios fará com que se atinja a solução adequada, necessária e racional para aquele caso.

CAPÍTULO II

DIREITO DE PERSONALIDADE DO FILHO

O direito de personalidade é o aspecto mais importante nas ações de filiação, que envolvem o exame de DNA.

Desde Clóvis Bevilacqua, temos que a personalidade está intimamente ligada à pessoa, expressando a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.¹

Segundo Carlos Alerto Bittar² os direitos físicos, psíquicos e morais, subdividem-se em: 1. Direitos físicos: direito à vida, direito à integridade física; direito ao corpo, direito às partes separadas do corpo, direito à imagem, direito à voz. 2. Direitos psíquicos : direito à liberdade, direito à intimidade, direito à integridade psíquica e direito ao segredo. 3. Direitos morais: direito à identidade, direito à honra, direito ao respeito e direito às criações intelectuais.

A averiguação oficiosa da paternidade e a investigação judicial da paternidade envolvem direitos de personalidade de todas as partes: do filho, da mãe e do suposto pai. “ Os principais direitos subjacentes na investigação de paternidade são: direito à identidade, em suas múltiplas vertentes, que abrangem, inclusive, o direito ao nome; o direito à intimidade; direito ao segredo; direito à integridade física.”³

¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral*, § 3º . Também, Cunha Gonçalves, *Tratado*, I, p. 29; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, p. 141.

² BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, p.17.

³ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida. Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, aspectos constitucionais, civis e penais, p. 342.

O filho na investigação de paternidade, além do direito à identidade, que ode ser pessoal, familiar e social, contendo o direito ao estado de filho, o nome e o direito de conhecer a sua origem biológica, seus laços de parentesco, não deixa de possuir um direito geral de personalidade.⁴

Os direitos da personalidade são independentes, ao mesmo tempo que podemos dizer que decorrem de um princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Brasileira e do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal.

O direito constitucional contemporâneo vincula a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo que na perspectiva jurídico-constitucional a dignidade é a qualidade intrínseca a pessoa humana, irrenunciável e inalienável, que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser desmembrado. Com tais características deve ser reconhecida, respeitada e promovida, não podendo ser criada ou retirada, pois existe em cada ser humano, como algo que lhe é inerente, conforme explicações de Ingo Wolfgang Sarlet.⁵

O referido autor entende que a dignidade da pessoa humana é :

“a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”⁶

Por isso a dignidade é inerente a qualquer pessoa, sendo que todos são iguais em dignidade, por serem pessoas humanas.

⁴ Segundo Eroulths Cortiano Junior. Obra citada, p. 47: “ A tipificação dos direitos da personalidade deve ser entendida e operacionalizada em conjunto com a proteção de um direito geral da personalidade (um e outro se completam). Onde não houver previsão tipificada, o operador do direito leva em consideração a proteção genérica.”

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, na Constituição de 1988*, p. 62.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Obra citada*, p. 26-42.

Ingo Sarlet⁷ registra, também, em sua obra, que a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão constitucional vigente em outros capítulos da Lei Fundamental, como na ordem social, quando fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, no art. 226, § 7º, além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade, estabelecido no art. 227, caput, entendendo que este princípio mereceu a devida atenção por parte da ordem jurídica positiva.

Para o mesmo autor, o princípio da dignidade da pessoa humana é simultaneamente princípio constitucional fundamental e princípio geral de direito, não sendo conceitos excludentes, como entende José Afonso da Silva, no sentido de que a dignidade da pessoa humana constitui mais do que um princípio jurídico, já que valor supremo e fundante de toda a ordem jurídica e social base da vida nacional.⁸

Amparado na doutrina de R. Alexy, Ingo Sarlet⁹ entende que trata-se de um princípio absoluto, que resulta da coexistência de duas espécies de normas de dignidade da pessoa (princípio e regra), quanto da circunstância de que existem uma série de condições nas quais o princípio da dignidade da pessoa humana tem precedência diante dos demais princípios.

Ingo Sarlet¹⁰, cita decisões dos Tribunais Brasileiros, em que paralelamente a dimensão jurídico-objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana, são extraídos direitos subjetivos (e fundamentais) com vistas à sua proteção, como é o caso da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 71.373-4 RS, que decidiu pela impossibilidade de compelir o suposto pai, a realizar o exame de DNA, em ação de investigação de paternidade, considerando a medida atentatória a dignidade pessoal do investigado. Assim, reconheceu direitos subjetivos assegurados a partir da dignidade da pessoa, considerada de forma isolada.

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

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Idem, p. 64.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Idem. Nota de rodapé, nº 106, p. 70. A obra referida de José Afonso da Silva citada é *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, in: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, 1998, p. 91-92.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Idem, p. 78. A obra referida de R. Alexy é *a Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 106 e ss.

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 formulação 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), segundo Ingo Sarlet.¹¹

Podemos elencar alguns direitos de personalidades essenciais para fundamentarmos esta matéria: direito à igualdade (art. 5, I, CF); direito à integridade física (art. 5º, III, CF), direito à intimidade, vida privada e honra (art. 5º, IV) direito ao nome e ao conhecimento da origem ou identidade pessoal e à proteção à família (arts. 226 a 230 CF). O direito à identidade pode ser visto como direito à integridade moral (pessoal, familiar e social).

A Constituição Federal de 1988, se refere expressamente aos direitos de personalidade, no art. 5º, inciso X, onde afirma que “ são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoa, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Constatamos que os direitos da personalidade são tão importantes que a própria Constituição já previu sua proteção, em caso de violação, o que foi reforçado mediante previsão expressa das perdas e danos, no art. 12 do novo Código Civil.

Porém, no caso em análise neste trabalho, os direitos de personalidade do filho devem estar em primeiro lugar, já que busca a verdadeira paternidade, o direito ao nome e a própria identidade.

O estado de filho é inerente ao direito de personalidade. Buscando-se o pai, encontra-se a identidade do filho, o nome, o parentesco, além dos direitos patrimoniais, valorados em menor grau, no âmbito do Direito de Família deste século.

Direitos da personalidade, segundo R. Limongi França¹², são “ as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem as-

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 108-110.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, *Idem*, p. 132-133. Informa o autor, na p. 136, que a doutrina majoritária se opõe a qualquer tipo de restrição à dignidade pessoal, pois entende que cada restrição à dignidade (ainda que fundada na preservação de direitos fundamentais ou na proteção da dignidade de terceiros) importa em sua violação, sendo portanto vedada pelo ordenamento jurídico. Por isso, nem mesmo o interesse comunitário poderá justificar ofensa à dignidade individual, considerada como valor absoluto e insubstituível de casa ser humano.

¹² FRANÇA, R. Limongi. *Direitos da personalidade*. RT 567/09-14.

sim, seus prolongamentos e projeções”, classificando tais direitos em : direito à integridade física; direito à integridade intelectual e direito à integridade moral. Dentro da integridade física encontramos o direito sobre o próprio corpo, vivo e morto. Inseridos no direito à integridade moral estão: o direito à honra, à imagem e à identidade pessoal familiar e social. Dentro desta última categoria está o direito ao nome. São também chamados de “direitos individuais” ou “direitos sobre a própria pessoa”.

Referem-se à honra, à imagem, à identidade pessoal e ao nome, direitos independentes de personalidade, inseridos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que dizem respeito a dignidade da pessoa humana (nome e reputação), considerados invioláveis.

Os direitos de personalidade são aqueles atinentes a tutela da pessoa humana, fundamentais para a formação da dignidade e da integridade, englobam o direito à identidade pessoal, direito ínsito à pessoa humana, que distingue uma da outra, possuindo hoje caráter de universalidade, sentido dado pelo Código Civil, no art. 1º, afirmando que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Assim, a personalidade independe da vontade, basta ser uma pessoa para possuí-la, inclusive criança, pois para o nosso direito civil basta o nascimento com vida para aquisição da personalidade civil (art. 2º).

Os direitos de personalidade¹³ apresentam certas características, elencadas pela doutrina brasileira, como sendo geral, absoluto, extrapatrimonial, imprescritível, inalienável e intransmissível, conforme previsão do art. 11, do novo Código Civil, tido como cláusula geral por alguns doutrinadores, entre os quais citamos Alexandre dos Santos da Cunha, pois

“ o novo Código Civil dedica aos direitos da personalidade o capítulo II, título I, livro I da parte geral. O elemento articulador do sistema proposto pelo projeto, é a cláusula geral do art. 11, que versa:

¹³ Segundo Eroulths Cortiano Junior , “a tipificação dos direitos da personalidade deve ser entendida e operacionalizada em conjunto com a proteção de um direito geral da personalidade (um e outro se complementam). Onde não houver previsão tipificada, o operador do direito leva em consideração a proteção genérica.” Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, p. 47.

‘Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária’.

Completa essa cláusula geral a do art. 12, que dispõe sobre a reparação dos danos.”¹⁴

Esse direito é considerado geral, porque é estendido e concedido a todas as pessoas vivas. É extrapatrimonial, porque não pode sofrer avaliação econômica. É absoluto, porque pode ser oponível contra todos, que têm a obrigação de respeitá-lo. É indisponível, porque o seu titular dele não pode dispor. É imprescritível, porque a lesão a tal direito jamais perece. É personalíssimo e intransmissível, pois se extingue com a morte do seu titular, mesmo assim existem interesses inerentes à personalidade humana que podem ser protegidos após a morte (direito ao cadáver, imagem, nome, etc.).

Além de tudo, a criança tem direito a identidade cultural e a ter conhecimento de sua origem, de acordo com a Declaração dos Direitos da Criança, disposta no Brasil, no Decreto nº 99.710 de 22.11.1990 e, o direito de investigar sua origem também está embasado no direito de convivência familiar e na paternidade responsável, protegidos constitucionalmente.

Ainda, a Lei nº 8.560/92 facilitou o reconhecimento dos filhos, permitindo a verdade biológica superior a outras, para que possa haver igualdade entre os filhos, prevista na Constituição Federal, reconhecendo como superior o direito do filho de buscar sua origem biológica.

Portanto, o conhecimento da origem é um direito do filho, inerente à dignidade humana e, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente também serve para embasar a obrigação do possível pai à realização do exame DNA, chegando a comprovação da paternidade biológica, do filho não reconhecido espontaneamente..

Os filhos devem ter acesso à descoberta da sua origem, prevalecendo o aspecto biológico na fixação da filiação, já que é um direito fundamental da personalidade do homem, “ conhecer seu pai, o que é básico na convivência familiar.”¹⁵

¹⁴ CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental de direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado(Org.), p. 256.

¹⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*, p. 107-108.

Yussef Sahid Cahali, verifica que nos dias de hoje, existe uma preocupação ostensiva com a verdade da paternidade, com vistas a eficiente proteção da pessoa do filho.¹⁶

Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida enfatiza, que “ a busca do pai, do patronímico, da identidade *latu sensu*, são direitos de personalidade ínsitos na investigação de paternidade que nem sempre visa a direitos patrimoniais.”¹⁷

O atual Código Civil, no capítulo da filiação, não prevê os direitos pessoais ou personalíssimos do filho, estando em desencontro com a Constituição Federal e com a atual jurisprudência. Se omite, inclusive quanto ao princípio maior da filiação, em nosso entendimento, que é o princípio constitucional da paternidade responsável (ao lado do princípio da igualdade dos filhos). Entendemos que a omissão do legislador é involuntária, tratando-se de uma lacuna legislativa.

Mas, o suposto pai também tem direitos, em especial direito à intimidade e à integridade física, segundo alguns autores citados anteriormente e de acordo com a decisão examinada da jurisprudência dominante, em relação à matéria. Porém, não concordamos que seja violado o direito à integridade física e à intimidade do pai, nem que tais direitos superem o direito do filho de buscar sua origem, conforme expusemos anteriormente, ao ser obrigado a realizar o exame, já que além de tudo, não existe outra forma de declaração da paternidade com segurança absoluta.

O Código Civil de 2002, dispõe sobre o direito da personalidade, protegendo expressamente os direitos da personalidade em geral, nos art.11 a 21, referindo o direito à integridade física, ao nome e à imagem.

De qualquer forma, mesmo persistindo o debate entre as teorias monista e pluralista, em que para a primeira existe um único direito de personalidade, originário e geral, enquanto para a segunda, existem múltiplos direitos da personalidade¹⁸, entendemos coerente e razoável a posição de Elimar Szaniawski, que argumenta:

¹⁶ CAHALI, Yussef Sahid. *Reconhecimento do filho extramatrimonial*, p. 210-211.

¹⁷ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: DNA, como meio de prova da filiação*, p. 331-332.

¹⁸ Ver por todos, Gustavo TEPEDINO. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in *Temas de direito privado*, p.p. 42-44. O autor observa que tais orientações doutrinárias tradicionais foram insuficientes para proteger a pessoa humana, tendo sido criticada pela doutrina de Pietro Perlingieri, nas obras *La personalità umana nell' ordinamento giurídico*, p. 140 e *Perfis do Direito Civil*, p. 153 e ss., que considerou tais construções dogmáticas por conceberem a proteção da personalidade nos moldes do direito de personalidade. Obra citada, p.45.

“os limites do direito geral de personalidade são fixados em cada caso concreto, através da ponderação de bens e interesses postos em litígio, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.”¹⁹

O valor da personalidade é tutelado sem limites, não existindo *numerus clausus* de hipóteses tuteladas, segundo Pietro Perlingieri, pois a “ elasticidade das situações pessoais significa portanto que a sua tutela deve ser estendida também às hipóteses (juridicamente relevantes) não previstas pelas leis ordinárias.”²⁰

Portanto, alguns dos mais importantes direitos da personalidade do filho são expressados no direito ao estado de filho, ao nome e ao vínculo de parentesco, os quais serão examinados no capítulo denominado : “Direitos do Filho em relação aos Pais”, no decorrer deste trabalho.

seção 1

O direito do filho à investigação da sua origem

É considerado um direito fundamental do filho. Os direitos fundamentais da pessoa humana tem proporções e influências mundiais e não somente locais. A origem dos direitos fundamentais se encontra em correntes políticas e jurídicas dos Estados Unidos da América e da França, no século XVIII, sendo que a sua elaboração de forma dogmática ocorreu na Alemanha, no século XIX.

Consagraram-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela assembléia francesa em 27.08.1789, com princípios universais, reconhecendo a liberdade dos indivíduos diante do Estado. A Declaração apresenta dezessete artigos, proclamando os princípios da liberdade, igualdade, legalidade e propriedade. Grande parte dos tratados internacionais respeitou esse documento.

Tamanha preocupação com os direitos fundamentais do homem, resultou na Declaração Universal dos Direitos do Homem, através da Organização das Nações Unidas(ONU), em 1948. Este documento, contém trinta artigos, reconhecendo os direitos fundamentais do homem, entre os quais: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à dignidade, à não discriminação e à intimidade. Nos artigos 1º a 21, es-

¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*, p. 62.

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*, p. 186.

tão elencados os direitos e garantias individuais, entre os quais estão os citados anteriormente e, nos artigos 22 ao 28, os direitos sociais do homem.

Na Europa, tem destaque a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953. Em 31 de setembro de 1982, foi ratificada pelo Estados do Conselho Europeu(CE). Nos Estados Unidos da América, tem importância a Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, promovida pela Organização dos Estados Americanos (OEA), assinada em 1969, mas que só entrou em vigor em 17 de julho de 1978.

A principal diferença entre esses pactos está no conteúdo, enquanto alguns direitos como: ao nome, à proteção da honra e da dignidade humana e à igualdade das pessoas em face da lei, foram previstos na convenção americana, não foram regulados na convenção européia.

A proteção da honra e o respeito à dignidade da pessoa humana estão previstas no art. 11, nos parágrafos 1º e 2º, da convenção americana. O direito ao nome está previsto no art. 18, onde “ toda pessoa tem direito a um prenome próprio e ao nome de seus pais ou de um entre eles.” O art. 24, da convenção americana prevê o direito à igualdade, onde “todas as pessoas são iguais perante a lei; por consequência, elas têm todas direito a uma proteção igual da lei, sem discriminação alguma.”

Por outro lado, ambos os documentos internacionais dispõem sobre o direito à vida, à integridade física da pessoa, à liberdade e a intimidade. No art. 2º da convenção européia e no art. 4º, da convenção americana, está previsto o direito à vida. No art. 3º, da convenção européia e no art. 5º, da convenção americana está previsto o direito à integridade da pessoa. No tratado americano a previsão é mais ampla, abrangendo não só a integridade física, mas também a psíquica e a moral. O art. 5º, da convenção européia e o art. 7º, da convenção americana, tratam da proteção à liberdade e segurança individuais, sendo que no documento europeu a proteção a liberdade é mais ampla, abrangendo não só a prisão, mas toda forma de privação, momentânea ou durável da liberdade. Quanto a proteção da intimidade, ambos os tratados garantem de forma semelhante. O americano, no art. 11, § 2º: “ ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas de sua vida privada, na vida de sua família, no seu domicílio ou em sua correspondência...”. O europeu dis-

põe: “ toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência.”²¹

O Brasil, através de suas Constituições, sempre previu uma declaração dos direitos do homem, desde a de 1924 até a de 1988, iniciando na última e mais recente, no título I, dispondo sobre os princípios fundamentais e, no título II, elencando os direitos e garantias fundamentais.

A expressão “princípio” tem diversos sentidos, porém dentro do contexto constitucional, inserido no título I, da constituição Federal brasileira, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello é “ mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro ali-cerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compon-do-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”²² Com o mesmo entendimento José Afonso da Silva.²³

Os princípios é que “ dão coerência geral ao sistema”.²⁴ Podemos dizer então, que os princípios dão sustentação às normas fundamentais na Constituição.

O Brasil, tem como um de seus fundamentos constitucionais, a dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º da Constituição Federal, valor considerado supremo e que abrange todos os direitos fundamentais do homem.

A expressão “direitos fundamentais do homem” é a mais usada, podendo no entanto serem utilizadas outras sinônimas como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos, direitos subjetivos e direitos individuais. Segundo José Afonso da Silva

“ A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos

²¹ Para uma análise mais profunda de ambos os pactos internacionais, importante verificar o capítulo 7 : “Proteção internacional dos direitos do homem nos sistemas regionais americano e europeu, uma introdução ao estudo comparado dos direitos protegidos”, através do estudo e da reflexão de Clémerson Merlin Clève, na obra *Temas de direito constitucional*, p. 128-182.

²² MELLO, Antonio Bandeira de . *Curso de direito administrativo*, p. 450 e 451.

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 93.

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. II, p. 199.

humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.”²⁵

Traduz-se em dignidade, igualdade e liberdade de todas as pessoas. Com este sentido estão inseridos na Constituição Federal, título II, tendo em regra aplicação imediata, sendo direitos inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, tamanha a sua importância na vida humana. São direitos básicos da pessoa humana, visam à realização da pessoa humana e ao desenvolvimento de sua personalidade.

Cabe, então, analisarmos os direitos fundamentais individuais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, para elucidarmos o tema abordado.

A Constituição Federal garante a inviolabilidade dos direitos individuais, previstos no art. 5º, protegendo os particulares diante da sociedade e do Estado. Tal disposição se refere ao direito individual, subjetivo, tais como: direito à vida, à intimidade, à igualdade e à liberdade. A identidade de uma pessoa é constituída por um conjunto de atribuições, podendo ser definida sob diversos aspectos como o filosófico, o biológico, o social, o jurídico, o religioso, sendo “ a verdade íntima e estrutural do ser humano, pessoa.”²⁶

²⁵ ²⁵ SIL VA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 179. Este autor analisa cada conceito separadamente, nas páginas 180 a 183, entendendo que “ Direitos naturais diziam-se por se entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem; direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem. (...) Direitos humanos é expressão preferida nos documentos internacionais.(...) Direitos individuais dizem-se os direitos dos indivíduos isolado.(...) Direitos públicos subjetivos constituem um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, preso, como a expressão ‘direitos individuais’, à concepção individualista do homem; por isso também se tornara insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais. Direito subjetivo conceitua-se como prerrogativas estabelecidas de conformidade com regras de Direito objetivo.(...) Liberdades fundamentais e liberdades públicas são também expressões usadas para exprimir direitos fundamentais. São conceitos limitativos e insuficientes.(...0 Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada e este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”

²⁶ Segundo Luis Verruno, na obra citada, p. 118: “ La identidad se define como un conjunto de propiedades interactivas, estáticas o dinámicas, simultáneas o sucesivas, algunas absolutamente restrictivas y otras complementarias o sustituibles e intercambiables unas por otras en el tiempo: filosóficas, biológicas, jurídicas, sociales, pasadas, presentes y confieren al sujeto su máximo sentido luego del nacimiento y confieren al sujeto su carácter de ser biológico, persona, elemento social único, original, irrepetible e inimitable y le configuran un espacio en todo aquello que se refiere al desarrollo humano, tanto aislado como inserto, en el seno de la sociedad en particular y del universo en general. Es una propiedad que para ejercerla plenamente requiere su conocimiento por parte del individuo.” In: Obra citada, p. 114-115. Refere também o autor a definição de Sessariago : “entendemos como identidad personal el conjunto de atributos y características que permiten

Assim, entendemos que o filho não reconhecido tem direito de investigar sua origem através de ação de investigação de paternidade ou através da averiguação oficiosa da paternidade. Através da investigação, chegará ao reconhecimento da sua origem. Normalmente, o conhecimento sobre quem é seu pai já existe, através da informação da mãe. O que não existe é o reconhecimento, que se não for obtido voluntariamente, só poderá ser obtido através de investigação, seja oficiosa ou não.

Poderá o filho, buscar o reconhecimento da verdade biológica em qualquer momento, conforme o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 8º da Lei 8.560/92. Assim, o interesse em verificar a verdade real sobre a filiação, seja reconhecendo, seja desfazendo o vínculo, pode pertencer ao pai ou ao filho.

O filho tem direito ao conhecimento da sua identidade, de investigar sua ascendência, que prevalece em relação ao direito de integridade física do suposto pai em não realizar o exame, pois como afirma Cláudia Lima Marques, “redefine-se assim o que é interesse ‘maior’ ou bem-estar da criança: não é apenas bem-estar econômico, mas é a realização de seus direitos fundamentais, inclusive seu direito à origem, a uma identidade cultural que inclua esta origem, este nome, esta família, esta sociedade de origem.”²⁷ Esta autora concorda com Eduardo de Oliveira Leite, quando afirma que o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente é a base da coatividade do exame de DNA e acrescenta: “ parece-nos aqui se tratar de um direito mais do que personalíssimo, de um direito de personalidade, direito básico da pessoa: ser identificada como filho de alguém, ter um nome de família, saber de sua origem, de seus laços com sua família, poder com ela conviver ou pelo menos identificá-la na sociedade.”²⁸

A identificação do filho vai além de conhecer sua origem, ascendência, história, cultura, tradição, laços de sangue, também está em jogo sua “vida”, porquê:

1. Tendo conhecimento do seu “sangue” e “sua herança genética”, poderá através desse conhecimento, defender-se de possíveis doenças genéticas, cuidando para

individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace cada cual sea uno mismo y no outro.” Concorde o autor, em geral, com esta definição, porém não vê como tal definição pode ajudar a objetivar e configurar exatamente o direito, ou seja, a descrição do direito a identidade.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em Direito brasileiro – Direito pós-moderno à descoberta da origem. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, p. 42

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Idem*, p. 50.

manter sua vida e saúde. Isso só será possível se for tornado obrigatório para o pai o exame;

2. Também, para livrar-se do incesto que poderá ocorrer se não tiver conhecimento do seu parentesco verdadeiro, o que pode redundar em descendentes com problemas biológicos conhecidos pela ciência médica, além de problemas psicológicos;

3. Em casos de doenças graves como diabetes, cardiovasculares, renais, leucemia ou doenças que necessitem transfusão de sangue ou transplante de órgãos, principalmente, permitindo que seja possível a localização de parentes consanguíneos, caso em que está em jogo “a vida” e não somente a saúde do filho. Esses casos tem ocorrido freqüentemente, quando pessoas procuram parentes compatíveis para a realização de transplante de órgãos.²⁹

Sem isso, cremos ser impossível evitar-se a transmissão de doenças incuráveis, incestos e até a morte da pessoa, pela não oportunidade do conhecimento da verdadeira paternidade ao filho, que deseja conhecer a sua biparentalidade (pai e mãe). Nestes casos a decisão deve, segundo o nosso entendimento, ser favorável à vida, que é o nosso bem maior, indiscutivelmente, por isso deve ser obrigatória a submissão do pai ao exame genético.

Além do mais, a hipótese contrária também é possível. No caso de o pai necessitar de transfusões ou órgãos compatíveis de algum parente, especialmente do filho. Então este direito é recíproco, pois também existe para o pai, logo, não existe qualquer ilegalidade no ato.

Como será possível salvar a vida ou permitir a cura, em qualquer dos casos acima, se não for possibilitado o exame de DNA ao filho? Por isso, entendemos que o filho tem direito fundamental e absoluto de conhecer sua origem, já que trata-se da defesa não só da sua origem e da sua subsistência, mas da própria preservação da vida. Convenhamos que a integridade física do pai e a sua intimidade são bens de valor bem inferior quando está em jogo a vida do filho e é essa análise e consideração que propomos com este trabalho a todos os operadores jurídicos.

²⁹ Por exemplo como foi o caso veiculado em Programa “ Domingo Legal! “, do canal SBT, no mês de setembro de 2001, quando uma mulher procurava parentes compatíveis para realizar transplante de rins.

José Renato Silva Martins e Margareth Vetis Zaganelli, ao analisarem se à reusa à realização do exame constitui direito à intimidade ou direito à identidade, manifestam entendimento semelhante

“(...) o bem maior a ser tutelado é a vida; entre a integridade física e a identidade, dentro de um princípio da proporcionalidade de valores, a identidade de um filho sem pai há que preponderar sobre aquela. O artigo 227 da Constituição Federal assegura à criança ou ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida e à dignidade, entre outros, e é dever da família, da sociedade e do próprio Estado assegurar tal direito. Assim sendo, podemos afirmar, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é a única solução para o tema em questão. Ele é o axioma do direito constitucional, e o valor maior a ser tutelado, mesmo em detrimento da intimidade e/ou integridade física, é o da personalidade e /ou identidade, (...).”³⁰

O direito do filho ao conhecimento de sua origem e em contrapartida a obrigatoriedade do suposto pai de se submeter ao exame, constitui princípio aliado a proteção integral da criança e do adolescente, previsto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, que expressamente se refere a “dignidade, “ respeito” e “convivência familiar”, colocando-os a salvo de toda forma de “ discriminação”. Por isso, entendemos que o filho que não tem acesso ao conhecimento da sua origem via exame de DNA e averiguação oficiosa de paternidade está sendo “discriminado” em relação aos outros filhos – do suposto pai, o que a Constituição Federal proíbe expressamente, no art. 227, § 6º. Norma que o Estatuto da Criança e do Adolescente reproduz no art. 3º, 4º e 5º.

Dessa forma, o direito do filho investigante decorre também do princípio constitucional e fundamental de igualdade na filiação, que não observado, redundando em discriminação intolerável e injustificável, quer humanamente, socialmente ou judicialmente. O pai não pode conviver com um ou diversos filhos, dando-lhes afeto, cuidados, educação, alimentos, lazer, enfim tudo o que um pai e uma mãe desejam ou devem dar ao filho, enquanto o outro, não reconhecido, fica à margem, excluído e

discriminado de todos os cuidados a que tem direito (nome, alimentos, sucessão, visita, guarda) além do afeto que deveria existir, através da convivência, pois segundo o art. 227, *caput*, da Constituição Federal “ é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade (...) à convivência familiar e comunitária(...)”, bem como o art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, no mesmo sentido.³¹

Somente através do reconhecimento da paternidade é que o filho alcançará a dignidade e terá acesso ao conhecimento de sua origem, sua identidade pessoal, familiar e social, se assim desejar.

Também podemos apontar a infringência ao princípio da igualdade entre os cônjuges, marido e mulher, que possuem iguais direitos e deveres em relação aos filhos, conforme já previa o art. 233, inciso IV do Código Civil de 1916 e recentemente o art. 1.566, inciso IV, do novo Código Civil, bem como as disposições que tratam das atribuições do poder familiar, art. 1.634.

Assim, não podemos aceitar, dentro de uma visão igualitária na relação conjugal e familiar, que é constitucional, bem como integra o novo Código Civil brasileiro e permitir que apenas um dos cônjuges, em geral a mãe, arque com todas as implicações e tarefas atinentes a função paterna, de quem não assume suas obrigações. Se todas as obrigações recaírem sobre a mãe, haverá desequilíbrio e desigualdade entre o homem e a mulher, desobedecendo ao princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso I.

Proibir que se verifique a verdadeira paternidade é desigualar o homem e a mulher, em direitos, o que não podemos admitir.

Os pais possuem o dever de criar, educar e sustentar os filhos menores, conforme art. 229, da Constituição Federal e, vice-versa, direito que também lhes é

³⁰ MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa á realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira(Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, p. 160.

³¹ Sobre o tema Maria Cláudia Crespo Brauner, na apresentação da obra *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*, de autoria de Jacqueline Filgueras Nogueira, na p. 16: “ A vida familiar mudou, revelando a pluralidade de manifestações ou de arranjos familiares e, este é o sentido desta que propõe a renovação, a transparência e a maior autenticidade nas relações entre pais e filhos, buscando no elemento subjetivo do amor e da afeição, a salvaguarda do interesse das crianças, consideradas como prioridade absoluta pelos textos jurídicos nacionais e internacionais.”

assegurado na velhice, doença ou necessidade, o que só é possível se houver a comprovação da paternidade e portanto, a realização do exame do DNA.

O Supremo Tribunal Federal, ao firmar entendimento na questão, desobrigando o suposto pai de realizar o exame, está impedindo a verdade real ou biológica, por isso cremos que tal decisão fere o princípio constitucional da paternidade responsável e a Lei nº 8.560/92.

Entendemos que a paternidade biológica é importante, sob todos os aspectos- legal, sentimental e social – quando o maior interessado, que é o filho, busca a verdade real. Registramos que para alguns filhos adotivos, é importante conhecer sua origem biológica, mesmo estando bem e inseridos em uma família adotiva, tendo em vista que mesmo no caso de adoção plena, já existem pedidos judiciais para conhecimento da ascendência, que têm sido aceitos pelo nosso Tribunal do Rio Grande do Sul, conforme veremos em capítulo posterior sobre o assunto .

Assim, para a Lei 8.560/92, a única verdade que importa é a biológica, eis que a verdade socioafetiva é um *plus*, que pode ou não existir, mas que mesmo existindo conjuntamente, não descaracteriza ou faz com que desapareçam os laços biológicos com o filho.

Devemos respeitar o direito fundamental do filho, a fim de evitarmos o dano moral a ele, pelo não reconhecimento e pela não convivência com o pai verdadeiro, diante do princípio de reparabilidade decorrente desse dano, além de impedir a privação de boa assistência material e educacional, danos patrimoniais, situação já admitida pela doutrina internacional, com condenação do pai à indenização por perdas e danos, pois viola o direito de personalidade do filho ao conhecimento da sua ascendência, impedindo o filho de exercer os direitos decorrentes.

A verdade biológica, obtida através do exame de DNA é a única que deve prevalecer, enquanto o filho não puder decidir sobre seu destino e sobre quem considera ser o verdadeiro pai. A verdade socioafetiva só pode existir isoladamente, nas situações em que o pai é totalmente desconhecido, ou não se consegue descobrir o seu paradeiro e quem são os seus parentes consangüíneos, sendo impossível a verificação da verdade biológica, nestas hipóteses.

No início deste século, ainda há a prevalência da verdade biológica, através do exame de DNA, que abalou o sistema do Código Civil brasileiro de 1916, da pa-

ternidade presumida, em que o pai é o marido da mãe. No final do século passado sofreu contestações, através da doutrina e de certa jurisprudência, não unânimes sobre a matéria, que passaram a valorar o critério socioafetivo na filiação, em detrimento do biológico.

Esse critério de filiação, com a vigência do novo Código Civil, especialmente do art. 1.593, constitui-se em norma, tornando-se um critério independente e seguro para aferir a paternidade socioafetiva.

Creemos que esse sistema deve ser absorvido pelo nosso ordenamento jurídico e será, tendo em vista que a matéria já vem sendo debatida na doutrina e na jurisprudência a algum tempo, embora, como vimos, já integre o direito de outros países, mesmo com realidade distinta da brasileira, em todos os sentidos.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente- Lei nº 8.069/90, tenha normatizado a adoção plena, prevista também no Código Civil (arts. 1.618 e ss.) que privilegia o critério socioafetivo, nada pode impedir a investigação do filho quanto a sua origem, nem mesmo a adoção, tida até então como plena e por isso irrevogável, de acordo com àquele Estatuto.

Estamos vivenciado ainda, a busca da verdade real da filiação. O próprio filho vem buscando em ações judiciais, a verdade real e não a fictícia ou fantasiosa. Por mais difícil que seja buscar sua origem, descobrir o pai “ausente” na sua vida durante anos, por abandono, que muitas vezes resultou em adoção, o filho pode desejar conhecer sua origem, mesmo que o pai de sangue não lhe proporcione todo o afeto, todo o conforto material e espiritual que o pai adotivo.

A doutrina e a jurisprudência de nosso país devem refletir a cerca disso. O “nó” da filiação desatou, e esse ato foi realizado por aquele que tem o maior interesse e a maior proteção da lei, o próprio filho. Assim, o mistério da paternidade está sendo desvendado pelo próprio filho.

Na medida em que a lei permitiu a adoção plena pelo pai adotivo, chamado socioafetivo e essa adoção foi vivenciada pelo filho durante diversos anos, ao atingir a maioridade, pode escolher e por em prática realmente o “seu” interesse e não o da lei, o dos pais adotivos, o dos pais naturais ou o do juiz. O filho fez a escolha: conhecer a sua origem, o seu pai biológico. O interesse superior do filho prevaleceu em todo o sentido. Somente o filho tem autoridade para dizer qual é o seu interesse

e isto só será válido, após atingir a maioridade, ou seja, dezoito anos, segundo o Código Civil, adquirindo a capacidade de direito, quando pode fazer suas escolhas sem qualquer forma de pressão, sentindo na “pele” o que é o seu bem-estar.

Nesse sentido o art. 4º, da Lei nº 8.560/92, que dispõe que “ o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento.” Com essa regra temos que somente o filho maior poderá decidir se deseja ou não ser reconhecido e sofrer os efeitos desse reconhecimento. O filho pode optar se deseja ou não àquele pai.

Diante dessa nova ordem, entendemos que cabe somente ao filho pretender a prevalência do critério absoluto da verdade biológica na filiação. A paternidade jurídica ruiu diante do exame de DNA , sendo que a paternidade biológica e a socioafetiva são escolhas que devem ser feitas, pelo maior interessado no reconhecimento ou não dos seus direitos, ou seja, o próprio filho.

A paternidade pode ter recebido colorido diverso, nomenclatura diferente, apresentando qualidades e características diversas, porém a ligação com o pai de sangue nunca será apagada nem pela lei, nem pela vontade de qualquer pessoa. O que poderá acontecer é o próprio filho escolher quem exerce verdadeiramente a função de pai e por isso deve ocupar o lugar de pai. Assim, o vínculo biológico será sempre o mesmo, porém as funções do pai na família mudaram, da mesma forma que mudou o seu papel dentro da sociedade.

O poder familiar é de ambos, pai e mãe, assim como todos os direitos e deveres em relação aos filhos.

A nova ordem jurídica vigente, coloca não só o Direito de Família, mas especialmente a questão da filiação na direção da verdade escolhida. O caminho a ser percorrido é um só, não comporta interseções ou encruzilhadas (estas já existiram na lei, na doutrina ou na jurisprudência: a verdade jurídica, a verdade biológica e a verdade socioafetiva). Pai é sem dúvida alguma, quem o filho ama sente e deseja como tal. Esta abordagem faremos ao final deste trabalho, quando propomos a paternidade escolhida. A relação paterno-filial rotineira e constante é que pode constituir-se não só de laços biológicos, mas de laços sociais, culturais e afetivos com o filho.

CAPÍTULO III

A RECUSA COMO CONFISSÃO FICTA: PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE FÁTICA OU JURÍDICA?

Mesmo entendendo que o pai não pode recusar-se a realizar o exame de DNA, eis que é a única forma de confirmar a paternidade, com grau de segurança de 99, 9999%, de probabilidade de ser o pai, o direito brasileiro não obriga o pai a colher as amostras, não obstante, como dito, ser a prova genética necessária, pois somente através dela poderemos ter uma certeza quase que absoluta da paternidade.

Prosseguindo na análise da coatividade no recolhimento das amostras de sangue ou outro material genético para realização do exame de DNA, na investigação oficiosa de paternidade, deparamos com outra questão controvertida no direito de família. Se no caso, a recusa constitui-se em uma confissão ficta, a presunção de paternidade é fática ou é jurídica ?

Ao analisarmos a legislação estrangeira sobre o assunto¹, verificamos a proposta do Canadá, que através da Lei C-104, de julho de 1995, emendou o seu Cód-

¹ Ver nesse sentido : LAPOINTE, Manon. L'identification par l'analyse génétique dans le système de preuve pénale canadien: á la recherche du difficile équilibre entre la poursuite de la vérité et les droits fondamentaux de l'accusé. *L'analyse génétique des fins de preuve et droits de l'homme*, p. 228-230; MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Les empreintes génétiques et la filiation: la fin d'une ébigne ou la fines dilemmes? *L'analyse génétique à des fins preuve et les droits de l'homme*, p. 418. LEITE, Eduardo de Oliveira. O Exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira; WAMBIER, Tereza Arruda. *Repertório de doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*, p. 188-221.

go Criminal, permitindo ao policial que obrigue um indivíduo, suspeito de crime a fornecer amostras de sangue para exames genéticos. A população se mostrou favorável, mesmo que num primeiro momento parecesse transgredir as liberdades, mostrou-se benéfica à segurança pública.

Esta lei, mesmo de conteúdo penal, refletiu na ordem jurídica de diversos países, que entendiam que não era possível obrigar o indivíduo a submeter-se ao exame de DNA, invocando as garantias constitucionais de preservação da intimidade e intangibilidade do corpo humano. Entre esses países estão: a França e a Bélgica, que não admitem a perícia médica sem o consentimento da parte, em matéria de filiação, já que haveria constrangimento pessoal.

Assim, na França, a coleta do material genético, não autorizado pela pessoa ou sem o seu conhecimento é considerada como prova ilícita, atingindo a sua intimidade privada, por isso é considerada nula, e se realizada sob constrangimento, o agente constrangedor receberá aplicação de sanção penal.

Na Bélgica, a recusa injustificada da parte também é permitida, diante do princípio da inviolabilidade física e da vida privada, não admitindo qualquer forma de constrangimento, condenação em perdas e danos ou inversão do ônus da prova àquele que se nega.

Na Argentina, conforme noticiamos anteriormente, no capítulo I, a coleta das amostras para exame de DNA, não pode ocorrer de forma obrigatória, sendo unânime a jurisprudência nesse sentido, interpretando como presunção contra o demandado. A única norma contida na legislação Argentina a respeito, conforme nos informam Verruno, Hass, Raimondi e Legaspe, é o artigo 4º da Lei 23.511 (Lei de Criação do Banco Genético de Dados), que estabelece que:

“cuando fuese necesario determinar em juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indício contrario a la posición sustentada por el renuente.”²

² VERRUNO, Luis; HASS, Emilio J.J.; RAIMONDI, Eduardo H.; LEGASPE, Eduardo. *Obra citada*, p. 40. Entendem os autores, na mesma página, que: “ Nunca un reconocimiento ‘ficto’, como el que se obtiene por la conducta del demandado, importan ética y psicológicamente lo mismo para el niño que busca su identidad; como el que se lograría mediante la constatación fehaciente de las pruebas biológicas.” Consideram também, na p. 108-109, que uma saída seria a possibilidade de exercer uma coação através de sanção patrimonial como meio idóneo para atingir o objetivo proposto, respeitando

Já a posição dos países de direito germânico, entre os quais, estão a Alemanha, a Suíça e a Áustria, entre outros, e a dos países nórdicos, é no sentido de que o exame de DNA, necessário para a prova da paternidade, deve ser obtido de qualquer forma, com ou sem o consentimento das partes, devido entre outras razões, a uma tendência desses países em garantir a pensão alimentícia às crianças.

No sistema alemão, desde 1938, não só as partes, mas também as testemunhas devem submeter-se ao exame, quando for necessário para a prova da filiação.³

Na Suíça, as partes ou mesmo terceiros devem submeter-se as perícias, coletando o material necessário a comprovação da filiação, somente se eximindo no caso em que o exame possa lhes trazer prejuízos a sua saúde. A recusa será apreciada pelo juiz que, entendendo injustificada poderá atribuir a pessoa uma multa ou uma pena de insubmissão, conforme o art. 292 do Código Penal, caso ela não realize o exame.

Nos Estados Unidos, predomina o interesse coletivo em detrimento do particular, sendo obrigatória a perícia genética tanto no âmbito do direito civil, quanto do penal. Mesmo sofrendo variações em um e outro Estado, em geral a recusa à coleta do material genético, através do exame de DNA, conduz à confissão ficta.

A Inglaterra, tem um entendimento semelhante à legislação brasileira. Os Tribunais podem determinar à realização do exame porém, se a parte se recusar a fazê-lo não haverá execução forçada, penas de multa ou prisão. Nesse caso, o juiz terá o livre convencimento através da apreciação das demais provas, podendo manifestar-se com decisão contrária a parte que recusou. O juiz se convence que a recusa ocorreu pelo temor da parte em conhecer o resultado do exame, constituindo confissão ficta, em consonância com o direito brasileiro.

Após esta rápida visão do direito estrangeiro, verificamos que o Brasil possui diferenças e semelhanças com alguns países nesta matéria.

Com isso, devido ao fato de não termos no Brasil, dispositivo legal que obrigue o pai a se submeter ao exame, tanto a doutrina como a jurisprudência, susten-

o maior âmbito de liberdade possível e a dignidade da pessoa humana, na medida necessária para atingir o objeto da investigação, ou seja o resultado da prova deve ser útil ao processo e o controle judicial da razoabilidade é o único que permite o cumprimento das garantias constitucionais.

³ FRANK, Rainer. L' examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement en droit allemand. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1995, n.4, p. 905-908. LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*, p. 199.

tam que a recusa é possível, porém o ônus da omissão ou recusa do suposto pai de buscar a verdade recairá somente sobre ele.

A não realização do exame de DNA pelo pai, conduzirá a presunção de paternidade e a confissão ficta. Assim, mesmo que o juiz entenda procedente a ação de investigação de paternidade pelo juízo de convicção formado por outras provas colhidas na instrução do processo, sem o referido exame jamais teremos confirmada a paternidade biológica através da probabilidade de 99,9999%. Não se pode obtê-la com tamanho índice de probabilidade de outro modo, mesmo através da própria confissão do suposto pai, que poderá aceitar uma falsa paternidade em virtude de interesses pessoais.

A confissão ficta é o caminho dentre os aceitos pela doutrina e jurisprudência até o momento como: indício, presunção juris tantum, com inversão do ônus da prova e confissão, mas não serve mais para solucionar a questão, está longe das modificações constitucionais proporcionadas pela inserção de novos princípios. É insuficiente, estando distante do ordenamento jurídico atual, do século XXI, servindo apenas para solucionar casos no sistema do Código Civil de 1916, em que a filiação era tida como ilegítima e somente o casamento constituía a família legítima. Não podemos mais atribuir paternidade através da confissão ficta, mesmo porque até 1985, com a descoberta do exame de DNA, não tínhamos como atribuir grau de certeza a paternidade biológica como hoje ocorre. A paternidade deve ser responsável e o filho tem direito de buscar sua origem. Neste caso, não se pode registrar como “pai verdadeiro” o “pai presumido”, pois esta paternidade é frágil, fruto da presunção e não da certeza.

O critério da confissão ficta é insuficiente para aferir a paternidade, porque estaríamos correndo o risco de atribuir uma falsa paternidade⁴ e isto o ordenamento jurídico não pode aceitar, permitir e muito menos proteger, porque vai contra a ver-

⁴ Nesse sentido a jurisprudência adotada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“ (...) Recusada a submissão à perícia, sem algum justo motivo, qual a consequência? A confissão presuntiva, não; porque o que se está a perseguir é a justiça, e para lograr solução justa é necessária a verdade, se se quer a verdade, a presunção legal, ou formal, neste campo, não satisfaz e não interessa. Mas, que o fato mesmo da recusa há de pesar no convencimento do Juiz, combinado com as outras provas, isto é natural e inevitável. Confissão não; mas indício, como componente do acervo probatório, sim – pondera CIFUENTES(p. 235). E DE CUPIS remete à solução do próprio art. 118 do Código de Processo Civil, al. 2º, a possibilidade de o Juiz inferir, daí, argumentos de prova (pág. 150) (RJTJESP – LEX 111/351-352) (fls. 307/310).” TJSC, Embargos de declaração, na apelação cível 96.008881-4, 3ª C.Civ, rel. Des. Eder Graf, j. Em 04.03.97.

dadeira paternidade⁵ e a paternidade responsável, princípio maior da filiação, em nosso entendimento.

José Rubens Costa entende “descabida “ a presunção de veracidade , sendo que “ a recusa à perícia não pode ser entendida como comportamento que leva a presunção de veracidade”, já que na perícia sobre o ser humano “ o direito é indisponível, não se admite a confissão (art. 351) e nem a presunção de veracidade (art. 320,II). O comportamento pode, no máximo representar indício, a ser cotejado diante do conjunto probatório.”⁶

Deste modo no direito brasileiro a não realização conduz à confissão ficta, pois o exame, se realizado, poderia descaracterizar a presunção de paternidade.

Também, quanto a confissão, em matéria de ações relativas à filiação, impera o entendimento de que só se pode presumir a confissão, após análise dos outros elementos probatórios do processo em questão, podendo gerar a inversão do ônus da prova.⁷ Assim, a recusa seria simples indício ou presunção *juris tantum*.

⁵ A verdadeira paternidade neste trabalho deve ser a responsável, em que todas as suas formas : biológica, jurídica ou afetiva, bem como é aquela escolhida pelo filho. Para Luiz Edson Fachin, na obra *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, p. 65: “ a verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica, mais do que isso, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade socioafetiva.” Segundo Jacqueline Filgueras Nogueira, na obra *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*, p. 84 : “ O princípio constitucional da igualdade de filiação traz ao seu lado outro princípio da mesma relevância: a busca da verdadeira paternidade. Mas qual será ela?

Como se verifica, num primeiro momento, a verdade era a paternidade matrimonial, pai era o marido da mãe, tutelando um princípio hipócrita de ser esta a realidade biológica, mas o verdadeiro pai pode não ser aquele que a lei atribui como tal. Num segundo momento, derrubando as ‘verdades jurídicas’, chegamos, através dos avanços científicos, à suprema veneração da paternidade biológica, dada a possibilidade de se descobrir, com certeza de quase 100%, a origem genética de uma criança, através dos exames do DNA. Chega-se, assim, à verdade biológica da filiação, mas, mais uma vez, o pai verdadeiro pode não ser o que os laudos laboratoriais determinam. Por fim, pergunta-se a verdade biológica basta? Sem dúvida que não. O verdadeiro sentido das relações pai-mãe-filho transcende a lei e o sangue, não podendo ser determinadas de forma escrita, nem comprovadas cientificamente, pois tais vínculos são mais sólidos e mais profundos, são ‘invisíveis’ aos olhos científicos, mas são visíveis para aqueles que não têm os olhos limitados, que podem enxergar os verdadeiros laços que fazem alguém im ‘pai’: os laços afetivos, de tal forma que os verdadeiros pais são os que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo. Pais, onde a criança busca carinho, atenção e conforto, sendo estes os sentidos dela o seu ‘porto seguro’. Esse vínculo, por certo, nem a lei nem o sangue garantem.”

⁶ COSTA, José Rubens. *Obra citada*, p. 103.

⁷ Com esta posição: Francisco Amaral: “ Todavia, no quadro das ações relativas à filiação, os juízes podem deduzir, da recusa de submeter-se a um exame de sangue, não uma presunção automática de confissão, mas conclusões que se impõem em face do conjunto de elementos do caso.”. *Obra citada*, p. 112 ; Francisco Vieira Lima Neto, no artigo denominado: Obtenção de DNA para exame : direitos humanus ‘versus’ exercício da jurisdição. LEITE, Eduardo de Oliveira(Coord.). *Grandes temas da atualidade :DNA como meio de prova da filiação-aspectos constitucionais, civis e penais*, p. 123 : “ caso o acusado se recuse a fornecer o material para o exame, essa atitude, em conjunto com outros elementos probantes, equivale a confissão, podendo inclusive demandar a inversão do ônus da prova.”. In: Para Ives Gandra Martins, na obra citada, p. 129 e 126, comporta confissão ficta ou tácita, já

Portanto, para parte da doutrina não pode a recusa constituir-se em prova cabal ou confissão, sendo apenas um elemento desfavorável ao investigado: “ O exame genético é, portanto, ônus processual da parte. O réu não tem obrigação, mas o ônus probatório de realizar o exame, cuja recusa opera presunção contra ele.”⁸ É o que manifesta a seguinte jurisprudência:

“Investigação de paternidade.1. Recusa à submissão ao exame de determinadores genéticos. Valoração. A recusa à submissão ao exame de determinadores genéticos deve ser valorada em desfavor do investigado, representando mais um indício positivo quanto à paternidade. Precedentes jurisprudenciais...” – ApCív. 597145713 – 7ª. CC.- TJRGS, rel. Des. Eliseu Gomes Torres)⁹

A jurisprudência majoritária, como vimos através da decisão do Supremo Tribunal Federal, atribui o valor de indício probatório, gerando presunção relativa de paternidade.

Também é o que verificamos na seguinte decisão jurisprudencial:

“Investigação de paternidade. Recusa de se submeter a exame genético. Verdade relativamente presumida contra o recusante. HLA e DNA. Embora ninguém possa ser coagido a exame ou inspeção corporal, o investigado que se recusa ao exame pericial de verificação da paternidade, deixa presumir, contra ele, a veracidade da imputação (CPC, art. 359,II), por aplicação analógica (CPC, art. 126). Presunção harmoniosa com o conjunto da prova.”¹⁰

Verificamos dessa forma que alguns doutrinadores entendem que a recusa do pai, somada a outros meios de prova, conduz à procedência do pedido, outros, entendem que a recusa gera confissão ficta quanto à matéria de fato.

Para alguns autores a negativa do pai configura presunção, para outros significa um indício de que seja o pai e ainda, para outros é presunção por indício¹¹.

que o direito à privacidade e a intimidade são cláusulas pétreas constitucionais, asseguradas nos incisos X e XII, do artigo 5º da Constituição Federal.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de família, p. 300.

Igualmente, a posição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “ (...) Não havendo o exame hematológico comum, excluindo a paternidade, é lícita a presunção da reclamada paternidade indesejada pelo conjunto probatório, diante da recusa do indigitado pai em submeter-se ao DNA, determinador genético de reconhecido prestígio científico...”. TJSC, 2ª Câmara, Ap. Cív. N. 41.920, rel. Des. Xavier Vieira, in DJSC de 01.11.94, p. 08.

⁹ RJTJRS 187/290.

¹⁰ Ap.Civ. 1989.001.1589- 7ª Câmara Cível – TJRJ. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 10, 1991, p. 200.

¹¹ DI LELLA. *Paternidad y pruebas biológicas*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1997, p. 101.

O réu de acordo com a referida decisão do Supremo Tribunal Federal, não é obrigado a produzir prova contra si. Porém, ninguém pode assegurar que esta prova é “contra ele”, pois poderá vir em seu benefício, se ele não for o pai, na ótica egoísta de ver a questão, e que normalmente é a visão do pai que não deseja o filho. Além disso, a prova pericial é dos autos e não do autor ou do réu, como um princípio conhecido de direito processual e por isso deve ser realizada.

O réu, sempre tem a oportunidade de defender-se de tudo que lhe é imputado no processo, de acordo com o Código de Processo Civil e face a Constituição Federal, através de todos os meios de prova. Se não fez uso de todo o aparato processual probatório, não fez porque não quis ou renunciou a fazê-lo, o que gera a confissão ficta.

Nesse caso, não há nenhuma ofensa à Constituição Federal ou as normas processuais, pelo contrário, estas estariam sendo respeitadas, mesmo com a “omissão” do réu, que não exerceu seu direito de defesa. Ao contrário do que entendeu a respeitável decisão, prolatada no *habeas corpus*, no entendimento do Ministro Marco Aurélio Viana, quando o réu deixa de se submeter ao exame de DNA, não está exercendo o seu direito constitucional de ampla defesa, mas “deixando de exercê-lo”, quando “poderia” e não o fez. Se não agiu em sua própria defesa foi porque não quis, devendo assumir os riscos de sua decisão. E esse risco é a confissão ficta.

Como não há previsão legal que obrigue o suposto pai ao exame, a jurisprudência entende que deve ser aplicado o art. 359 CPC, se a parte se recusar sem motivo justo. Há presunção de que é o pai pelo art. 335 CPC. Se não é o pai, não há motivo para recusar-se ao exame.

José Renato Martins e Margareth Zaganelli, entendem que não incide o disposto nos arts. 319 e 348 CPC, pelo art. 320 CPC que afasta os efeitos da revelia nestas ações, segundo o art. 351 CPC.¹² Para Maria Berenice DIAS, por tratar-se de ação de estado da pessoa, que envolve direito personalíssimo, não se operam os efeitos confessionais, decorrentes da revelia. “Assim, a eventual omissão do réu,

¹² MARTINS, José Renato da Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade? In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, p. 157, afirmam: “a recusa do Réu em colaborar com o exame de DNA não produz, contra ele, qualquer feito endoprocessual, permanecendo para o Autor, o ônus de provar os fatos que alegou, podendo o juiz formar o seu convencimento através dos mecanismos que dispõe (provas, indícios, presunções).” Entendem que o princípio da proporcionalidade é a única solução para o tema em questão. As normas do art. 227 da Constituição Federal sucumbem aos princípios do art. 5º da CF.(p. 162).

negando-se a submeter-se ao exame, não pode, ao invés de onerá-lo com a presunção de veracidade dos fatos articulados na inicial, vir em seu benefício, apenando o autor com um juízo de improcedência, por insuficiência de prova.”¹³

O réu não é obrigado no sistema legal e na jurisprudência brasileira a colaborar na coleta da prova, é do autor o dever de provar os fatos que fundamentam o seu pedido. Porém, a prova de DNA, ao contrário de beneficiar o autor, poderá beneficiar o réu que crê não ser o pai ou tem dúvidas quanto à paternidade, se o exame comprovar a negativa da paternidade.

Contudo, o entendimento que vem sendo consolidado é de que haverá presunção dos fatos alegados, quando o suposto pai se recusa, sendo que a penalidade civil ou sanção é a presunção de que a paternidade imputada é verdadeira. Rolf Madaleno discorda, entendendo que a negação do exame é lícita, enquanto não forem fiscalizadas as técnicas periciais e que a presunção como prova indireta define a paternidade pela mera presunção de culpa. Por isso, finaliza ele : “ ...não convém, dentro deste contexto, deslocar esta aparência de veracidade para presunção apenas pela negativa.”¹⁴

Acreditamos que o suposto pai deve submeter-se ao exame, o que não lhe retira a possibilidade de defesa ou de oferecer o contraditório, princípio que não lhe é negado. O réu tem o direito de oferecer contraprova, ou seja, se julgar que o exame foi incorreto terá o direito de requerer outro, em laboratório diverso. Assim, não desconhecemos o direito do suposto pai à ampla defesa, que inclui o contraditório, princípio constitucional, previsto no art. 5º, inciso LV.¹⁵

Assim, a jurisprudência tem entendido que a recusa do suposto pai deve ser avaliada de maneira desfavorável ao mesmo, que teve oportunidade de com esta prova, comprovar que não era o pai e se não o fez, foi porque além de ter agido de

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Obra citada*, p. 91.

¹⁴ MADALENO, Rolf. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. In: *RT* 766, p. 84-85.

¹⁵ René Ariel Dotti, no artigo denominado O exame de DNA e as garantias do acusado, in: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, p. 270, a respeito da proibição da prova obtida por meios ilícitos, afirma que o procedimento adotado para a realização dos meios de prova deve ser legal e legitimamente adequado, como exige a Constituição, declarando a inadmissibilidade da prova colhida por meio ilícito (art. 5º, LVI), sendo que “ todo e qualquer elemento probatório, colhido por meio ilícito, repugna a consciência jurídica posto atentar, inclusive, contra a dignidade da pessoa humana que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III).”

forma imoral, temia o resultado do exame ou a comprovação da paternidade, logo, presume-se que seja o pai.

Portanto, a tendência atual da jurisprudência é no sentido de atribuir presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial.¹⁶ A recusa faz nascer presunção de culpa, invertendo-se o ônus da prova, ou seja, o demandado ficará obrigado a provar no processo que não é o pai¹⁷.

O Supremo Tribunal Federal¹⁸, acompanhado por inúmeros outros Tribunais tem entendido que a recusa do réu conduz à presunção da verdade alegada pelo investigante, invertendo o ônus da prova. Extrai-se deste entendimento que o direito individual, de personalidade, constituído pelo acesso ao conhecimento da ascendência genética, prepondera sobre o direito à intimidade.

O novo Código Civil, ao tratar da prova dos fatos jurídicos, insere a “presunção”, como um dos meios de prova admissíveis, no art. 212, inciso IV. Assim, o Código admite expressamente a presunção como um dos instrumentos de prova dos fatos jurídicos, amenizando a questão para o julgamento de tais processos, ao permitir expressamente o uso da mesma pelos julgadores.

Porém, entendemos que a confissão ficta, na averiguação oficiosa de paternidade não resolve a questão da verdade real ou biológica, porque julgar a ação sem a realização do exame do DNA, através de mera presunção, poderia resultar em solução falsa, não sendo o investigante filho do investigado. Estar-se-ia atribuindo uma falsa paternidade com efeitos não imagináveis na vida do filho. O Poder Judiciário ao contrário de promover a verdade biológica, estaria amparando a inverdade judicial, o que não pode ser admitido. Por isso, em nosso entendimento, somente o exame de DNA poderá revelar a verdade real (paternidade biológica) e desconsiderar a verdade ficta (paternidade presumida).

¹⁶ Como se vê, na ementa da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo: “ Investigação de paternidade – Prova – Recusa do réu de submissão a exame hematológico – Ônus, e não obrigação da parte, cujo não cumprimento leva à presunção de veracidade dos fatos alegados. RT 633/69. No mesmo sentido RT 755/369.

¹⁷ SIMAS FILHO, Fernando. Obra citada, p.226.

¹⁸ “ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Prova. Recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA. Exceptio plurium concubentium não demonstrada. PRESUNÇÃO DA VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS. Inteligência dos artigos 136-V, do CC E do 332 CPC.

Se exame hematológico é necessário para a negativa de paternidade, cumpre ao réu o ônus de ceder o sangue exigido, sob pena de a recusa ser interpretada em seu desfavor.

Não há lei que obrigue, seja o pai ou a mãe, réu em ação de investigação de paternidade, a submeter-se ao exame de DNA solicitado. Porém a recusa em submeter-se ao exame pericial sem qualquer

Diante de todas as posições antagônicas da doutrina e da jurisprudência, portanto, se para o réu a defesa não é um dever, e conseqüentemente ele tem direito de se defender, de se omitir ou de silenciar a respeito da prova, amparado pelo art. 5º, inciso LV, da CF, que possibilita a ampla defesa e nesta estaria o direito de defender-se silenciando. Então, se o suposto pai se omitir ao exame de DNA, deixando de realizá-lo, poderá ser considerado pai através de outras provas ou pela presunção de paternidade. Porém neste caso, entendemos que ele não poderá mais, em hipótese alguma, neste ou em outro procedimento ou processo, obter o exame de DNA, porque ao deixar de fazê-lo operou a preclusão.

Portanto, entendemos que esta será a pena para aquele que se nega a realizar a perícia genética, motivo forte o bastante para permitir que o pai reflita a esse respeito antes de tomar a decisão negativa.

Creemos que o novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10.01.2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, se não resolve a questão¹⁹ ameniza sobremaneira as discussões e torna mais equânime o entendimento judicial a respeito.

No Título V, que trata “ Da Prova” dos fatos jurídicos, no art. 212, inciso V, é expressamente inserida a prova pericial, que está disciplinada nos artigos 231 e 232, citados e comentados a seguir:

“Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.”

Este artigo corrobora o nosso entendimento manifestado anteriormente, em que o réu, ou seja, o suposto pai ao negar-se à realização do exame de DNA, necessário para a confirmação da paternidade biológica, não poderá mais tarde usar a recusa em benefício próprio. Também, acrescentamos, que não poderá requerer tal prova, em outro processo, para negar a paternidade, se a ação for julgada contra si, pela presunção da paternidade, obtida com a sua atitude.

Esta seria uma alternativa para evitar-se a não realização do exame, devido a questões econômicas ou sociais, ou mesmo pelo egoísmo do suposto pai, que não

justificativa, leva à presunção de veracidade dos fatos alegados, aplicando-se a regra do artigo 359 do CPC.” In: *Revista do Tribunais* 750/336.

¹⁹ Valdemar P. da Luz, na obra *Curso de Direito de família*, p. 197, entende que o novo Código, especificamente em relação à recusa do suposto pai em submeter-se ao exame pericial “ praticamente pacifica a questão”, de “forma peremptória”, nos arts. 231 e 232.

pensa no bem-estar e nas necessidades não só materiais , mas emocionais e morais do filho.

“Art. 232. A recusa à perícia médica a ser ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”

Neste dispositivo legal estaria embutida, entre linhas, a solução trazida pelo Código para aquele que se recusa a realizar o exame pericial, no caso em tela, o suposto pai. Dizemos entre linhas, porque a solução não está clara, nem determina o procedimento, além de ser facultativa e não obrigatória, ao constar o termo “poderá”.

Interpretamos o artigo no sentido de que ocorrerá uma punição para aquele que não se submeter ao exame de DNA, que será a presunção da paternidade. É possível utilizá-lo em caso de recusa, quando a própria “recusa” substituirá a prova não realizada, permitindo ao juiz julgar a ação procedente, pela simples resistência do suposto pai, que demonstra medo, insegurança ou não deseja assumir o filho.

A presunção da paternidade já existia como vimos, como forma de julgar o impasse, mas era discutível, porém agora, diante deste artigo, não resta a menor dúvida que o juiz poderá julgar tranqüilamente a questão amparado na “recusa”, que não é a prova, mas supre a mesma, sendo desnecessária produzi-la em tal hipótese.²⁰

Assim, a “lei” considera “pai”, o investigado que se recusou a coleta do material para a realização do exame de DNA, segundo o art. 232 do Código Civil. Dessa forma a confissão ficta é uma presunção de paternidade jurídica e legal, fundamentada no art. 232 do Código Civil.

A negativa será um elemento probatório, que por si só, poderá declarar a paternidade daquele que se negou ao exame.²¹

Além do mais, como dito, a recusa é claramente uma “discriminação” em relação ao filho havido fora do casamento, o que a lei não mais permite. Assim, o pai que se recusa a realizar o exame, fere dispositivos legais e constitucionais, em es-

²⁰ Salientamos que existem posicionamentos em sentido contrário, ou seja, que esse artigo pode ser considerado uma ofensa ao princípio constitucional de integridade do corpo humano. Não entendemos dessa forma eis que aqui o exame não é realizado, não havendo invasão a integridade física do suposto pai, havendo presunção da paternidade diante da recusa.

²¹ Silvio de Salvo Venosa, não concorda, referindo-se ao art. 232 do Código Civil: “ De qualquer forma, nunca a ausência da prova técnica poderá induzir peremptoriamente a paternidade, da mesma

pecial o art. 227, § 6º C.F. e o art. 27 E.C.A, pois não permite àquele que quer ser reconhecido a condição de “descendente”, com todos os direitos inerentes a filiação, em igualdade com os demais filhos, se existirem, ou quando existirem.

Seção 1

Responsabilidade civil do pai pela não realização do exame de DNA

O direito de indenização moral nas relações familiares, ou seja, entre os cônjuges ou entre pais e filhos não encontrou amparo na legislação civil brasileira, nem ecoou com larga possibilidade na doutrina²², pois o entendimento em matéria de Direito de Família, sempre foi o de que não deve haver a monetarização das relações de afeto, que envolvem os membros da família.

A jurisprudência, somente recentemente vem dando tratamento diferenciado à questão, nos casos que envolvem descumprimento dos deveres conjugais, previstos art. 1.566 e incisos, do novo Código Civil, especialmente nos casos de infidelidade conjugal e de falta de assistência material e moral ao cônjuge que necessitar.

No direito internacional, a França, através do art. 266 do Código Civil Francês e Portugal, através do art. 1.792 do Código Civil Português, permitem o amplo ressarcimento dos danos morais entre os cônjuges por ocasião do divórcio, com base na culpa exclusiva de um dos cônjuges. Assim, em ambos os países a responsabilidade civil abrange as relações entre os cônjuges.

Já a Alemanha, não admite o ressarcimento, pois não examina a culpa dos cônjuges para a concessão do divórcio. O direito à responsabilidade civil não pode regular as relações conjugais, na ruptura da vida em comum ou em caso de violação dos deveres do casamento, pois devem vigorar as regras do Direito de Família.

forma que a conclusão pericial em prol da paternidade, por mais perfeita que se apresente. O juiz deve sempre ser cauteloso e levar em conta todo o conjunto probatório.” Obra citada, p. 308.

²² Manifestando posição favorável a possibilidade de ressarcimento moral nas relações familiares e erótico-afetivas estão: Yussef Said Cahali. *Dano moral*, p. 671; Carlos Alberto Bittar. *Reparação civil por danos morais*; Pedro Belmiro Welter. *Dano moral na separação, divórcio e união estável*. RT 775/128; Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, Rolf Madaleno. *Direito de família: aspectos polêmicos*, p. 145-146, além do clássico José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. Com entendimento contrário, crendo serem deploráveis e excessivas tais indenizações, já que monetarizam as relações familiares está Sérgio Gischkow Pereira. O dano moral no direito de família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações

No direito brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, através do art. 5º, inciso V e do art. 5º, inciso X, o dano moral passou a ser concedido pela jurisprudência e, ao final de 1990 surge o debate na doutrina sobre a possibilidade da concessão de indenização por danos morais pela dissolução da sociedade conjugal ou por violação dos deveres do casamento, não possuindo o Direito de Família, dispositivo expresso a esse respeito.

Conforme referimos, não há no direito brasileiro uma regra específica sobre a responsabilidade civil nas relações familiares ou de afeto, seja o vínculo constituído por casamento, união estável ou família monoparental²³. Existe tão somente a regra geral que prevê a responsabilidade civil, oriunda do art. 159, do Código Civil de 1916 e agora disposta no art. 186 do novo Código Civil, prevendo a responsabilidade da pessoa que agir com negligência, imprudência ou imperícia, causando prejuízo a outrem, devendo reparar o dano. O novo Código Civil, não dispõe expressamente sobre o tema, que recentemente vem ensejando a preocupação da doutrina e da jurisprudência, quanto à responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, embora o art. 953, tenha previsto a indenização no caso de injúria, difamação ou calúnia, com reparação do dano ao ofendido, que pode ser relacionada ao art. 1.566 e incisos, que trata dos deveres de ambos os cônjuges, aludindo as ofensas ali relacionadas.

Para Humberto Theodoro Júnior, quanto à responsabilidade civil: “ em direito civil há um dever legal amplo de não lesar a que corresponde a obrigação de indenizar, configurável sempre que, de um comportamento contrário àquele dever de indenidade, surta algum prejuízo injusto para outrem (CC, art. 159)”²⁴, referindo-se a regra do Código Civil anterior.

Esse mesmo autor concorda com Carlos Alberto Bittar, quanto ao entendimento de que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, atingindo aspectos íntimos da personalidade

familiares. In: LEITE, Eduardo de Oliveira(Coord.). *Grandes temas da atualidade : dano moral*, p.405-418.

²³ Salientamos que a família monoparental não é conjugalidade, mas é um vínculo de parentesco e neste sentido foi empregada para referir-se a relação familiar existente entre o pai e o filho ou a mãe e o filho tão somente..

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*, p. 01.

humana, como a intimidade e a consideração pessoal, ou a valoração da pessoa no meio social em que vive, como a sua reputação ou consideração social.²⁵

Como frisamos linhas atrás, a partir da Constituição Federal, art. 5º, incisos V e X, tornou-se possível a reparação não só do dano patrimonial, bem como do dano moral, acabando com discussões da doutrina e da jurisprudência a esse respeito. Também permitiu a cumulação do dano material e do dano moral, situação que encontrava posições contrárias, especialmente na jurisprudência. Finalmente foi editada a Súmula nº 37, do Superior Tribunal de Justiça : “ São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato.” O dano moral e o dano material são espécies distintas de indenizações, podendo ser perfeitamente cumuláveis.

Não importa mais a natureza da lesão, mas a ocorrência do dano.

Como verificamos, a lei tutela valores intrínsecos a personalidade, permitindo ao lesado defender-se das agressões injustas, quer em relação ao seu patrimônio, quer em relação a sua moral. Assim, indubioso que o filho, mesmo menor, tem direito de defender sua honra, valor que é inerente à sua personalidade, portanto valor essencial à pessoa. A Constituição Federal assegura este direito, sem discriminação de titularidade, qualquer pessoa, em qualquer condição possui proteção constitucional de sua honra. As crianças e os adolescentes também são protegidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, merecendo respeito e proteção à dignidade, tendo direito de convivência com seus familiares expresso nos arts.15 e 27, do Estatuto, além dos direitos e garantias estabelecidos no art. 227 da Constituição Federal. Assim, o dano atinge a dignidade, o respeito e a liberdade da criança e do adolescente, podendo constituir dor física, moral, espiritual ou psíquica.

Com isso, concluímos que os institutos de direito privado devem ser revistos diante dos princípios constitucionais, estando mais coerentes com os valores sociais em movimento. A pessoa humana é o centro do Direito Privado e também do Direito de Família, já que a família é composta por membros que não deixam de ser “pessoas humanas”²⁶, por isso o maior valor jurídico no Direito Privado é o “ser humano”,

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*, p. 02 E, Carlos Alberto Bittar. *Reparação civil por danos morais*, p.41. O dano moral está relacionado aos direitos da personalidade, que para Adriano De Cupis, na obra *Os direitos da personalidade*, são “direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo (...) se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”.

²⁶ Esta expressão está entre aspas por tratar-se de expressão não científica.

seja ele do sexo feminino ou masculino, menor ou maior, de qualquer raça ou credo, ser individual ou ser social, de qualquer estado civil, “filho” de qualquer condição, havido dentro ou fora do casamento.

A indenização civil é admitida para o caso de reparação moral, que fere a honra do filho menor, mas deve decorrer da atitude de postergação²⁷ do reconhecimento parental, onde o investigado utiliza-se de subterfúgios extraprocessuais²⁸ para não realizar o exame genético, rejeitando o vínculo de parentesco com o filho. Também, aquele pai que, mesmo após a apresentação do laudo científico, comprobatório da paternidade, prossegue negando a paternidade, privando o filho da identidade familiar, segundo a posição de Rolf Madaleno.²⁹

O filho, seja criança ou adolescente, assim como o filho maior é sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos pela Constituição Federal e nas leis, conforme art. 15, do Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁰

O dano moral causado ao filho, pelo não reconhecimento da paternidade, materializa-se na formação da sua personalidade, em relação ao nome do pai que foi negado, bem como na busca da sua identidade, além da repercussão lesiva psicológica reflexa que pode sofrer. Como podemos permitir que sobre o filho recaia tão alto ônus? O dano moral é profundo e contínuo quando não reconhecida a paternidade voluntária; quando não declarada a paternidade judicial e, mesmo após o reconhecimento forçado da paternidade, pois mesmo amenizado com o reconhecimento pode permanecer para sempre na vida do filho.

²⁷ O suposto pai ao negar-se ao exame adia e posterga o reconhecimento judicial do filho.

²⁸ O suposto pai utiliza-se de meios extraprocessuais para não realizar o exame, como por exemplo muda constantemente de endereço para não ser intimado ou junta atestados médicos para não comparecer e adiar o exame..

²⁹ MADALENO, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos*, p. 145-146.

³⁰ O art. 15, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que: “ A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de **direitos civis, humanos e sociais** garantidos na Constituição e nas leis.” (grifamos). Procura assim distinguir tais direitos. Quanto a terminologia, segundo José Afonso da Silva, obra citada, p. 180: “ Direitos humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia direitos do homem, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. (...) Direitos individuais dizem-se os direitos do indivíduo isolado. É terminologia que a doutrina tende a desprezar cada vez mais. Contudo, é ainda empregada para denotar um grupo dos direitos fundamentais, correspondente ao que se tem denominado direitos civis ou liberdades civis.” Na p. 289 este autor define os direitos sociais, como sendo uma dimensão dos direitos fundamentais do homem, assim “ são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.” Salientamos, porém que tais direitos podem ser tidos como sinônimos.

A exemplo da jurisprudência majoritária, que não acolhe a indenização nas relações familiares, citamos o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão cuja votação foi unânime, entendendo que: “ Não tem o filho pretensão para haver do pai, após o reconhecimento forçado da paternidade, indenização pelas privações sofridas em virtude da negligência deste, a título de dano moral, porque a condição de filho, que baseia a demanda, é efeito da investigação acolhida”.³¹

Fernanda Oltramari e Vitor Hugo Oltramari, divergem da linha de raciocínio adotada “ porque, sendo a ação de investigação de paternidade, eminentemente declaratória, com a sentença de procedência, o juiz se limita a declarar a paternidade de direito, uma vez que a de fato já existe, sempre existiu, desde a concepção. O estado-filial pré-existe à sentença(...)”³²

Igualmente, discordamos do entendimento exarado na decisão mencionada, porque o reconhecimento de paternidade possui efeito declaratório e não constitutivo, a filiação de fato teve origem com a concepção³³ e não com a ação de investigação de paternidade procedente. Portanto o filho também nessa hipótese tem direito de ser indenizado pelos danos materiais e morais que sofreu em virtude do não reconhecimento. Portanto o vínculo se forma desde a concepção, pois a paternidade de fato sempre existiu desde a concepção.

Com maiores possibilidades, entendemos ser devida indenização no caso de o suposto pai negar-se à realização do exame de paternidade, capaz de dissipar as dúvidas acerca da paternidade e resultar no reconhecimento. A indenização moral impõe-se não só pelas razões anteriormente elencadas, quanto pelo inquestionável direito do filho ao conhecimento da ascendência biológica, bem como serve para desestimular o suposto pai que sequer sujeita-se ao exame, por receio da confirmação da paternidade, já que o seu temor será maior ao deparar-se com uma sanção patrimonial, a título de danos morais ao filho, que deixou de ter o acesso a certeza da paternidade através do exame de DNA. Assim, se não há o convencimento afetivo do suposto pai em reconhecer voluntária ou judicialmente o filho, deverá haver o

³¹ RT 737/390.

³² OLTRAMARI, Fernanda e OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do Direito de família. In: *Revista da AJURIS*, n. 86, jun./2002, p. 129.

³³ Neste sentido decisão proferida nos Embargos Infringentes n. 70000271379, do 4º Grupo de Câmaras Cíveis, julgado em 11 de agosto de 2000. In: revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, p. 191, em que o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos refere-se à sentença investigatória da seguinte forma: “ Ela não constitui a paternidade, esta constituiu-se a partir da concepção, e não a partir da sentença.”

convencimento patrimonial. Com isto, o suposto pai antes de simplesmente negar-se ao exame, deverá medir as conseqüências do seu ato, constatando que a negativa poderá lhe trazer maiores prejuízos.

A medida teria finalidade preventiva, pois existe grande possibilidade de ser evitada a atitude negativa do suposto pai, diante da ameaça de processo indenizatório.

A reparação, segundo Orlando Gomes pode ocorrer de duas formas: a) reposição natural, se a situação puder ser recomposta, restituindo-se ao lesado o que perdeu e b) reparação pecuniária ou indenização propriamente dita, que consiste no pagamento de uma prestação pecuniária. Se a coisa usurpada é devolvida a seu dono, tal como se encontrava antes da usurpação, terá sido satisfeito por forma de maior conveniência do que com o pagamento do seu valor em dinheiro.³⁴

Tratando-se de dano moral, sendo os bens lesados, a honra, o nome, o sentimento de uma pessoa, valores sem dimensão econômica, foi necessária construção da doutrina e da jurisprudência, na fixação de critérios para a apuração do valor indenizatório.

Augusto Zenun, critica aqueles que só admitem o dano moral quando há repercussão econômica, “ porque não se trata de pagar a dor, os sofrimentos, mas de dar ao lesado os meios para derivativos, com que se aplacam ou afugentam esses males” e tais sofrimentos são amenizados ou eliminados “ através de divertimentos, passeios, etc., que exigem dinheiro no sentido de se efetivarem.”³⁵ Esse autor inspirou-se no entendimento de Cunha Gonçalves, quando concluiu que não se trata de dar preço à dor, mas de um sucedâneo como lenitivo para a vítima do dano moral.

Cunha Gonçalves, ao entender que não se paga a dor e não se indenizam os sentimentos e os sofrimentos, mas a vítima necessita de meios para se recuperar, distrair, devendo ser proporcionado a mesma os recursos para tanto, definiu o dano moral como sendo o “ prejuízo resultante da ofensa `a integridade psíquica ou à personalidade moral, com possível ou efetivo prejuízo do patrimônio moral.”³⁶

³⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 386.

³⁵ ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*, p. 62-73-74-77. Ainda, o autor acrescenta na página 86: “ É certo que não basta a abrangência, isto é, suficiente não é só dizer que o nosso Direito adota, o *dano moral*, há de se explicar que se reparam, *in casu*, as conseqüências trazidas pela dor, pelo sofrimento, *quais sejam a depauperação orgânica, a depressão nervosa, tornando apático e inútil o ofendido, que necessita de derivativos para sair desse estado mórbido e que custa dinheiro...*”

³⁶ CUNHA GONÇALVES. *Tratado de direito civil*, t.II, p. 540.

Caio Mário da Silva Pereira recomenda, ao mesmo tempo uma punição e um ressarcimento. A punição do infrator³⁷ deve atingir as condições sociais e econômicas dele e verificar a gravidade do dano cometido. O ressarcimento, deve corresponder a uma compensação pelo dano, equivalente em dinheiro, na proporção da lesão sofrida, mas a soma em dinheiro não é o preço da dor.³⁸

A indenização é uma compensação para diminuir os efeitos da lesão, causando bem-estar à vítima, porém poderá ter sentido punitivo, para o causador do dano, se o *quantum* indenizatório representar ameaça ou diminuição ao seu patrimônio.

No terreno do reconhecimento da paternidade, há autores que entendem ser possível a cumulação da ação de investigação de paternidade com o pedido de ressarcimento por danos morais, devido a recusa ao reconhecimento, considerada um ato ilícito.³⁹

Assim como na separação judicial e no divórcio com culpa, existem doutrinadores como Yussef Said Cahali, Rolf Madaleno entre outros, que defendem a indenização por dano moral, também nas ações de investigação de paternidade, quando o pai nega-se a fazer o exame de DNA, pois ele age com “culpa”, logo deve indenizar o filho, que sofre prejuízos materiais, morais e psicológicos.

³⁷ Yussef Said Cahali, na sua obra *Dano Moral*, pp. 43-42, cita referências bibliográficas estrangeiras, favoráveis a indenização como forma de punição, na indenização por dano moral. Além disso defende o caráter de pena civil para o ressarcimento do dano moral, na p. 41, “já que o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é a de pena.”

Há que se ressaltar que países como a Inglaterra, o Canadá, a Rússia, os Estados Unidos, adotam o critério da punição nas indenizações civis, porém o Brasil não segue tal critério, pois não há lei que autorize expressamente a aplicação de pena ao infrator na ação de responsabilidade civil.

Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ap. civ. 196032965, 9ª Câmara, Porto Alegre, Rel. Juiz Antonio Guilherme Tanger Jardim. In: *Revista Julgados do TARS* 98/408, que prevê a natureza da reparação do dano moral, consistindo em um “misto de satisfação compensatória à vítima e de sanção ao causador do dano, ou seja, deve-se, com a condenação pecuniária, propiciar à vítima uma satisfação, um prazer, que sirva de lenitivo à amargura que lhe foi imposta, ao mesmo tempo em que se pune civilmente o lesador (sic), buscando até mesmo efeito repressivo e pedagógico.” Essa parece a tendência atual, somando-se a função compensatória, a punitiva e a pedagógica.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II, p. 235.

À propósito cabe citar jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná:

“Ao magistrado compete estimar o valor da reparação de ordem moral, adotando os critérios da prudência e do bom senso e levando em estima que o *quantum* arbitrado representa um valor simbólico que tem por escopo não o pagamento do ultraje – a honra não tem preço – mas a compensação moral, a reparação satisfativa devida pelo ofensor ao ofendido.” (TJPR, Ap. 19.411-2, Rel. Des. OTO LUIZ SPONHOLZ, ac. 5-5-1992), in *Revista do Paraná*, 66/206.

³⁹ MADALENO, Rolf. *Obra citada*, p. 149.

Da mesma forma, entendemos devida a indenização por danos morais nesta hipótese e elencamos alguns pressupostos do dever moral de indenizar o filho:

1. A atitude negativa ou omissiva do suposto pai, em relação à realização do exame de DNA. A infração é dever moral, pois não há norma que o obrigue expressamente;
2. A culpabilidade exclusiva do pai, pela atitude negativa;
3. O dano moral causado ao filho;
4. O comportamento do pai ofensivo à dignidade do filho, produzindo angústia e frustração;
5. A impossibilidade jurídica de obrigar forçosamente o pai ao exame.

Neste caso, ao contrário do que entende a maioria da doutrina e jurisprudência brasileira, não pretendemos indenizar o amor que o filho não teve do pai, mas ressarcir ou reparar o dano que abalou a dignidade, a honra e a moral do filho, resultando em dor, constrangimento, frustração e angústia, sentimentos que o acompanharão durante sua vida como reflexo do profundo desgosto com o pai que o rejeitou.

O ressarcimento do dano moral aqui não é o pagamento do amor. O dano tem caráter eminentemente indenizatório.

O filho pode não estar reclamando o amor que não teve, nos anos em que viveu sem o reconhecimento e o tratamento filial do pai, mas resposta a pergunta que o acompanha: quem é o seu pai?

A não obtenção da resposta é um sentimento de angústia, insegurança e frustração contínuos ao longo de sua vida.

O filho quer apenas obter a resposta, que lhe trará conforto moral e espiritual, recuperando a honra e a dignidade abaladas, conforme lhe permite o art. 1º, inciso III e o art. 5º, inciso V e inciso X, da Constituição Federal.

Dessa forma, quem sabe o pai, com o temor da indenização pecuniária, possa refletir e conscientizar-se que o mal causado ao filho pode ter repercussão em sua vida, mesmo que ele tente ignorar que aquela pessoa é seu filho, desconhecendo-a.

Assim, o filho deixará de ser apenas uma ameaça em sua vida, resgatando o ser humano que é, com direito de buscar sua origem, situação que se não for aceita pelo pai, provoca a indenização pelos danos morais.

A indenização tem caráter eminentemente indenizatório.

Segundo Rolf Madaleno⁴⁰ a penalização do dano causado à subjetividade da pessoa ‘ tem um caráter nitidamente propedêutico’, não buscando castigar o culpado, mas satisfazer a vítima da ofensa, servindo de exemplo para estimular o cumprimento dos deveres éticos impostos pelas relações familiares.

Encontramos entendimento semelhante ao nosso, nos Tribunais Argentinos⁴¹, que admitem devido o ressarcimento do dano moral causado por violação aos direitos da personalidade, quando o suposto pai nega a paternidade, abandonando o filho nos momentos mais difíceis da vida, provocando dor injusta e não permitindo ao filho a inscrição do nome paterno no Registro Civil.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite :

“ A tese da reparabilidade do dano moral sempre encontrou respaldo no direito argentino a partir da disposição constante no art. 1078 do Código Civil que assim dispõe:

‘ Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nasce no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que ele delito hubiese hecho

⁴⁰ MADALENO, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos*, p. 151.

⁴¹ VERRUNO, Luis et al. Obra citada, p. 99-109. Segundo os autores na p. 125 : “ La acción judicial cuando la identidad ha sido lesionada debe tender a : a) restauración; b) indemnización, económica y c) publicar y comunicar lo sancionado si el dañado lo estima conveniente. En caso de no poder restaurarla completa o parcialmente deberá indenizarse em consecuencia en forma retributiva a través del dinero, si bien, aceptamos que es una reparación y no un resarcimiento (Ravazzoni, Alberto).”

“ sem dúvida, a literatura jurídica Argentina é a mais rica no estudo da matéria” afirmam Fernanda Oltramari e Victor Hugo Oltramari, na obra citada, p.122. Também a doutrinadora do direito de família na Argentina, Nelly MinierKY, na obra *Responsabilidad por el reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución*. In: *La responsabilidad – Homenaje al professor e doctor Isidoro H. Goldemberg*. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1995, p. 557, salienta que “ La ley e la jurisprudência tienen una función dialéctica e ejemplificadora. A través de una debida articulación de las normas se logrará la efectividad de los derechos constitucionales reiteradamente citados. Ello irá impregnando la conciencia social de los principios de la paternidad y maternidad responsables,(...)”

No mesmo sentido Tânia da Silva Pereira, em artigo denominado *Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental*, in: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Direito de família contemporâneo*, p. 675, informa que “ A Doutrina internacional já tem admitido, em algumas situações, a condenação do pai na indenização por dano moral ao filho (além dos alimentos e direitos sucessórios), por tê-lo privado de uma boa educação e a convivência permanente, tão importante na fase de seu desenvolvimento.” Assim o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos Embargos Infringentes n. 70000271379, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, em 11 de agosto de 2000. In: *Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, p. 191, em que foi admitida a responsabilização pelos Desembargadores Carlos Teixeira Giorgis, Rui Portanova e Luiz Felipe Brasil Santos. Este entendeu que a sentença investigatória “ não constitui a paternidade, esta constitui-se a partir da concepção, e não a partir da sentença” e que se o investigado sabia ou tinha condições de saber que era o pai e não reconheceu o filho, por ser dever moral e ético seu, já que a concepção pode resultar de qualquer relacionamento sexual, caracteriza-se sua responsabilidade por dano moral.

sufrir a la persona, molestándole en su integridad personal o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas.'

Assim, na Argentina, o agravo sofrido por uma pessoa não se limita a mera obrigação de reparar perdas e danos, mas abrange também o dano moral sofrido pela vítima, quer na sua integridade pessoal, quer nos seus bens íntimos, quer nas suas afeições.⁴²

Fernanda Oltramari e Victor Hugo Oltramari, ao relatarem caso em que o DNA alcançou índices de 99,99% de probabilidade do autor ser filho do réu, colocam a questão dos danos materiais e morais causados ao menor durante o tempo em que foi negada a paternidade e, em decorrência, a identificação, o nome, a imagem, companhia, assistência e amparo, “ enfim, os sagrados direitos decorrentes da paternidade biológica. Evidente, então, que o pai causou danos materiais e morais ao filho, cuja paternidade negou, durante todos esses anos, impondo-lhe além das privações naturalmente admissíveis, a pecha de ‘ filho de mãe solteira’. Parece-nos o típico caso de reconhecimento da ocorrência de danos materiais e morais.”⁴³

Diante de tais posicionamentos e das disposições constitucionais, podemos argumentar que existe responsabilidade civil nas relações familiares, tanto mais que o Código Civil atual, em vigor desde 11.01.2003, estabelece em seu art. 186, referindo-se aos atos ilícitos que:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Tal artigo sofreu acréscimo, estabelecendo expressamente o dano moral, mesmo que isoladamente, no Código Civil, havendo legalmente o direito à indenização por danos morais expressamente.

A indenização tem caráter eminentemente indenizatório, pois o Código Civil não é punitivo, mas possibilita ao lesado uma compensação satisfativa. Para Clayton Reis a diferença das lesões material e moral reside na forma de reparação. No caso dos danos materiais a reparação visa repor os bens lesionados ao estado anterior ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído. Isso não ocorre com relação ao dano moral, pois neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior. A reparação neste caso, resulta no pagamento de uma soma pecuni-

⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira. Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: dano moral, aspectos constitucionais, civis e trabalhistas*, p. 154 -155.

ária, arbitrada judicialmente que possibilite ao lesado uma ‘satisfação compensatória’ da sua dor íntima. Assim, explica Clayton Reis, enquanto uma repõe o patrimônio lesado, a outra compensa os dissabores sofridos pela vítima, em virtude da ação ilícita do lesionador. Aqui reside a diferença entre o dano material e o dano moral, pois as causas e os efeitos são distintos. No primeiro, atinge-se o bem físico, reparando-se a sua perda. No segundo, atinge-se o bem psíquico, compensando-o através de uma soma em dinheiro que assegure à vítima uma *satisfação compensatória, como um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por ela sofrida*. Por isso, mesmo que os bens tenham a mesma causa – lesão do direito, o dano moral e o dano material produzirão efeitos diferentes, a exigir procedimentos indenizatórios distintos nos seus objetivos.⁴⁴

Quanto ao direito de reparação do dano, Clayton Reis conclui:

“A defesa do exercício da individualidade ou ainda, o direito à personalidade deve constituir, sem dúvida, em um dever do Estado. Portanto, toda vez que o indivíduo sofrer um dano em seus valores pessoais e íntimos o Estado deve assegurar-lhe o direito à reparação do dano. Haverá dano maior do que aquele que atinge o homem nos seus mais sagrados valores?”⁴⁵

Assim, quando o pai nega-se a submeter-se ao exame de DNA, demonstra rejeição, desinteresse, desafeto, desamor pelo suposto filho, atingindo-o em sua individualidade. Isso gera no provável filho enorme dor, sofrimento, sentimento de rejeição, discriminação e abandono, podendo gerar problemas psicológicos, como depressão, neuroses e psicoses, além de fraquezas e inseguranças na vida adulta, se o filho for criança ou adolescente, no momento da averiguação ou da ação de investigação de paternidade.

O direito à indenização, como de conhecimento, só pode ser obtido se estiverem presentes os seguintes requisitos:

a) *o ato ilícito praticado* – no caso em tela, consideramos que o pai que não se submete a realização do exame de DNA, pratica ato ilícito, já que ao alegar direito próprio de violação à intimidade, integridade física ou constrangimento, “excede os limites impostos pelos bons costumes”, conforme dispõe o art. 187 do novo Código

⁴³ OLTRAMARI, Fernanda e OLTRAMARI, Victor Hugo. Obra citada, p. 130.

⁴⁴ REIS, Clayton. *Dano moral*, p. 4-5.

⁴⁵ REIS, Clayton. *Obra citada*, p. 80.

Civil. Se por um lado não há nenhuma legislação que permita a negativa do suposto pai ao exame. Por outro lado, não há lei que expressamente obrigue o suposto pai à realizá-lo. Podemos dizer então, que o pai excede os limites impostos aos bons costumes e aos fins sociais do reconhecimento, previstos a partir da Constituição Federal e representados pelo princípio da paternidade responsável. É contra os bons costumes das pessoas que vivem em sociedade não assumir um filho, além de ser imoral e ferir os princípios religiosos comuns acerca da paternidade, que determinam o respeito às leis de Deus, constituindo pecado não assumir a paternidade de um filho.

b) *o nexo causal entre o ato ilícito e o dano* – O nexo de causalidade, segundo informa Cristiane Gouveia de Barros “ constata-se entre a conduta do agente causador do dano com culpa ou sem culpa – risco e o evento danoso, sem o comportamento do agente causador do dano ou o risco não se verificaria o evento danoso, é uma relação lógico-jurídica de causa e efeito, denominada de relação de causalidade.”⁴⁶ As causas ou fatores que concorreram para o dano podem ser múltiplas, situação que deve ser observada para uma interpretação adequada pelo julgador do valor a ser arbitrado, pois como afirma Clayton Reis

“ a dosimetria do *quantum debeat*, entregue ao *arbitrium boni viri*, dependerá da apreciação de todos os fatores imponderáveis que foram determinantes na elaboração do dano. Assim, a aferição desses elementos , que exige apreciação valorativa dos diversos fatores que concorreram para a efetivação do dano, será entregue ao *arbitrium boni viri*. Para tanto, segundo orientação da jurisprudência, o julgador deverá considerar todas as circunstâncias que foram a causa eficiente na produção do evento lesivo.”⁴⁷

Assim, necessário demonstrar que o ato ilícito, representado pela não submissão ao exame e pelo não reconhecimento voluntário ou forçado, gerou o dano no filho, ou seja, o dano que ocorreu foi consequência única e exclusiva do ato ilícito.

⁴⁶ BARROS, Cristiane Gouveia de. Dano moral e o ônus da prova na jurisprudência do I Colégio recursal cível do estado de Pernambuco. In LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: dano moral, aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas*, p. 101.

⁴⁷ REIS, Clayton. O verdadeiro sentido da indenização dos danos morais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: dano moral, aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas*, p. 77-78.

Se o ato ilícito não acontecesse tal dano não se verificaria. No caso, se o pai se submetesse ao exame e/ou reconhecesse a paternidade, o filho não teria os problemas materiais, morais e psicológicos desencadeados, pois teria um pai no registro civil, um nome paterno e uma relação de parentesco determinada. Não teria problemas financeiros, necessidades materiais e de sobrevivência, prejuízos com formação educacional e cultural, além de problemas psicológicos desencadeados pela ausência do pai em uma sociedade que discrimina filhos de mães solteiras. Portanto, o suposto pai, não se submetendo ao exame e não reconhecendo a paternidade, não permite que o filho exerça os direitos de filho e nem exerce os seus deveres paternos configurados no art. 1.634 e incisos do Código Civil, causando com tais atitudes, danos ao filho.

c) o *próprio dano* – os danos verificados neste caso podem ser tanto patrimoniais quanto morais e psicológicos. O filho que não consegue obter a chancela do pai para a verificação da paternidade, pode apresentar diversos prejuízos, não só materiais, mas que se referem principalmente a sua pessoa e personalidade, desenvolvimento mental, convívio social e profissional, capacidade de estudos e trabalho, mensuráveis ou não como: insegurança, abandono, rejeição, desamor.

Neste trabalho consideramos que o pai que se nega a submeter-se ao exame, além de incidir em confissão ficta de paternidade, inviabiliza a busca do direito de personalidade do filho, por isso deve responder pelo art. 12 do Código Civil em vigor:

“Art.12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas na lei.”

Por isso, cremos ser totalmente sem fundamento a tese defendida por autores, dentre os quais Sérgio Gischkow Pereira⁴⁸ que entende que as relações familiares por envolverem amor, companheirismo e afeto não podem ser medidas em termos patrimoniais, como se as pessoas estivessem negociando e não apenas “trocando” ou “dividindo” afeto, o que em nosso ponto de vista não deixa de ser uma forma de negociação ou contratação.

A família é constituída por pessoas, seres humanos, que tem sentimentos e emoções e isso não pode ser desconsiderado. O fato de constituírem família não lhes retira a condição de “seres humanos”, que possuem uma personalidade distinta. Que doutrina e jurisprudência são essas que chancelam o ato ilícito dentro da família? Por acaso quando se constitui uma família, os componentes deixam de ser pessoas? Por que desconsiderar-se os direitos da pessoa simplesmente pelo local onde o ato acontece ou pela qualidade da pessoa que o pratica, se o que importa é o dano que sofreu a parte prejudicada? O dano é o mesmo, a ofensa patrimonial ou psicológica, no mínimo, é a mesma, independentemente de onde possa ocorrer, podendo ser inclusive mais grave, segundo o nosso entendimento, se ocorrer dentro da família, praticada por um membro contra o outro.

Assim, atualmente, não existindo legislação específica sobre a matéria, nem consonância na doutrina e jurisprudência, o que prevalece é o entendimento que o suposto pai ao não submeter-se ao exame de paternidade, induz a confissão ficta, situação que permite ao juiz julgar procedente a ação de reconhecimento de paternidade ajuizada pelo provável filho. Para nós, neste caso, o pai, deverá reparar os danos morais e patrimoniais que do ato advierem, pois há violação ao direito de personalidade do filho, direito absoluto, que existe independente e por si só.

É imperioso que a jurisprudência reflita com maior cuidado sobre a questão do menor não reconhecido, os danos que sofre pela rejeição paterna, na formação da sua personalidade, herança que carregará durante toda sua vida.

A reparação moral deve ser efetivada nesses casos, para que além de cumprir a sua função ressarcitória, no mínimo, sirva como um sinal de alerta aos pais que insistem em desconhecer os filhos, do risco patrimonial que correm mesmo deixando de reconhecer o filho.

Muitos pais não reconhecem o filho, principalmente temendo os deveres patrimoniais, especialmente a pensão alimentícia do filho. Entendemos que os Tribunais deveriam exigir a convivência dos pais com os filhos, já que a Constituição afirma que o Estado deve garantir esse dever de convivência⁴⁹, previsto no art. 227,

⁴⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral no Direito de família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: dano moral: aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas*, p. 405-418.

⁴⁹ A propósito, a lição de Eduardo de Oliveira Leite, no artigo Reflexões sobre a prova científica da filiação, obra citada, p. 212 e 213: “ em matéria de filiação e de determinação da paternidade o princípio constitucional inserto no art. 227 não abre margem a qualquer dúvida: o Estado deve garantir a

caput, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 4º, bem como no art. 19, do capítulo denominado “ Do direito à convivência familiar e comunitária”, direito que só pode ser concedido aos filhos após o reconhecimento da paternidade. Então, se o pai não se submete ao exame para confirmação da paternidade, nem reconhece o filho voluntariamente, deverá ressarcir os danos morais, além é claro dos patrimoniais, materialmente aferíveis, estabelecendo significativa quantificação pelo dano. Acreditamos que essa posição, se aceita pelos Tribunais, deve provocar uma reflexão mais profunda naqueles que desconhecem os filhos.

Assim, o pai que teme o reconhecimento para não ter que pagar os alimentos ao filho menor, poderá pagar valores significativos à título de indenização por dano moral, inclusive quando nega-se a fazer o exame de DNA e, mesmo assim a ação é julgada procedente e desfavorável a si.

Hoje, o pai pode negar-se à realização do exame e ocorrer a confissão ficta, decorrendo efeitos de ordem pessoal e patrimonial, já que não existe lei que o obrigue e nenhuma penalidade específica para essa situação, apenas deveres em relação ao filho.

A resolução de tal impasse, passa pelo caminho do direito das obrigações, na forma dos dispositivos legais citados acima, bem como nos arts. 231 e 232 do novo Código Civil.

Quanto a definição de honra, entendemos preciso o conceito de Adriano De Cupis⁵⁰, ao escrever que a honra contém o valor moral íntimo do homem; a estima dos outros, a consideração social, a boa fama e o bom nome e o sentimento ou consciência da própria dignidade. Assim, a honra pode ser objetiva e subjetiva, quanto a consideração social ou quanto à própria consciência de dignidade. A honra considerada individual, contém a dignidade da pessoa, atributo moral, que compõe a

criança com 'absoluta prioridade', o direito à convivência familiar. E esta convivência, como é sabido, só é possível onde ocorre a bilateralidade maternidade-paternidade.” Tânia da Silva Pereira, no artigo: Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental, na obra citada, p. 663, informa que: A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), caracterizou a família como “ grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, (devendo) receber proteção e a assistência necessária, a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.” Sugere medidas para estimular e facilitar a convivência familiar e, no caso de impossibilidade, recomenda providências para facilitar a visita dos pais e medidas que permitam a reunião familiar, no art. 22. Referida autora entende que “ ao determinar o Estatuto da Criança e do Adolescente a convivência comunitária como prioridade absoluta para a criança, para o jovem e para a família, quis o legislador estatutário reforçar alguns aspectos especiais no que concerne à proteção integral.”

sua personalidade. É um bem que a pessoa carrega consigo, como por exemplo o nome e a reputação.

É possível e necessário reparar o dano moral, decorrente de lesão aos direitos da personalidade como: a honra, a imagem, a privacidade, o nome, a integridade física da pessoa, cuja personalidade foi atacada em um dos seus valores mais íntimos. A honra refere-se ao respeito que a pessoa tem de si própria, bem como perante os outros (prestígio, reputação e bom nome).

É preciso reconhecer e ficar atento aos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, inseridos a partir de 1988, na Constituição Federal e na Lei 8.069 de 1990, que reconhecem a criança e o adolescente como sujeitos de direitos civis e sociais e, portanto, podem ser vítimas de danos materiais, físicos, morais, espirituais ou psíquicos, que ofendem a sua dignidade, o seu respeito e a sua liberdade, não permitindo dessa maneira que o filho sofra lesão ao seu direito de filho, pela atitude do pai que nega-se a realização do exame de DNA.

É necessário, contudo, obedecer às cláusulas gerais que estabelecem a responsabilidade civil extrapatrimonial, por danos causados à pessoa, que estão previstas especialmente no art. 1º, inciso III, e no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, além das que tratam dos direitos específicos da criança e do adolescente, com previsão no art. 17 do E.C.A e no art. 201 do mesmo Estatuto, permitindo a tutela desses direitos e interesses pelo Ministério Público e, nos artigos 12, 21 e 186, principalmente, do Código Civil atual. O artigo 12, contém cláusula geral de proteção de todos os direitos da personalidade, enquanto o art. 21, protege especificamente a vida privada da pessoa física, que considera inviolável. O art.186, estabelecido na parte geral, também é considerado uma cláusula geral.

Importante ressaltarmos o art. 17, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece o direito ao respeito, à criança e ao adolescente, não permitindo a violação da sua integridade física ou moral, preservando a sua imagem, identidade, autonomia, valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais, cuja proteção é assegurada através da intervenção do Ministério Público, sempre que necessário, conforme art. 201 do mesmo Estatuto.

⁵⁰ DE CUPIS, Adriano. I diritti della personalità. In: *Tratato di diritto civile e commerciale*, t.I, p. 229-230.

Segundo Judith Martins-Costa⁵¹ é possível “falar na elaboração de um direito geral de personalidade que não se esgota no reconhecimento dos tradicionais atributos, tais como a honra, o nome, a imagem, a intimidade e a vida privada, mas tem alargada possibilidade de expansão”, permitindo-se o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses, mediante o emprego de um raciocínio tópico.

Dessa forma, como visto, além das previsões ou cláusulas gerais, tanto civis, constitucionais ou especiais (E.C.A), é possível haver constantemente uma renovação nesta matéria, com modificações e construções inclusive jurisprudenciais.

Além do mais, o pai que nega-se a realização do exame pericial, deve responder pela indenização civil, além das repercussões em Direito Penal decorrentes, pela quebra dos deveres de criação e sustento, companhia, guarda e educação, atributos inerentes ao poder parental, que deve ser exercido em igualdade, de condições, pelo pai e pela mãe. O poder parental não é facultativo, mas obrigatório e irrenunciável. Na situação posta, o pai estaria renunciando ao poder parental, o que não é possível, já que constitui-se em um “munus público”, possuindo o pai encargos com relação ao filho. Independe da vontade do pai em criar e sustentar o filho. É dever legal e constitucional e, quem viola um dever legal, segundo o nosso ordenamento jurídico, como vimos, deve reparar o dano que causou à pessoa lesada, seja o dano patrimonial, seja o dano moral.

O filho não deseja apenas o “afeto” do pai, esse é apenas um dos componentes, entre um conjunto de necessidades materiais, morais e espirituais de uma pessoa enquanto filho, já que a convivência paterno-filial engloba diversas necessidades, afetivas ou não, patrimoniais ou não, morais ou não.

Portanto, a ameaça de indenização pecuniária constitui no mínimo, pressão psicológica para impedir a resistência do pai à realização do exame.

Não se trata, portanto, de mensurar e atribuir valor ao “afeto”, ou pagamento pelo desamor, mas sim de possibilitar ao filho, ser humano que é, a efetivação do direito sagrado ao conhecimento da sua origem e desenvolvimento de sua personalidade.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *RT* 789, p. 26. Referindo-se aos danos extrapatrimoniais à pessoa, complementa na página 27: “Integram e concretizam a dignidade humana, no campo da responsabilidade civil, interesses tais como a vida privada, a intimidade ou o direito de estar só, consigo mesmo, a dor e os afetos, as expectativas de vida e os projetos existenciais, a imagem social e a auto-estima, a patrimoniais, a honra

O valor auferido não será pagamento pelo desamor, mas reparação pelos danos materiais e morais causados ao filho, devidos que são a qualquer ser humano. Como dito “os filhos” são “seres humanos”, como qualquer “pessoa humana”, como o pai, a mãe, os cônjuges, os conviventes, os parentes, ou seja, qualquer pessoa, que possui direitos e deveres na ordem civil.

Sendo “pessoa humana”, porquê deve ser tratado diferentemente e prejudicado.

A Constituição e o Código Civil brasileiros, determinam a reparação dos danos materiais e morais a quem quer que seja, não importando sua qualificação, designação, cor, raça, sexo, nível social ou cultural. Todas as pessoas que sofrem tais danos estão amparados pela lei. Então, porquê os filhos não deveriam receber tal proteção.

De outro modo, se assim não fosse, estariam sendo desprotegidos e discriminados, já que sem poder exercer direito que a lei permite expressamente a todos e não proibe.

Neste caso, não há “patrimonialização” das relações de afeto, como comparativamente ocorreria nas relações vivenciadas pelo casamento, união estável ou uniões livres, porque o “afeto nunca existiu em relação ao filho”, já que o pai não reconheceu o filho, nem lhe deu amor e vice-versa, o filho também não recebeu, nem doou amor ao pai, como nas formas de relacionamento citadas, entre homem e mulher, em que o amor e o afeto são elementos presentes na união e na convivência, enquanto durar. O pai estava ausente do registro de nascimento e da sua vida.

Assim, entendemos que a relação patrimonial existente aqui, embora na seara familiar, decorre da norma geral de indenização, constante na Constituição Federal e no Direito das Obrigações, não importando “onde” acontece a violação, nem “quem causa ou sofre a agressão”, mas apenas o direito à reparação do mal provocado, caracterizador da obrigação de indenizar. Assim, entendemos possível a aplicação dos princípios da responsabilidade civil, na relação paterno-filial, já que não há legislação específica sobre a matéria, no Direito de Família.

Por isso, o pai que não realiza o exame de DNA e não reconhece o filho, pratica ato ilícito, decorrente do dever legal de pai, na forma prevista no poder familiar,

e o nome, interesses estética, as criações do intelecto em seus aspectos não-constitucionalmente garantidos e que servem a renovar o antiqüíssimo instituto da responsabilidade civil.”

arts. 1.634 do novo Código Civil. Logo, se há descumprimento do dever legal, há ato ilícito, que é um dos pressupostos que ensejam a reparação civil. Além desse elemento, para que se verifique a possibilidade de reparação, deve haver nexos causal entre o ato ilícito e o dano causado.

Com essas considerações, não realizando o pai o exame de DNA, sendo confirmada a paternidade por outros meios de prova em direito admitidos, deixa de cumprir com os deveres legais paternos previstos na legislação civil.

Não cumprindo tais deveres, causa dano ao filho, sejam danos patrimoniais, sejam danos pessoais e morais como: ausência do registro de nascimento, com o nome do pai e dos parentes e atribuição do sobrenome do pai, desconhecimento de sua origem, vínculos de parentesco, não exercício do direito de alimentos, sucessão, guarda, convivência, visitas, além do sentimento de frustração, rejeição e insegurança presentes na vida do filho.

Ao negar a realização do exame de DNA e/ou o reconhecimento da paternidade, o pai estará causando danos materiais e morais ao filho, durante o tempo em que negou identificação, nome, imagem e assistência ao filho, ferindo o direito constitucionalmente assegurado ao filho, de ver sua paternidade biológica reconhecida, sendo na maioria das vezes, considerado “filho de mãe solteira”, quando, na verdade o pai existia, tendo um pai e uma mãe.

Dessa forma, o pai que deixa de fazer o exame de DNA e de possibilitar a confirmação da paternidade, está causando danos extrapatrimoniais e patrimoniais ao filho, seja no aspecto econômico, deixando de lhe possibilitar tudo que o lado monetário proporciona em qualidade de vida, quanto no aspecto afetivo e psicológico, causando danos a sua personalidade, aos projetos de vida impossíveis de serem realizados, à relação paterno-filial não vivenciada.

Seção 2

Reparação do dano sofrido pelo suposto pai quando o resultado do exame é negativo

No âmbito do Direito Civil Brasileiro, como vimos anteriormente, para que haja o ressarcimento, deve necessariamente haver um dano, de natureza patrimonial ou

de natureza moral, que atinja o patrimônio de determinada pessoa, ou valores intrínsecos à sua personalidade como honra, dignidade, intimidade, reputação social, imagem, nome, entre outros (ou seja, o que eu possuo e o que eu sou, bem como aquilo que os outros pensam ou conhecem a meu respeito, juízo de valor).

A tutela jurídica do dano moral, em geral abrange o sofrimento causado, a humilhação, o vexame, a dor física ou psicológica, que atingem a vida normal da pessoa ofendida, e em conseqüência perturbam, preocupam e angustiam a pessoa incessantemente. O dano moral, segundo Silvio Rodrigues é a dor, a mágoa, a tristeza inflingida injustamente a outrem.⁵²

Assim, a violação pode atingir um direito subjetivo do indivíduo. O causador ou agente do dano é a pessoa responsável civil ou penalmente pelo ato ilícito ou crime. No caso do delito civil, a sanção imposta ao transgressor visa restituir a integridade do direito lesado, consistindo no dever de reparar o sano, segundo Orlando Gomes.⁵³

O dano é o resultado da lesão material ou moral provocada por um ato ilícito, repercutindo no bem jurídico da pessoa, seja no seu patrimônio, na sua vida, na sua saúde, na sua honra e no seu crédito, entre outros. A principal categoria que pode ser violada através do ato ilícito, são os direitos absolutos, que correspondem aos direitos da personalidade, entre os quais: a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, o nome, etc.

Assim a pessoa que sofreu o dano pode ser atingida no seu patrimônio, resultando a diminuição dele, ou na sua moral, afetando sua honra, crenças, paz interior e exterior, ou em ambas ao mesmo tempo. A jurisprudência brasileira admite a coexistência, através da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça que determina que “ são cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”, e a Constituição Federal, no art. 5º, inciso X, que dispõe “ são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, sendo esta a posição predominante na doutrina atualmente.

Prevalece na doutrina e na jurisprudência a ressarcibilidade do dano moral, como forma de atenuar ou compensar, mesmo que em parte, a lesão sofrida pela

⁵² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, p. 206.

⁵³ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 319.

vítima. Certamente a ressarcibilidade do dano sofrido, não apaga o acontecimento, mas pode proporcionar uma reconstrução futura, uma vida digna e feliz, a ponto de amenizar o sofrimento.

A reparabilidade do dano civil, além de estar prevista no art. 5º, inciso V e X, da Constituição Federal e na Súmula nº 37, do Superior Tribunal de Justiça, está expressa no art. 186 do Código Civil, permitindo cumular a indenização material com a moral, se o dano for proveniente do mesmo fato. O Código Civil exige a ação ou omissão; a existência do dano e a relação de causalidade entre a conduta e o resultado provocado. A parte que sofre o dano deve provar os prejuízos para obter judicialmente o ressarcimento.

Portanto, o novo Código Civil, acompanhou a Constituição Federal, estabelecendo no art. 186, que a ação ou omissão voluntária, causada por negligência ou imprudência, que viole direito ou cause dano a outrem, mesmo que exclusivamente moral, é considerada ato ilícito.

Em verdade, o valor apurado a título de indenização pelo ato ilícito causado, não consegue apagar o sofrimento desencadeado pelo dano, porém é uma forma de aliviar ou atenuar os seus efeitos maléficos produzidos na vida da vítima.

Embora seja uma questão de Direito de Família, por tratar-se de ação de investigação de paternidade, o suposto pai, não sendo casado com a mãe do investigante, não possui com ela qualquer vínculo parental, mesmo o de afinidade. Em relação ao suposto filho também, máxime ter sido o resultado do exame negativo. Não há nenhuma relação de parentesco entre as partes, podendo existir apenas um envolvimento afetivo, emocional ou sequer isto, apenas um relacionamento sexual e mais nada.

Esta situação é extremamente delicada e vem ensejando discussão na doutrina e nos Tribunais. Estes ainda, reticentes quando a matéria versa sobre direito à indenização moral no âmbito das relações familiares e em especial nas questões que versam sobre investigação de paternidade.

A concretização do dano, devido a realização do exame de DNA pode ocorrer de diversas formas e para qualquer das partes (no caso de o exame ser negativo e o investigado entender que foi ofendido na sua moral com o ajuizamento de ação, com ofensa a sua honra, especialmente se já tiver esposa e outra família constituída, o constrangimento pela obrigação da submissão ao exame, etc...)

Deverá haver indenização por danos morais quando a ação for improcedente, devido ao fato de o exame de DNA ter resultado negativo, somente se o uso da ação for abusivo, pois deve ser respeitada e observada a teoria concreta da ação⁵⁴. O suposto pai poderá promover ação de indenização, somente na hipótese de a ação investigatória de paternidade ser julgada improcedente, pela ofensa ao princípio constitucional da dignidade humana, da intimidade ou privacidade, com exposição da vida sexual, se a utilização do processo for abusiva, ferindo inclusive a imagem que a pessoa goza no meio em que vive. A ação indenizatória ocorrerá devido a imputação de falsa paternidade, diante de todos os constrangimentos sofridos.⁵⁵

Somente haverá a hipótese de violação dos direitos à intimidade e integridade do suposto pai se, realmente, ele não for o pai, e isso for constatado através de exame de DNA.

Decisões desse porte, já obtiveram acolhimento, quando o teste de DNA excluiu o suposto pai referido no registro, pela genitora da criança.⁵⁶

Seção 3

O exame de DNA e a coisa julgada

Este é mais um dos temas ligados a investigação de paternidade que enseja inúmeras e controvertidas posições, ainda não solucionado pela legislação, doutrina e pela jurisprudência brasileira.

A questão posta é a seguinte: as sentenças nas ações de investigação de paternidade fazem coisa julgada material, no caso de não ter sido realizado no processo, o exame de DNA?

A questão torna-se definitiva, quando a sentença faz coisa julgada, apresentando uma “verdade ficta”, que é contrária a verdade real, proporcionada pelo exame de DNA.

⁵⁴ O direito de ação, segundo Humberto Theodoro Junior, na obra *Curso de direito processual civil*, v.1, p. 65-66, consiste no direito à tutela jurisdicional do Estado, por meio da qual se compõem os litígios, dando, dessa forma, solução definitiva às pretensões resistidas. Assim, “enquanto a pretensão é a exigência de preavalecimento do interesse próprio sobre o de outrem, a ação é apenas o direito de obter uma solução para a lide (isto é, para a pretensão resistida).”

⁵⁵ Nesse sentido Yussef Said Cahali. *Dano moral*, p. 225.

⁵⁶ Aps. 201.568.4/1 e 200.984.4/2, julgadas pela Terceira Câmara de Direito Privado do TJSP. Rel. Dr. Ênio Santarelli Zuliani. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 16, p. 103.

A não realização do exame de DNA, pode decorrer da negativa do suposto pai ao exame, ou da impossibilidade de as partes arcarem com os custos do exame de DNA.⁵⁷

Maria Berenice Dias, entende que os interesses protegidos pela Constituição Federal, que outorga proteção à família, no art. 226, estabelece como dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente a convivência familiar e ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 27, ao reconhecer como personalíssimo, indisponível e imprescritível o reconhecimento do estado de filiação. Segundo a autora:

“Tais interesses, por evidente, se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, que não tem assento constitucional, não se podendo impedir o acesso à Justiça para o reconhecimento da filiação face à temporária impossibilidade probatória ou, até, à negligência em subsidiar a formação de um juízo de certeza para o julgamento.

Desse modo, impõe-se repensar a solução que vem sendo adotada ante a ausência de probação nas ações de investigação de paternidade. Descabe um juízo de improcedência do pedido, a cristalizar, como coisa julgada, a inexistência do estado de filiação. O que se verificou foi a falta de pressuposto eficaz ao desenvolvimento da demanda, ou seja, impossibilidade de formação de um juízo de certeza, o que impõe a extinção do processo nos precisos termos do inc. IV, do art. 267, do CPC. Tal solução, que, tecnicamente, é uma sentença terminativa, viabiliza a possibilidade de qualquer das partes retornar ao Judiciário munida de melhores e mais seguras provas, para a identificação da verdade no estabelecimento do vínculo mais caro ao ser humano.⁵⁸

No sistema processual civil atual, o juiz deve julgar conforme o alegado e provado pelas partes, bem como pela prova disponível, conforme arts. 130 e 131 do C.P.C., a fim de que prevaleça a verdade real, obtida através da pesquisa genética do DNA, atendendo ao princípio da proteção ao direito de filiação, indisponível e de ordem constitucional.

A maioria da jurisprudência entende ainda, que há impossibilidade de rediscutir a paternidade em ação posterior, em que o investigador requer a realização de

⁵⁷ Mesmo com previsão constitucional determinando ao Estado a assistência judiciária gratuita, conforme art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal e com a Lei nº 10.317 de 06 de dezembro de 2001, que acrescentou o inciso VI, ao art. 3º da Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950., bem como com decisões do Superior Tribunal de Justiça, determinando ao juiz a realização da prova, às custas do Estado, conforme exemplificamos através do REsp. 83.030-0 – 2ª seção, STJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 20/4/98. Salientamos que no estado do Rio Grande do Sul, existe lei estadual determinando a responsabilidade do Estado em custear o exame- lei nº 11.163/98.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Obra citada*, p. 93.

prova pericial – exame de DNA, que não fora realizado na época, julgando extinto o processo com fundamento no art. 267, IV, do C.P.C.

Porém, já começa a haver um sentimento diverso nos julgados, como é o caso da seguinte decisão:

“A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real. A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral. O processo não merece ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas..⁵⁹

Com esse entendimento, estão os julgadores que acreditam que na ação de investigação de paternidade não se materializa a coisa julgada. Mesmo diante da pretendida segurança jurídica que se quer através da coisa julgada, o valor maior que deve prevalecer é o do filho, ao conhecimento do seu pai e vice-versa, porque a verdade deve prevalecer, inclusive nos registros públicos. A própria Constituição Federal protege o direito ao conhecimento da ascendência biológica, através da verdade real. Aqui a formalidade processual, não pode impedir a concretização do direito da parte, especialmente quando trata-se de direito indisponível, de ação de estado, como é o caso. A justiça deve prevalecer. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal :

“ Ação de investigação de paternidade – Coisa julgada – Renovação do pedido – Possibilidade – Exame de DNA. 1) A jurisprudência tem atenuado a rigidez da coisa julgada nas hipóteses de investigação de paternidade, para possibilitar a realização do exame de DNA, dando uma solução mais justa à matéria. Precedentes. 2) O reconhecimento do estado de filiação, nos termos do art. 27 do ECA, é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, tornando-se necessário apurar a veracidade dos fatos, para não deixar um filho em pai ou um pai sem filho, admitindo na mesma linha de raciocínio das ações de alimentos, a ocorrência da coisa julgada formal e não material, impeditiva do reexame da matéria no mesmo processo. 3) Recurso conhecido e provido. Unânime.”⁶⁰

Também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na decisão da 7ª Câmara Cível, entendeu que :

⁵⁹ Agravo improvido. Maioria. TJDF- AI 2.446-4/98-1ª T.- Rel.Des. p/0 Ac. Valter Xavier – J. 12.04.1999.

⁶⁰ TJDF - Ap. Cível 19990910029102, Acórdão 131850, 14-9-2000, Rel. Haydevalda Sampaio.

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. SENTENÇA ANTERIOR QUE JULGOU IMPROCEDENTE POR DEFICIÊNCIA PROBATÓRIA UMA PRIMEIRA AÇÃO INVESTIGATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL NA HIPÓTESE. Quando não esgotadas todas as provas disponíveis, não se pode reconhecer a coisa julgada, especificamente em sede investigatória, porque aqui se trata de uma matéria especialíssima, em que deve ser relativizada a coisa julgada. Isso porque o valor deve ser posto em cotejo com um dos próprios fundamentos da República federativa do Brasil, disposto no art.1, inciso II, da sua Constituição, ou seja, a dignidade da pessoa humana. O direito à identificação está ligado à preservação dessa dignidade e deve-se sobrepor a qualquer outro valor, a qualquer outro inclusive o da como princípio, segurança jurídica, que a coisa julgada busca preservar. DERAM PROVIMENTO POR MAIORIA.”⁶¹

A formalidade legal pode gerar uma “aparente justiça”, pois não reflete a realidade, constituindo-se em falsa paternidade. Por isso “ não há como se impingir à sociedade e a alguém uma paternidade irreal, se lastreada em coisa julgada questionável por meio de nossos instrumentos probatórios disponíveis” como afirma Silvio de Salvo Venosa⁶²

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em semelhante matéria, já entendeu ser relevante considerar a verdade real, em detrimento do formalismo de normas ultrapassadas, sobretudo quando contrariar interesses legítimos de menor, devendo ser possibilitada a produção da prova sempre que for imprescindível à realização da justiça.⁶³

Assim podemos colocar a questão, diante da proporcionalidade entre os direitos contrapostos : o direito a segurança jurídica, através da definitividade da coisa julgada material ou, o direito de personalidade do filho, ao conhecimento da ascendência genética. No primeiro caso a matéria é processual, prevista em lei, no segundo é constitucional, prevista na Constituição Federal, superior portanto hierarquica-

⁶¹ Apelação Cível nº 70002610012, julgada em 12/09/2001, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis (voto vencido) Revisor Des. Luiz Felipe Brasil Santos (voto vencedor). In: *Revista da AJURIS*, vol. 27, jun.2002, p. 126.

⁶² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*, p. 309.

⁶³ “ NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – PRESUNÇÃO LEGAL – ART. 240 CC – PROVA – POSSIBILIDADE – DIREITO DE FAMÍLIA – EVOLUÇÃO – HERMENÊUTICA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – I - Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses do menor – II – Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. III – O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeça, a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana.” STJ –Resp.

mente, devendo prevalecer esta regra àquela. Portanto, “ o interesse público do conhecimento da verdade da origem biológica do indivíduo, da consideração ao seu sagrado direito de sabê-la e dela ter o nome, prevalece sobre o interesse particular e a alegada estabilidade das decisões judiciais.”⁶⁴

Por isso “ pensar na imutabilidade do julgado por força da ‘res judicata’ em sede de investigação de paternidade é, sem dúvida, demasiado apego à forma, tolhendo o próprio direito de conhecer a si mesmo em suas origens, haja vista a parcela genética que é transmitida dos ascendentes (pai e mãe) aos filhos pelo DNA. O Direito não vive em função da forma, mas em função da humanidade.”⁶⁵ E, “ repulsa seguir em defesa do escopo político e social da coisa julgada quando um laudo de DNA pode atestar a certeza jurídica da filiação e completar ou reescrever a verdade dos vínculos de parentesco....”⁶⁶

Concluindo, no caso do exame de DNA, realizado posteriormente ao processo, contrariar a coisa julgada, estabelecida através de exame de HLA ou outras provas periciais que apenas excluem a paternidade e não confirmam com certeza elevadíssima como o DNA, apesar da atual divergência doutrinária e jurisprudencial, deverá prevalecer a norma maior e seus princípios, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, pois entre a segurança processual da coisa julgada e a mentira jurídica quanto ao estado de filiação, que é direito fundamental da pessoa, ao conhecimento da sua ascendência biológica, não resta dúvida que a segunda hipótese deve ser acolhida. “ Com efeito, não se tolera selar definitivamente o *status familiae* do investigante sem que se realize uma adequada e exauriente produção de prova. Pensar de modo contrário é violar a *dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial*, preconizada constitucionalmente.”⁶⁷

4.987 –RJ- Reg nº 90.0008966-2 – Ac. Por maioria da 4ª Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.06.1991 – DJU I, 26.10.1991 – p. 15.259.

⁶⁴ OLTRAMARI, Fernanda e Vitor Hugo Oltramari. As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do Direito de família. In: Revista da AJURIS, vol. 27, jun.2002, p. 127.

⁶⁵ ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de paternidade e DNA – aspectos polêmicos*, p. 107/108.

⁶⁶ MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, p. 303.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro, novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 808, jan. fev. 2003, p. 65. O autor afirma na página 66, que o sistema da coisa julgada no Código de Processo Civil não tem guarida nas ações de filiação, onde se depreende o desenho de um novo modelo de coisa julgada para regular as ações investigatórias e negatórias de paternidade. (...) E, na página 69 : “ Também não se diga que a coisa julgada configura garantia prevista no Texto Constitucional, uma vez que a igualdade e a dignidade

Portanto, estamos com àqueles que entendem que não faz coisa julgada material a sentença de improcedência da ação de investigação ou de negação da paternidade por insuficiência de provas da paternidade biológica, em especial do exame de DNA.⁶⁸

da pessoa humana também têm sede constitucional e o conflito de norma de igual hierarquia é solucionado pelo princípio da proporcionalidade(ponderação de interesses), devendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao reconhecimento da filiação. Enfim, não pode o processo servir de obstáculo para o exercício do direito material.”

⁶⁸ A propósito, em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 116/2001, de autoria do Senador Valmir Amaral, que faz alterações a Lei nº 8.560/92 e no Art. 2º dispõe: “ O art. 8º da Lei nº 8.560/92 passa a ter a seguinte redação: (...) Parágrafo único. A ação de investigação de paternidade, realizada sem prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada.” Também o art. 1.606, § 2º do PL 6960/2002: “ Não fazem coisa julgada as ações de investigação de paternidade decididas sem a realização do exame de DNA, ressalvada a hipótese do § 4º do art. 1.601.”

PARTE III

DIREITOS DO FILHO RECONHECIDO EM RELAÇÃO AO PAI

CAPÍTULO I

EFEITOS DE ORDEM PESSOAL

Discute-se na doutrina a cerca da mais correta terminologia em relação à matéria, seriam direitos ou efeitos? Caio Mário da Silva Pereira e José Aparecido da Cruz entendem que do reconhecimento da paternidade decorrem efeitos¹ e não direitos, porque os direitos preexistem e passam com o reconhecimento jurídico a ter efetividade.² Pontes de Miranda³, entende que tanto o reconhecimento voluntário, quanto o forçado, têm os mesmos “efeitos”, pois ambos provam *erga omnes* a filiação.⁴

¹ A propósito do tema e quanto ao direito comparado e evolução histórica, ver obra de Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva, obra citada, p.136, explica: “ O reconhecimento, na verdade, não atribui ao filho natural qualquer direito, não cria para ele uma relação jurídica. Um e outra preexistiam ao ato declaratório da filiação, amalgamados no fenômeno natural da paternidade.”

CRUZ, José Aparecido da. Obra citada, p. 94.

Caio Mário assim se manifesta, na mesma obra, p. 137: “ Sem dúvida que o ato do reconhecimento, espontâneo ou judicial, é declarativo, e como tal não atribui direitos. É o argumento fundamental dos opositores. É preciso, porém, atentar em que, se a fonte primária dos direitos subjetivos de que é titular o filho de relações extramatrimoniais é o vínculo da paternidade, e este nasce com a concepção, é certo, também, que a filiação biológica, por si só, não produz efeitos civis.

Os direitos do filho vão buscar sua causa primeira no parentesco biológico, mas este só produz efeitos através do ato declarativo, que é o seu meio de efetivação jurídica.”

³ Pontes de Miranda, Obra citada, p. 131.

A questão é discutível, mas entendemos que os direitos são efeitos do reconhecimento e não são dois termos isolados. Andam juntos na construção do reconhecimento. Os efeitos por sua vez não deixam de ser direitos. Mesmo que os direitos sejam preexistentes de fato na vida do filho, somente a partir do reconhecimento é que geram conseqüências jurídicas para o filho, antes não. Assim, antes do reconhecimento o filho não pode usar o nome do suposto pai, não pode obter alimentos, não pode usar o estado de filho, não pode ser herdeiro do suposto pai, não pode exigir tais atributos que são inerentes a filiação apenas. É bem verdade que a ação é declaratória do reconhecimento⁵, por isso a paternidade já existe e a correspondente filiação também. O que não existe ainda, antes da sentença de procedência são os direitos de filho, caso contrário qual seria o objetivo da ação? Se os direitos já existissem não seria necessária a propositura da ação. O que antes existe é uma expectativa de direito, não um direito.

A paternidade biológica ou vínculo natural não produz efeitos antes do reconhecimento. A relação biológica preexiste ao reconhecimento, mas só a partir dele passa a gerar conseqüências jurídicas. O reconhecimento da filiação produz os seguintes efeitos-direitos:

Seção 1

Direito ao estado de filho

Toda pessoa, independentemente de sua capacidade civil, goza do direito ao estado civil. O estado de filho é direito de ser considerado legalmente “filho” de alguém. O estado é considerado 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. O estado é a “condição individual na sociedade”⁶, demonstra publicamente a situação do indivíduo, atribuindo-lhe características próprias, que irão diferenciá-lo

⁵ Para Caio Mário da Silva Pereira. Obra citada, p. 139 “ Se o reconhecimento, por ato espontâneo ou por sentença judicial, fosse atributivo de direitos, a paternidade teria início com ele. Mas, uma vez que se trata do ato declaratório, retroage à data do nascimento ou à época da concepção no que, aliás, estão acordes todos os autores. Decorre, portanto de sua natureza declaratória, que o reconhecimento de filiação produz efeitos *ex tunc*.”

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 143.

das outras pessoas no meio em que vive e, assegurarão os direitos e as obrigações decorrentes dessa condição. O *status* de filho é decorrência do reconhecimento.

É direito personalíssimo⁷. Integra a personalidade humana, a partir do nascimento com vida. Mas, o direito brasileiro admite a filiação desde a concepção, pois o pai pode reconhecer o filho mesmo antes do nascimento (art. 26 ECA e art. 1.609, parágrafo único do C.C.).

A definição de estado nos é dada por R. Limongi França : “Estado é o modo de ser particular das pessoas.”⁸ E, por Caio Mário da Silva Pereira, referindo-se ao estado das pessoas como sendo o “complexo de qualidades que lhe são peculiares.”⁹

Diante disto, temos que o estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível daquele que deseja investigar sua origem genética, obtendo a tutela do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No âmbito do Direito Civil, na seara do Direito de Família, especialmente, o estado da pessoa, tem natureza familiar, sendo que neste trabalho interessa-nos analisar o estado de filho, após o reconhecimento da paternidade, voluntária ou compulsória.

O estado de filho é uma qualidade própria da pessoa, por isso, o estado civil é inalienável, imprescritível e indivisível. Embora dele possam advir direitos patrimoniais, o estado possui caráter pessoal e moral, exclusivamente.

É inalienável, pois a qualidade de filho não pode ser transferida a outrem ou transacionada. As ações de investigação de paternidade não admitem transação porque são matéria de ordem pública. Somente o pai pode reconhecer a paternidade, pondo fim ao processo. E, sendo o estado uma condição pessoal e não patrimonial do indivíduo ele não pode sofrer transação.

É imprescritível, o estado de filho, tratando-se das ações de investigação de paternidade, já que não há prazo estabelecido legalmente para que o filho reclame o seu reconhecimento perante o pai ou promova ação contra os herdeiros deste, em

⁷ Para Cláudia Lima Marques, no artigo Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em direito brasileiro- direito pós moderno à descoberta da origem. In : LEITE, Eduardo de Oliveira.(Coord.) *Grandes temas da atualidade*, p. 50, trata-se “de um direito mais do que personalíssimo, de um direito de personalidade, direito básico da pessoa: ser identificada como filho de alguém, ter um nome de família, saber de sua origem, de seus laços com sua família, poder com ela conviver ou pelo menos identificá-la na sociedade.”

⁸ FRANÇA, R. Limongi. RT 567/ 14.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, p. 163.

caso de falecimento do mesmo. Pode o filho promover tal ação a qualquer tempo, seja em vida do pai, contra este, ou seja após a sua morte, promovendo a ação contra os seus herdeiros.

É indivisível, pois possui natureza pessoal e não patrimonial, não é um bem que possa ser dividido. A condição de filho é una ou indivisível, não podendo ser “meio” filho ou ter um “meio” pai, segundo o nosso ordenamento jurídico. O estado de filho é único.

O estado da pessoa surge com o seu nascimento e quanto à prova do estado de filho, podem ocorrer duas situações: na primeira, a comprovação ocorre através da certidão de nascimento do filho, se os pais forem casados e na segunda, também ocorrerá através do registro do filho no assento de nascimento, porém necessitará para tanto, que seja feito o reconhecimento judicial ou extrajudicial, conforme a Lei nº 8.560/92.

A sentença que julga a ação investigatória de paternidade, produz os mesmos efeitos do reconhecimento, conforme dispõe o art. 1.616, do Código Civil, devendo ser averbada à margem do assento de nascimento do filho cuja paternidade foi declarada em juízo, segundo o art. 102, da Lei nº 6.015 de 31.12.1973.

O primeiro e quase automático efeito, após a confirmação da paternidade, via exame de DNA é a regularização do registro de nascimento do investigante, onde provavelmente só havia o nome da mãe e dos avós maternos, constando pai e avós paternos ignorados.

Quanto ao registro, a lei evoluiu nesta matéria, sendo que o Decreto nº 3.069, de 17.04.1863, referiu-se expressamente ao registro dos filhos naturais, no art. 45, estabelecendo que o Juiz de paz, ao fazer o registro de nascimento do filho natural, deveria declarar que:

“Art. 45.

5º) O nome só da mãe, seu domicílio, residência atual e profissão, se o recém-nascido for filho ilegítimo; e também o nome do pai que o reconheceu ou reconhecer no ato, seu domicílio, residência atual e profissão, ou somente o do pai que o reconheceu ou reconhecer no ato, no caso de se não declarar o nome da mãe”.

Em 1870, foi sancionada a Lei nº 1.829, de 09.09.1870, que só veio a ser regulamentada em 1888, com o Decreto nº 9.886, de 07 de março, criando o Regulamento do Registro Civil. No intuito de não permitir escândalos para as famílias ma-

trimonializadas, permitiu a omissão do nome do pai, da mãe ou de ambos, quanto ao registro dos filhos ilegítimos (art. 59), dispondo inclusive, no art. 61, que “sendo o filho ilegítimo não se declarará o nome do pai, sem que este expressamente o autorize...”.

Com a República e a vigência do Código Civil de 1916, foram publicadas novas legislações dispondo sobre o Registro Civil, como : o Decreto nº 4.827, de 07.02.1924, permitindo, no art. 2º, a averbação, no Registro Civil das pessoas naturais, dos atos judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento dos filhos ilegítimos, conforme arts. 355 e 368 do Código Civil de 1916, situação repetida nos Decretos nºs: 18.542, de 24.12.1928 e 4.857, de 09.11.1939. O art.4º, do Decreto-Lei nº 3.200, de 19.04.1941, avançou, procurando ocultar o estado de filiação, equiparando, de certa forma, os filhos legítimos aos ilegítimos, dispondo em referido artigo que “nas certidões do registro civil, não se mencionará a circunstância de ser legítima, ou não, a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado, ou em virtude de determinação judicial”.

Finalmente surge a Lei nº 6.015 de 31.12.1973, dispondo sobre o registro dos filhos ilegítimos nos artigos 59 e 60.

Mas, somente a partir da Constituição Federal, através do art. 227, § 6º, não se permitiu a distinção entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento, não mais sendo aceita tal distinção, também no registro de nascimento. A Lei nº 8.560/92, veio dispor no mesmo sentido, não permitindo que no registro do filho se faça qualquer menção à natureza da filiação (art. 6º).

Assim, a Constituição Federal de 1988, atribuindo importância ao estado de filho, dispôs no art. 227, § 6º, que os filhos são iguais, independentemente do estado civil ou condição de seus pais. O que ficou expresso no art. 20 e 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente e nos arts. 1.596 e 1.607, do novo Código Civil.

Admitimos que a mãe possa ter dúvidas sobre quem é o pai; que o pai possa ter dúvidas acerca da paternidade, porém, em hipótese alguma admitimos que o filho tenha dúvidas ou desconhecimento acerca de quem é o seu pai. O filho tem o direito fundamental ao “estado” de filho. É filho de “X” (mãe) e de “Y” (pai) e isso não pode gerar nenhuma dúvida para ele. O filho não pode imaginar ou fazer suposições sobre quem é seu pai, deve ter certeza que “Y” ‘é’ seu pai.

O direito ao conhecimento da origem não se refere somente à investigação do sangue ou do parentesco, mas também envolve aspectos culturais, étnicos, religiosos e sociais.

No princípio da dignidade da pessoa humana está ínsito o primado do “ser” e não do “ter”. O “ter” fica no plano secundário. Atualmente as pessoas desejam o “ser”. Esse fato é constatado em situações que o filho, não reconhecido pelo pai, ou adotado, manifesta o desejo de conhecer sua origem, saber quem é o seu pai biológico, não obstante viva em boas condições sócio-econômicas dentro de uma família “aparentemente estruturada e feliz”, dizemos “aparentemente”, pois cremos que não podemos afirmar que uma família é totalmente estruturada e feliz quando existe ausência de um pai ou desconhecimento dele pelo filho.

O filho, mesmo tendo um pai afetivo, deseja conhecer sua ascendência biológica, prevalecendo o “ser” sobre o “ter”. Quem sou eu? Pergunta-se. O “ser” é o significado da existência humana e não o “ter”.

Daí a importância do reconhecimento, que declara o estado de filho.

Seção 2

Direito ao nome

O nome é um direito da personalidade, inerente à pessoa humana, que a individualiza e indica a sua origem genética e familiar.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

“Um dos elementos constitutivos e integrantes da personalidade é o nome, elemento designativo da pessoa, e fator de 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.

Nesta expressão genérica, portanto, estão compreendidos elementos puramente individuais e elementos familiares”¹⁰

Toda pessoa tem direito ao nome. 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 colo-

cado 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).

Assim, o nome compõe a identidade da pessoa, sendo personalíssimo, inalienável, imprescritível e impenhorável. Representa não só a origem genética, como tudo que envolve a origem, a formação e os anseios familiares. O nome carrega todo um sentimento cultural e afetivo, que está presente nas relações sociais em todos os níveis.

O direito ao nome é decorrente do princípio constitucional de identidade. Todo o brasileiro tem direito à identificação, pelo princípio da igualdade, que inclui o direito ao nome, ao estado familiar e à descoberta da origem.

O nome além de tudo, é uma forma de reconhecimento ou inserção na sociedade.

O direito ao nome está disciplinado na Lei dos Registros Públicos – Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, arts. 54 a 58.

O direito ao nome é o princípio de toda a conquista judicial. Complementar o registro, informando o nome do pai e o dos avós paternos é o primeiro e marcante passo dessa nova etapa de vida e porque não dizer “nova vida”, porque muitos investigadores sentem-se infelizes e sem vontade de viver quando desconhecem a sua história e os seus vínculos biológicos e afetivos de parentesco.

Ao tratar do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, em suas diversas formas, a Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992, estabelece regras sobre o registro de nascimento nos arts. 5º e 6º, ou seja, estabelece a forma de se fazer o registro do nome do filho reconhecido, por ocasião da averiguação oficiosa, analogicamente estendidos aos casos de investigação de paternidade.

Está expresso no art. 5º, que o filho possui, por ocasião do seu reconhecimento, o direito de obter o nome do pai no registro de nascimento, sem qualquer referência à natureza da filiação, a sua ordem em relação a outros irmãos, exceto no caso de gêmeos e quanto ao lugar, cartório do casamento dos pais e estado civil.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*, p. 172

Também se preserva o direito ao nome e a origem do filho, no art. 6º, que determina que nas certidões de nascimento não constem indícios de que a concepção tenha sido decorrente de relação extraconjugal.

Verificamos então, que a própria Lei de averiguação oficiosa já reconhece como um dos efeitos do reconhecimento o direito ao nome, que inclui o nome do pai e dos avós paternos no registro de nascimento, considerando um direito essencial do filho, no ato do reconhecimento. Não fosse assim, não o deixaria tão claramente expresso na referida Lei.

Por ser direito de personalidade e imprescritível, o filho pode a qualquer momento, após o reconhecimento, acrescentar o nome de família do pai, de acordo com o princípio da isonomia entre os filhos havidos ou não de casamento, conforme estabelece o art. 227, § 6º da Constituição Federal.¹¹

O novo Código Civil inova no art. 16, dispondo que “toda pessoa tem direito ao nome, nela compreendidos o prenome e o patronímico” .

Tendo em vista esta disposição, em vigor, impossível desconhecer a nova ordem jurídica que, possibilitando a pessoa o direito ao seu nome e ao seu patronímico, torna viável e até legal, mesmo que implicitamente, a realização do exame de DNA, sempre, em qualquer hipótese, mesmo que o suposto pai se negue ao exame, eis que somente dessa forma será possível comprovando a paternidade, ver reconhecidos os laços de parentesco e via de consequência, o direito ao nome do pai e demais parentes.

Nos referimos usualmente ao “nome”, para designarmos o nome completo de uma pessoa, isto é, o seu prenome somado ao seu sobrenome, também chamado de apelido ou patronímico, que é derivado do nome da sua família. O prenome, como o próprio termo refere é o primeiro nome da pessoa, individualizado, podendo ser simples ou composto, anterior ao nome da família e que é de livre escolha dos pais. Já o sobrenome, é necessariamente o nome de família dos pais, que também poderá ser simples ou composto. A Lei dos Registros Públicos exige o registro do prenome e do sobrenome, no art. 54, n º 4. Na realidade, o que vai ser acrescido ou modificado, por ocasião da investigação oficiosa de paternidade voluntariamente ou judicialmente é apenas o sobrenome do pai.

O nome é a mais importante forma de identificação pessoal. É o meio através do qual a pessoa é conhecida na meio em que vive, de maneira individualizada, personalíssima, diferenciadora das pessoas. Compõe a integridade moral da pessoa, constituindo um direito subjetivo.

Tão importante o direito ao nome, que pode ocorrer dano moral, quando se atinge a integridade moral do indivíduo, que integra a sua honra, seu nome, sua reputação, sua intimidade, sua liberdade, etc.

Vigora no direito brasileiro a regra da imutabilidade do prenome, com as exceções permitidas no art. 55, parágrafo único da Lei 6.015/73, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto ao instituto da adoção plena..

Assim, o nome é a individualização do estado de uma pessoa, decorre necessariamente do estado de filho, ambos não podem ser vistos separadamente. É o principal fator de identificação de uma pessoa.

Divergem os autores quanto à natureza jurídica do nome. Clóvis Beviláqua, baseado em Jhering e Savigny, considerou o nome como uma simples designação da personalidade, sem caráter de bem jurídico.¹² Caio Mário da Silva Pereira, agrega ao nome civil, o interesse de ordem pública, representado pelo estado, entendendo que “existe um direito ao nome civil, direito de natureza pessoal e não-patrimonial, participando com o Estado, de que é uma forma de expressão, do caráter integrativo da personalidade, ao mesmo tempo que envolve um interesse social.”¹³ Acredita que antes de ser um direito, o nome é um dever, que se constitui através do registro civil, formalidade que é pública.

Assim, o filho poderá inscrever no registro de nascimento, o nome de família do pai e da mãe, ou apenas o nome paterno, se nascido do casamento e, se reconhecido, acrescentar o nome daquele que o reconheceu, através de averbação no registro civil.

¹¹ Conforme J.M. Lopes de Oliveira, *A nova Lei de investigação de paternidade*, p. 231-232; Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 191 e, Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito de família*, p. 313..

¹² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. Comentário ao art. 9º do Código Civil.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 175.

Seção 3

Vínculo de parentesco

O vínculo de parentesco definido é muito importante na vida da pessoa, não só pelos efeitos pessoais que acarreta, bem como pelos efeitos patrimoniais decorrentes.

A origem da pessoa vai além do conhecimento da paternidade, alcançando toda ordem de parentesco¹⁴ consanguíneo. No momento em que fica definida a paternidade é possível verificar toda a ordem do parentesco, tendo conhecimento dos parentes, seja na linha reta, 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.

Também, com o conhecimento dos laços de sangue, além do vínculo afetivo que pode ser formado com a família de origem, o filho antes não reconhecido passa a ter direito à alimentos, em caso de necessidade, não só do pai, bem como dos parentes consanguíneos, até o 2º grau, na linha colateral. Igualmente, terá direitos sucessórios, em relação aos parentes, conforme a ordem de sucessão hereditária estabelecida no Código Civil, no art. 1.829.

Ainda, muito importante o conhecimento do parentesco, para evitar o casamento, em caso de relação incestuosa desconhecida, como no caso do filho não reconhecido casar-se com irmã unilateral, já que filhos do mesmo pai, possibilitando o incesto e possíveis problemas genéticos nos descendentes.

Salientamos, ainda, outra situação, que demonstra a importância do conhecimento da origem e do vínculo de parentesco, quando a ligação genética pode ser além do vínculo parental, um vínculo vital, onde os parentes desenvolvem doenças hereditárias, em que tendo o conhecimento é possível prevenir tais doenças, ou na hipótese contrária, possibilitar a cura ou garantir a vida entre os parentes. Como é o caso de doenças cardiovasculares, diabetes, renais, entre outras, em que normalmente são os parentes as pessoas mais indicadas para transplantes de órgãos entre si, com mínima possibilidade de rejeição.

¹⁴ Pontes de Miranda, na obra citada, p. 133, afirma: "o reconhecimento prova o parentesco natural em todas as suas conseqüências: impedimentos matrimoniais; alimentos; pátrio poder; múnus público, em que os parentes preferem aos estranhos etc."

Assim, é inquestionável e até imprescindível em determinados casos, a necessidade e o direito que possui o filho de conhecer sua origem e consequentemente seus laços de parentesco, em toda sua extensão.

Contudo, o reconhecimento da paternidade gera uma ligação biológica ou genética entre os parentes, traduzida nos laços de sangue, porém não necessariamente expressa uma ligação afetiva entre os parentes ou 'um vínculo de parentesco afetivo', já que segundo Luiz Edson Fachin¹⁵, a relação entre pai e filho é um liame que se constrói, "não é apenas um dado", pois "a paternidade se faz".

Ao manifestar-se sobre a matéria, Guilherme de Oliveira explica que os principais sistemas jurídicos foram reformados, nos anos 80, mas todas as reformas se orientaram para o respeito pela verdade biológica da filiação e, segundo ele, o biologismo deveria perdurar porquê:

"1. O desenvolvimento dos meios de prova pericial vai atribuir-lhe uma confortável viabilidade prática. 2. A concorrência de valores sociologistas não chegará para o desmentir. 3. A nova tecnologia da reprodução, aparentemente favorável à predominância do critério *biologista* na determinação do parentesco, acabará por suscitar dilemas que a singela e actual opção *biologista* não poderá resolver."¹⁶

A busca pela verdadeira paternidade passa pela evolução da família. No contexto jurídico e social do século XIX, a família era o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consagüinidade, na definição de Clovis Beviláqua¹⁷. Mas o conceito de família evolui progressivamente, já que os fatos sociais modificaram o direito, possibilitando decisões inovadoras na jurisprudência e a partir da consagração dos princípios da igualdade entre os filhos e da igualdade entre o homem e a mulher, na Constituição Federal de 1988. Assim, a Constituição Federal dá nova feição jurídica a família, que além de ser a constituída pelo casamento, onde as pessoas estão ligadas por laços de sangue, admite as entidades familiares formadas por quaisquer dos pais com seus descendentes, por união estável e por adoção. Com isto, obtivemos a valorização do afeto nas relações familiares e não apenas o reconhecimento do vínculo de sangue.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, p. 21.

¹⁶ OLIVEIRA, Guilherme. *Estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas*. In: *Temas de direito de família*, p. 99-100.

¹⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de família*, p. 16.

Então, constatamos, que a busca da paternidade vai além da verdade biológica e atinge a verdade socioafetiva, através da posse do estado de filho, inserida nas reformas européias, especialmente na francesa, em 1972.¹⁸ No Código Civil brasileiro, encontra lugar no art. 1.593, onde apresenta nova forma de família, já que insere na legislação novo vínculo de parentesco, aquele decorrente de outra origem, além da consangüínea e da tida por adoção, ou seja, o parentesco afetivo, que pode configurar-se na posse do estado de filho, surgindo assim, juridicamente, no Direito brasileiro, a “família socioafetiva”.

Rosana Fachin entende que a posse do estado de filho foi desconhecida pelo legislador no novo Código Civil, “ que perdeu excelente oportunidade de introduzir a temática da filiação socioafetiva, por meio da posse de estado. Não o fez e aí nada se alterou, também.”¹⁹

A posse do estado de filho, que se funda na *nominatio* (apelido de família), na *tratactus* (tratamento de filho e pai) e na *reputatio* (aparência na sociedade de que o relacionamento é entre pai e filho), não foi expressamente prevista no novo Código Civil, como elemento constitutivo da filiação, apenas como indício, que aparece no campo das provas da filiação, quando há falta ou defeito do termo de nascimento, em caráter subsidiário, “ quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”, no art. 1.605, inciso II.

Porém, firmamos entendimento de que o novo Código Civil ao permitir que o parentesco seja decorrente de “outra origem”, além do sangüíneo e do tido por adoção, no art. 1.593, admite a posse do estado de filho, como um elemento característico da filiação afetiva.

Neste sentido a definição de Julie Cristine Delinski : “ A ‘posse de estado’ é o exercício de fato representado pela aparência de um estado, donde se presume sua existência, de tal forma que ela permite provar a filiação de afeto.”²⁰ E, ainda, para Jacqueline Filgueras Nogueira, “ a ‘posse do estado de filho’, constitui a base sociológica da filiação, é esta noção fundada nos laços de afeto, o sentido verdadeiro de paternidade.”²¹

¹⁸ Conforme relata Luiz Edson Fachin. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, p. 41-47.

¹⁹ FACHIN, Rosana. *Obra citada*, p. 126.

²⁰ DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*, p. 55.

Seção 4

Direito de convivência

A convivência é um direito constitucional da criança e do adolescente, previsto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, além de estar disciplinado no art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Devido a sua importância, constitui-se não só em direito, mas em garantia.

Por ser amplo, engloba o direito de visitas, que é uma forma de convivência, mesmo que não seja diária, mas é permanente com o filho, efetivada através de quaisquer contatos.

Decorre do poder-dever, porém tem lugar de destaque, devido a importância desse direito, assegurado expressamente no art. 227, *caput*, da Constituição Federal.

O direito-dever de convivência podemos entendê-lo assim, diante da constatação que é direito e dever dos pais conviverem com seu filho, em nosso entendimento mais dever. A expressão convivência significa, no dicionário “ação ou efeito de conviver; convívio, trato diário.”²²

Portanto, conviver é viver junto de alguém, estar perto, dividir os momentos com o outro. Deve ser uma convivência contínua e permanente, nunca temporária. A convivência exige participação do outro. Pode ser voluntária ou involuntária e obrigatória, quando mesmo uma das partes não desejando a convivência, pode ser obrigada por decisão judicial, embasada na norma constitucional do art. 227, *caput*.

O direito de convivência está intimamente relacionado à *paternidade responsável*. Somente será cumprido o princípio da paternidade responsável quando for cumprida a norma constitucional do art. 227, *caput*, e a infraconstitucional do art. 4º, do Estatuto da Criança do Adolescente. Assim, somente se o pai conviver com seu filho estará efetivamente sendo um pai responsável. Por isso, o reconhecimento é obrigatório para o pai, que não pode descumprir norma e princípio constitucionais e infraconstitucionais, de convivência com o filho.

²¹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*, p. 113.

Seção 5

Direito de visitas

O direito de visitas é outro importante direito pessoal de ambas as partes, do pai e do filho reconhecido. É um meio de vivenciar o parentesco reconhecido. Atualmente, é muito mais um dever dos pais e um direito do filho menor, já que o art. 227, caput, da Constituição Federal, previu entre outros direitos da criança e do adolescente, o “direito de convivência familiar”, atribuindo-lhe significado de “dever”, da família, do Estado e da sociedade. Neste dever de convivência cremos, está inserido o direito de o filho não só visitar, mas conviver com seus pais, bem como com seus parentes consanguíneos, como avós, irmãos, tios, etc. Tal dispositivo é repetido pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na hipótese de não reconhecimento do filho, é evidente, não será possível que se cumpra esse dever. Por isso, é direito do filho ver reconhecida sua paternidade, senão vejamos: como poderá exercer seu direito de ser visitado pelo pai, de conviver com ele e seus parentes, se não lhe for permitido em primeiro lugar, provar que é seu filho?

A visita implica na convivência. O termo “visita”, segundo De Plácido e Silva, significa “ De visitar, do latim *visitare*, de *videre* (ver, examinar)...”.²³ No Dicionário Aurélio encontramos a seguinte explicação “Ato de ir ver alguém por cortesia, dever ou afeição.”²⁴ E, para Paulo Dourado Gusmão, significa :

“Direito de conviver ou avistar-se com o menor, com o qual o titular tem laços de parentesco próximo, em dia, horário ou período, estabelecidos por decisão judicial, ou por acordo, com a presença do responsável pelo mesmo. Assim, é o direito que tem o pai, que não tiver a guarda do filho menor, os avós (...) e, em certos casos os tios (...) reconhecido por sentença ou por acordo homologado por sentença...”²⁵.

Esta definição nos parece a mais completa.

Já tivemos oportunidade de nos posicionarmos sobre o tema, entendendo que

²² LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft*, p. 197.

²³ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, p. 501.

²⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*, p. 676

²⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de direito de família: verbetes com jurisprudência*, p. 440.

“O direito de visitas, assim chamado e até hoje conhecido, teve inicialmente tal conotação, já que abrangia estritamente o direito a visitar o filho, no sentido de ver com brevidade, estar junto por pouco tempo determinado, normalmente na casa do filho. Mesmo com tal nomenclatura, o seu significado avançou com o passar dos tempos, devido as peculiaridades dos casos analisados pelos Tribunais e pelos entendimentos dos doutrinadores, sendo que ampliou-se o seu significado, atingindo tal direito : o relacionamento, a correspondência, a comunicação via telefone ou *internet*, a estadia, a convivência, a fiscalização, o contato mais prolongado, em que o filho pode passar não só algumas horas com o visitante, mas dias determinados, suas férias, inclusive podendo viajar, enfim, todas as formas de contato pessoais ou não, possíveis para a consecução dessa finalidade.”²⁶

Da mesma forma o art. 229, 1ª parte, da Constituição Federal, estabelece que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores...”, bem como o próprio Código Civil Brasileiro nos artigos 1.566, inciso IV e 1.634, incisos I e II, apontam os deveres dos pais em relação aos filhos, como : sustento, guarda, educação, criação e companhia. Daí extraímos o dever dos pais visitarem seus filhos já que um pai só pode conviver com o filho se praticar todas essas atribuições, especialmente “a companhia”. O pai só pode estar em companhia do filho se estiver junto dele, seja via telefone, correspondência, *internet* ou outro meio de contato que não seja o físico.

Não podemos, portanto, questionar esse dever dos pais, em relação aos seus filhos, porque somente dessa forma se estará exercendo completamente o exercício da paternidade, conjugando o dever de companhia e a convivência ao afeto, a educação e a orientação paternos.

O direito de visitas do filho origina-se da comprovação do parentesco. É um direito do filho, independendo 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 em que deve haver o reconhecimento da paternidade.

O novo Código civil, repete a disposição do art. 15 da Lei nº 6.515, quanto ao direito de visitas, estabelecendo que:

²⁶ CAROSSO, Eliane Goulart Martins. *O direito do filho à visita dos pais*, p. 53. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2000.

“Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

A questão da visita é muito delicada, na situação que envolve separação, divórcio ou dissolução de união estável, mas nada se compara aos problemas que gera em uma investigação de paternidade, eis que o pai, neste caso, inúmeras vezes recusa-se a cumprir o seu dever de visitas, o que inviabiliza o direito do filho.

Além do mais, o filho também tem direito de visitar e ser visitado pelos seus pais, bem como por seus avós, conforme determina a jurisprudência atual.

Nesta ótica não é possível ao pai renunciar ao direito de visitas, porque o pai tem o “dever” de visitas e o filho tem o “direito” de ser visitado.²⁷ Por isso não se pode renunciar a um dever, apenas a um direito e, neste caso a Constituição Federal, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, dão absoluta prioridade ao menor, portanto somente ele pode renunciar a tal direito. Sendo assim, mesmo que o pai manifeste judicialmente a sua renúncia ao direito de visitar o filho reconhecido via judicial, demonstrando total desinteresse e desamor pelo filho, não deixa o filho de possuir tal direito.

Seção 6

Poder-dever dos pais

Este instituto antes do advento da Constituição Federal de 1988, era chamado de “pátrio poder”, expressão usada pelo Código Civil de 1916, no art. 384 e seguintes. A partir de então, deixou de ser tratado com um poder “pátrio”, expressão deri-

²⁷ A propósito ver mais a respeito, neste sentido : CAROSSI, Eliane Goulart Martins. Obra citada.; MORAES, Walter. O direito de ser visitado. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 15, p. 345-343, agosto/92; GIORDANO, João Baptista Arruda. Será exequível o direito de visita? *Revista da AJURIS*, nº 68, nov/96, p. 184-190; ETCHEVERRY, Carlos Alberto. Direito à indenização do detentor da guarda dos filhos pelo não-exercício do direito de visita. *Revista da AJURIS*, nº83, set/2001, p. 83-93. Em sentido contrário: LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito (não sagrado) de visita. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves(Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina*

vada do latim 'patrius' e que segundo entendimento de De Plácido e Silva, " em linguagem jurídica designa propriamente tudo o que se refere ao pai, é concernente ao pai ou procede do pai".²⁸

Foi modificado pelo princípio de isonomia constitucional, previsto no art. 226, § 5º e pelo art. 5º, inciso I, da Constituição Federal. Deixou de ser um poder exclusivo do pai²⁹ e passou a ter outras designações como : autoridade parental, poder parental , poder familiar e poder-dever parental. Esta última expressão foi acolhida por Luiz Edson Fachin, quando afirma : " falar-se-ia, um pouco melhor, em poderes e deveres parentais, expressão neutra não discriminatória."³⁰

Alguns autores , entre os quais : Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues e Marco Aurélio Viana consideram como um "conjunto de direitos e obrigações", enquanto outros, como é o caso de Maria Helena Diniz e R. Limongi França, definem o instituto da mesma forma, só que utilizando a expressão "complexo de direitos e obrigações".³¹

O entendimento mais correto, segundo nosso ponto de vista, é aquele que considera que o poder parental é direito - dever dos pais. Muito mais um dever, já que o art. 1.634 do Código Civil, elenca mais deveres do que direitos em relação ao filho. Este artigo relaciona poderes e deveres de ambos, mas em maior número dos pais.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, o poder-dever está disposto no art. 21, que utiliza ainda a expressão "pátrio poder", deixando claro que o poder-dever parental será exercido em igualdade, pelo pai e pela mãe.

sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: RT, v. 3, 1996, p. 66-93.

²⁸ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, v.2, p. 332.

²⁹ " A instituição do pátrio poder sofreu evolução conceitual a mais profunda, alteração fundamental a mais completa, relativamente à fonte romana primitiva, tão completa e profunda, que somente a título de ilustração pelo contraste se remonta hoje em dia a organização e o mecanismo do *patria potestas*. Os poucos vestígios que há, ainda, da primitiva instituição, vestígios menos intrínsecos que formais, passaram a outro plano ideológico, por estarem na atualidade informados por princípios muito diferentes dos que vigoravam nas cidades antigas." In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*, p. 197.

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai: (estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*, p. 593.

³¹ Ver: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, vol.2, p. 287-288. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*, v. VI, p. 360. VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, v. 2, p. 190. FRANÇA, R. Limongi. *Manual de Direito Civil*, v. II, p. 250. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, v. 5, p. 372.

O novo Código Civil define como “poder familiar”, entendendo como sendo um dever dos pais em relação aos filhos menores, no art. 1.634, incisos I a VII.

Entendemos mais conveniente o termo poder-dever dos pais, já que poder parental, não significa apenas direitos dos pais para com os filhos, mas muito mais deveres, perdendo o sentido anterior à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que continha a autoridade do pai, agregando hoje, sentido mais equânime e por isso mais justo, devendo ser exercido sempre visando o bem-estar do filho menor. A expressão utilizada modernamente pelo legislador, no novo Código Civil é “poder familiar”, porém acreditamos que este termo é mais amplo e abrange além dos pais o poder de todos que integram uma família, sendo mais correto que se utilize o termo “poder-dever dos pais”.

Esse poder-dever, se não for bem exercido, poderá sofrer extinção, cessação ou suspensão, por decisão judicial, segundo os artigos 1.635, 1.637 e 1.638., do Código Civil.

No que diz respeito ao exercício do poder-dever, pelo pai que reconhece o filho havido fora do casamento, é decorrência da comprovação da filiação, do princípio de igualdade entre os filhos e da igualdade dos pais, em relação aos poderes e deveres paternos. Quanto aos bens do filho reconhecido, o pai terá a sua administração e o seu usufruto, conforme art. 1.689 a 1.693 do Código Civil.

No novo Código Civil, ³²o poder familiar, quanto ao não reconhecimento pelo pai, estabelece no art. 1.633, o seguinte:

³² Anteriormente ao Código Civil de 1916, os filhos extramatrimoniais não eram submetidos ao pátrio poder do pai, pois o Decreto nº 181, de 24.01.1890, apenas permitia à mãe natural exercer o pátrio poder sobre o filho. Com o Código Civil de 1916, houve previsão expressa, no art 379: “ Os filhos legítimos ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder enquanto menores..O art. 360, do Código Civil de 1916, estabeleceu:: o filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o do pai.Este artigo foi modificado pelo art. 16, do Decreto-Lei nº 3.200, de 19.04.1941, que determinava: “ O pátrio poder será exercido por quem primeiro reconheceu o filho, salvo destituição nos casos previstos em lei”. Em 1943, através do Decreto-Lei nº 5.213, de 21 de janeiro, este dispositivo foi modificado, prevalecendo o disposto no art. 360, com a seguinte complementação : “ salvo se o juiz decidir doutro modo no interesse do menor”. A Lei nº 883, de 21.10.1949, dispõe no mesmo sentido. Saliente-se que o art. 359, do Código Civil de 1916, dispunha que o filho reconhecido não poderá residir no lar com a esposa do pai, se esta não consentir: “ ... o reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.” A solução para tal impasse foi pre-

“Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob o poder familiar exclusivo da mãe, se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor”.

Assim, o filho reconhecido tem direito de ser criado, sustentado e educado pelo seu pai, independentemente do vínculo pessoal entre o seu pai e a sua mãe, tem o direito de conviver com seus pais, tem o direito de visitar e ser visitado por um deles, se residirem em locais diferentes, tem o direito de ser representado e assistido por eles, tem o direito de ter seus bens administrados por eles. O filho tem todos esses direitos, que são deveres correlatos dos pais, em qualquer situação. Somente os pais possuem tais deveres, mais ninguém, por isso é um direito personalíssimo, intransmissível e irrenunciável. Os pais não podem renunciar a tais poderes, porque, inclusive constituem muito mais “deveres”, por isso irrenunciáveis.

O direito de usufruir o poder parental e de cumprir com os deveres a ele inerentes, somente serão extintos, suspensos ou cessados nos casos em que a lei permitir, na conformidade dos arts. 1.635, 1.637 e 1.638, do Código Civil atual, cujo processo de perda e suspensão está estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não é necessário, portanto, que haja qualquer ligação afetiva entre as partes para existir esta obrigação, mas apenas a ligação biológica ou jurídica entre as partes. Melhor para todos, se ela existir.

Seção 7

Guarda simples

A palavra “guarda”, segundo De Plácido e Silva, é empregada “*em sentido genérico para exprimir ‘proteção’, ‘observação’, ‘vigilância’, ou ‘administração’.*”

“Guarda. Em sentido especial do Direito Civil e do Direito Comercial; guarda quer exprimir a obrigação imposta a certas pessoas de ter em

vista no art. 15, do Decreto-Lei nº 3.200/41, que impôs à mãe ou ao pai que reconheceu o filho, prestar toda a assistência, fora do lar, igual a que presta ao filho legítimo, se houvesse.

vigilância e zelo, protegendo-as, certas pessoas que se encontram sob sua chefia e direção”.³³

Para Pontes de Miranda³⁴, guardar “ é sustentar é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos, guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar.”

A guarda é decorrente do poder-dever parental, conforme disposição do art. 1.634 do Código Civil, e implica não só em direitos, mas muito mais em deveres, em relação aos filhos, constituindo por isso direito-dever, para maioria dos doutrinadores.³⁵

A guarda do filho ilegítimo era disposta no art. 360 do Código Civil de 1916, que determinava que o filho reconhecido, enquanto menor, ficava sob o poder do progenitor que o reconheceu e se ambos o reconheceram, sob o poder do pai. Essa situação, por proteger somente o pai, foi modificada pelo art. 16 do Decreto-lei nº 3.200/41, que alterou o art. 360 do Código Civil, na sua parte final, acrescentando : “salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor”.

A regra vigente, em matéria de guarda, é que ambos os pais, durante o casamento ou a união estável, tenham a obrigação, em relação aos filhos de guardar o filho consigo, cuidando, zelando e educando o mesmo, conforme arts. 1.566, inciso IV ; 1.634, inciso II ; 1.724 do Código Civil e de acordo com o art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.278/96, que tratam dos direitos e deveres dos cônjuges e dos conviventes.³⁶

³³ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, v. II, p. 365.

³⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: parte especial, p. 96-101.

³⁵ Ver: GOMES, Orlando. *Direito de Família*, p. 395. GRISARD Filho, Waldir. *Guarda Compartilhada*. In: WAMBIER, Tereza A. A. ; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). *Repertório de doutrina sobre Direito de Família*, v. 4, p. 429. OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de . *Guarda, Tutela e Adoção*, p. 53. STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, p. 31.

³⁶ Código Civil :

“ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

IV – sustento, guarda e educação dos filhos.”

“ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

Lei nº 9.278/96:

“ Art. 2º. São direitos e deveres iguais dos conviventes:

[...]

A guarda é dita simples, quando apenas um dos pais tem o direito de guarda sobre o filho e não ambos, quando os pais não convivem mais juntos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê no art. 33, que “ a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.”

Saliente-se que a guarda é atributo do poder parental, mas não se confunde com ele. O juiz pode conferir a um dos pais o poder parental, mas não lhe atribuir a guarda do filho.

Com a alteração trazida pela Constituição Federal nos arts. 5º, inciso I e 226, § 5º, igualando homens e mulheres, o poder parental é direito-dever de ambos os pais, mas a guarda deverá ser deferida aquele que tiver melhores condições de criar, educar, proteger e desenvolver o filho física e psicologicamente.

No caso em que os pais não sejam casados e nem o filho seja reconhecido por um deles, ou seja, no caso de o filho ser reconhecido por apenas um dos pais, a regra que era estabelecida pelo Código Civil, no art. 360, é que somente teria direito de guarda o pai ou mãe que reconhecesse o filho. Este artigo foi alterado pelo art. 5º, inciso I e 226, § 5º, da Constituição Federal, que tratam da igualdade constitucional.

Mas, segundo a Lei nº 6.515/77, que dispõe sobre a dissolução da sociedade conjugal, o juiz poderá “ a bem dos filhos”, conforme art. 13, estabelecer outro critério, que seja mais conveniente e do interesse do filho menor, nestas questões.

O novo Código Civil, dispõe no art. 1.612, no mesmo sentido, ou seja, que se ambos reconheceram o filho e se não houver acordo, o filho ficará com aquele que melhor atender aos seus interesses. Com isto, a regra maior a ser observada, quanto ao direito de guarda é o interesse do filho menor. Este pode escolher com quem deseja ficar.

Assim, somente terá o direito de guarda e estará cumprindo com o seu dever de guarda, o pai que “reconhecer” o filho menor. Por isso não podemos entender como uma faculdade do pai o reconhecimento do filho, mas como uma obrigação. É dever dos pais cuidar, zelar e educar os filhos menores, além de sustentá-los, pois a guarda é no mínimo um direito-dever dos pais, sendo muito mais um “direito do filho

menor” e um “dever dos pais” o seu cumprimento. O filho menor tem “*direito de convivência*”, previsto constitucionalmente. Somente se for observada esta norma constitucional é que se estará cumprindo com o dever de guarda dos pais e via de consequência somente haverá a convivência se o pai, em primeiro lugar, reconhecer o filho.

Seção 8

Guarda compartilhada

Também, recentemente diversos doutrinadores defendem a implantação no Direito de Família da guarda compartilhada, entendendo ser a solução para as desavenças entre os pais, além de igualar os direitos de ambos e também os deveres, já que não sobrecarrega apenas um dos pais com as obrigações para com o filho. Neste caso, a responsabilidade pelas decisões sobre a vida do filho é dividida entre ambos.

A guarda compartilhada, também chamada por alguns doutrinadores de guarda conjunta³⁷, assim como a guarda simples, tratada acima, ocorre nos casos de separação de fato ou de direito, no divórcio, casos de dissolução da sociedade conjugal e de união estável – Com quem ficam os filhos menores de forma a não prejudicá-los ?

Como demonstra Guilherme G. Strenger : “ A importância da guarda conjunta reside no fato de se permitir ao menor o desfrute de uma convivência subordinada mais consentânea com a situação anterior de normalidade conjugal”.³⁸

O direito brasileiro não prevê regras a respeito; a doutrina e a jurisprudência estão procurando suprir esta omissão.

A guarda compartilhada é de possível aplicação no direito brasileiro, segundo Waldir Grisard Filho e deve ser compreendida como a “ forma de custódia em que a criança tem uma residência principal (na casa do pai ou na casa da mãe) única e não alterada -, próxima ao seu colégio, aos vizinhos, amigos, clube, pracinha, que

³⁷ Vide LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.*, p. 261 e ss. e, STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, p. 70 – 71.

³⁸ STRENGER. Guilherme Gonçalves. *Obra citada*, p. 70.

define ambos os genitores, do ponto de vista legal, como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos.³⁹ Fixada a residência única, o progenitor que não detiver a guarda terá o dever de visitar o filho.

Sérgio Gischkow Pereira escreve que a guarda conjunta “ é a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre o menor pessoas residentes em locais separados.”⁴⁰

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 nos maus momentos, nas dificuldades e nas alegrias, na saúde e na doença, quer seja em serem responsáveis pela criação, 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.

Os doutrinadores dividem-se a respeito da guarda compartilhada. São defensores da mesma: Eduardo de Oliveira Leite, Guilherme Gonçalves Strenger, Sérgio Gischkow Pereira e Waldir Grisard Filho, entre outros.⁴¹ E, são contra : Segismundo Gontijo e Inácio de Carvalho Neto, entre outros.⁴²

³⁹ GRISARD FILHO, Waldir . Guarda compartilhada. In: WAMBIER, Tereza A. A .; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina e jurisprudência*, v.4, p. 443.

⁴⁰ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *A guarda conjunta de menores no Direito Brasileiro*. *Ajuris* XIII(36), março 1986, p. 54.

⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais...*, p. 261e seguintes. Mas pondera ao final (p. 289) “ É melhor que a criança conviva com um só genitor, mas equilibrado e capaz de bem lhe conduzir, do que com dois, sendo um gerador de constante conflito, comprometedor do interesse maior da criança”. STRENGER, Guilherme Gonçalves. Obra citada, p.70, quando afirma que vê “ inequívocas vantagens ” da guarda conjunta. PEREIRA, Sérgio Gischkow.,quando se manifesta defendendo a guarda conjunta no direito brasileiro: “ A guarda conjunta de menores no direito brasileiro”. In : *Revista da AJURIS*, ano XIII, 1986, março, p. 53-64. GRISARD FILHO, Waldir . Guarda compartilhada. In : WAMBIER, Tereza A . A .; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Repertório de Doutrina sobre direito de família*, v. 4, p. 414 – 448.

⁴² GONTIJO, Segismundo . Guarda de filho – um instituto materno sepultado pela moderna ciência do comportamento. In : ADV-COAD, *Informativo Semanal*, 44/97. Waldir Grisard FILHO, na obra citada (nota de rodapé), p. 428, comenta: “ Segismundo Gontijo manifesta-se contrário ao estabelecimento da guarda compartilhada, entendendo-a prejudicial aos filhos, os quais transforma em iô-iôs, ora com a mãe apenas uma semana, e com o pai noutra, ora com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais”. CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: Teoria e prática*, p. 341: “ Entre estes motivos graves, tem-se alinhado a chamada ‘custódia conjunta’, em que os cônjuges pretendem que os filhos fiquem sob a guarda de ambos, num sistema de revezamento, o

O psicanalista Sérgio Eduardo Nick, membro da Sociedade Brasileira de Psicanálise, também defende a guarda compartilhada, salientando a sua importância ao se manifestar dizendo: “ postulo que a guarda compartilhada, na medida em que deixa os pais em posições mais equivalentes, favorece esse entendimento; o que repercute favoravelmente no desenvolvimento dos filhos”.⁴³ E, igualmente, Tânia da Silva Pereira, quando diz que a guarda compartilhada é :

“solução de consenso entre cônjuges separados que dividem igualmente, a convivência, a educação e a responsabilidade pelos filhos. A ambos é atribuída a custódia judicial; aquele que detém a guarda física por um determinado período do ano, sujeita-se a menores encargos financeiros, o que se inverte no período seguinte, alternando-se, também os períodos de visitas. Essa igualdade no exercício de funções parentais incentiva a participação permanente na vida dos filhos “. ⁴⁴

Mesmo os autores que a defendem⁴⁵ , demonstram que ela apresenta vantagens e desvantagens. Entre as principais vantagens podemos citar as seguintes: proporciona maior contato entre pais e filhos, após a separação ou divórcio; o não-guardião fiscaliza e cuida mais do filho, não sobrecarregando o guardião, igualando os seus direitos e deveres e deixando espaço para cada qual viver a sua nova vida. Entre as desvantagens citam-se os casos de conflito entre os pais, o que não tornaria possível a utilização da guarda conjunta, pois haveria maior exploração da mulher e menor pensão ao filho, também por que, em famílias pobres, seria de difícil aplicação (pela falta de condições econômicas de locomoção, de ter local fixo para moradia, etc.), o que poderia proporcionar instabilidade emocional e insegurança no filho.

Devido as razões favoráveis à guarda conjunta, considera-se a guarda simples prejudicial, segundo alguns doutrinadores como Waldir Grisard Filho, que escreve:

“... a guarda exclusiva, uniparental, utilizada automática, invariável e tradicionalmente, é, hoje, preconceituosa, na medida em que desatende as necessidades do menor, que não dispensa a presença do

que, normalmente, não se admite, embora já tenha o Tribunal de Justiça do Paraná aceitado. Este sistema, em regra, é extremamente prejudicial aos filhos”.

⁴³ NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada : um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados e divorciados. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. BARRETO, Vicente(Org.), p.155.

⁴⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*; uma proposta interdisciplinar, p. 239.

⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais...*,p. 279 – 289. GRISARD FILHO, Waldir. Obra citada, p. 444 – 445. NICK, Sérgio Eduardo. Obra citada, p. 137.

pai e da mãe permanente, conjunta e ininterruptamente, em sua plena formação para a vida. O modelo de guarda exclusiva cedeu lugar a outros modos de exercício pleno da autoridade parental”.⁴⁶

Da mesma forma que a guarda simples, a guarda alternada⁴⁷ é descartada por grande parte da doutrina e pela jurisprudência, que entendem que o filho não pode ficar de um lado para o outro, passando uma temporada com o pai em um ambiente ou vários, e outra com a mãe, em outro local ou locais, sendo que aquele que não detém a guarda do filho, naquele período terá o direito de visitação. A guarda alternada é considerada prejudicial à formação moral e ao desenvolvimento de valores no menor. A psicanalista Françoise Dolto também desaconselha esta modalidade de guarda por entender que:

“Quando pequena a criança não consegue suportar a guarda alternada sem ficar solta em sua estrutura, até eventualmente dissociar-se, conforme a sensibilidade de cada um.

“ A reação mais comum é o desenvolvimento da passividade no caráter da criança. Ela perde o gosto pela iniciativa, tanto do ponto de vista escolar quanto do ponto de vista das brincadeiras, e entra em estados de devaneio que não levam à criatividade – (...) Até os doze ou treze anos, portanto, a guarda alternada é muito prejudicial para as crianças.”⁴⁸

No sentido de que referida guarda alternada é prejudicial ao filho, citamos a seguinte jurisprudência:

“GUARDA DE FILHO – Sistema de revezamento mensal entre os genitores, estabelecido em cláusula de separação consensual. Inconvenientes que oferece a uma criança com seis anos de idade. Alteração determinada pelo Juiz, de modo que a mãe exerça a guarda. Faculdade resguardada ao julgador pelo art. 13 da Lei 6.515/77. (

⁴⁶ GRISARD FILHO, Waldir. *Obra citada*, p. 438.

⁴⁷ STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Obra citada*, p. 87-88, entende que: “ embora não seja usual na prática brasileira, nada impede que se admita a hipótese da guarda alternada, com o escopo de assegurar uma estrita igualdade entre os pais, na conduta dos filhos. Cada um dos cônjuges terá alternativamente, segundo um ritmo definido por eles e adotado pelo juiz, a guarda da criação, e por essa via os diferentes atributos aí vinculados, como educação, administração legal e posse legal

“ Enquanto um detenha a guarda, o outro se beneficiará do direito de visita, de coabitação e de fiscalização. No fim de cada período, os papéis são invertidos. (...) Essa questão, apesar de ser polêmica, não deixa de ser, de acordo com as circunstâncias, uma solução conveniente, porque permite preservar os direitos de cada um dos pais e o direito dos filhos de ter relações idênticas com ambos. (...) Juridicamente nada parece opor-se ao exercício alternado da guarda em caso de divórcio ou separação”.

⁴⁸ DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*, p. 74.

TJRS – 6ª Câm. Cív.- Ap. Cív. 585027741 – Rel. Des. Luiz Fernando Kock – RJTJRS 113/428).⁴⁹

A diferença entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, segundo Waldyr Grisard Filho, reside no fato de que na guarda compartilhada os dois genitores possuem a guarda jurídica do filho, exercendo, por isso, todos os direitos e deveres relativos a eles, com colaboração e decisões conjuntas quanto aos interesses do filho. Já na guarda alternada, o guardião decide sozinho, no período em que detiver a guarda do filho.⁵⁰

Sendo assim, segundo o autor citado acima : “ A guarda dividida apresenta-se mais favorável à criança, enquanto viverá em um lar determinado e fixo, recebendo a visita periódica do genitor que não detém a guarda.”⁵¹ E, Eduardo de Oliveira Leite arremata dizendo que a guarda conjunta “ mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”.⁵²

Alguma dúvida ainda poderia ocorrer em relação à guarda conjunta, mas Eduardo de Oliveira Leite esclarece :

“ Com efeito, na ‘ guarda conjunta’, não é a guarda, mas os outros atributos da autoridade parental que são exercidos em comum. A ‘guarda conjunta’ consiste no exercício em comum, pelos pais, de um certo número de prerrogativas relativas à pessoa da criança. “Logo, quando se fala em ‘ guarda’ conjunta, a noção não se esgota na mera guarda, mas num conjunto de prerrogativas que são exercidas pelos pais em relação aos filhos”.⁵³

⁴⁹ CARVALHO NETO , Inácio de. *Obra citada*, ibidem. Em sentido contrário, citamos jurisprudência favorável a guarda alternada: “ Constatada a igualdade de posição entre o pai e a mãe, ambos novamente casados e em condições de manter e educar o filho de 13 para 14 anos de idade, a Justiça impõe que ele permaneça igualmente com o pai e com a mãe, sendo válida a situação de revezamento de 6 em 6 meses com cada um. (TJPR – 2ª Câm.Cív.-Ap.Cív. 908/84 – Rel. Des. Cid Portugal – COAD/ADV 11/92, 166)”.

⁵⁰ GRISARD FILHO, Waldir . *Guarda Compartilhada...* Dissertação(Mestrado em Direito), p. 177.

⁵¹ GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada*. In : WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Repertório de Doutrina sobre direito de família...*, p. 439.

⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais...* , p. 261. Conforme LEITE, na p. 62: “ É nesse sentido que se fala em ‘guarda conjunta’, isto é, exercício em comum da autoridade parental”. Conforme LEITE.

⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais...*, p. 264.

Constatamos que o fundamento da guarda compartilhada é manter os laços familiares existentes entre pais e filhos, que não são rompidos pela separação ou divórcio dos pais. Aqui, Waldir Grisard Filho acrescenta que : “ A família mesmo decomposta, permanece biparental”⁵⁴. Neste mister, ousamos discordar, já que a família sempre, em qualquer hipótese ou situação, permanecerá biparental. Os pais serão parentes, em linha reta, em 1º grau, dos filhos, em qualquer hipótese e vice-versa. Não é pelo fato de o casal – pai e mãe - separar-se, divorciar- se ou romper a união estável que o filho deixará de ser filho, ou seja, parente de ambos.

Mesmo que saibamos que países como Estados Unidos, França, Suécia e Dinamarca, entre outros,⁵⁵ já tenham implantado o sistema de guarda conjunta em suas legislações, no Brasil, a guarda conjunta ainda vem sendo estudada e debatida pelos doutrinadores e pela jurisprudência, não esta ainda sistematizada, por não ser unânime a sua acolhida. Neste ínterim, vale citar novamente Waldir Grisard Filho concluindo: “É certo que a aceitação, como rotina, desta modalidade de guarda ainda não encontra humo ao seu desenvolvimento ...”.⁵⁶

Entre os prós e contras da guarda conjunta, vemos a importância do direito de visitas que, mesmo na modalidade proposta de compartilhar a guarda do filho entre o pai e a mãe, concomitantemente, não perde a sua característica, seu fundamento e conteúdo, já que a visitação é indispensável, inclusive, neste tipo de relacionamento afetivo e de convivência familiar. A visita e a estadia, exercida na guarda conjunta, na residência do genitor não-guardião, como entende Eduardo de O. Leite “ são muito importantes porque atuam como equilibrador de um contato mais próximo entre este e seu filho”.⁵⁷

Em qualquer hipótese, não desconhecem os autores, a importância do direito de visitas, que ocorrerá sempre, em qualquer modalidade de guarda(comum, alter-

⁵⁴ GRISARD FILHO, Waldir . *Guarda Compartilhada*, p. 442.

⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Obra citada*, p. 280.

⁵⁶ GRISARD FILHO, Waldir. *Obra citada*, p. 445. Com o mesmo entendimento Graça Condé , que afirma: “ A guarda compartilhada já deveria ser na prática de nossos Tribunais mais usada, em obediência ao dever do pátrio poder e do preceito constitucional de igualdade entre homem e mulher, eis que se pode exigir do guardião tudo o que consta dos deveres da guarda e do pátrio -poder; mas de um dos pais que visita o filho o menor, representado pelo seu guardião, não pode exigir o direito do menor de ser visitado, ao passo que na guarda compartilhada haverá o dever de ambos os pais de se responsabilizarem por conviver nos dias pré determinados ou de forma livre, de sorte que as crianças possam desenvolver seu equilíbrio emocional com integridade, sem perdas, sem mágoas, sem frustrações. “ CONDÉ, Graça. Da guarda e visitação à pessoa dos filhos. In: *Doutrina ADCOAS. Informações Jurídicas e Empresariais*, Doutrina nº 07, julho de 1998, p. 270.

⁵⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monparentais...*, p. 275.

nada ou conjunta), mesmo com a residência única, já que ao genitor que não detém a guarda, conforme Eduardo de Oliveira Leite “ fica garantida a obrigação de visita(embora se fale em ‘direito de visita’) e de hospedagem. Um, terá a guarda física da criança (onde genitor e filho moram), mas ambos detêm a guarda jurídica do filho. Obrigação, ou dever de visita, porque o pai ou a mãe que não está com o filho todos os dias, deve visitá-lo para manter sempre vivos os laços que unem pais e filhos.”⁵⁸

Sob este ângulo vemos a fragilidade da guarda compartilhada, mesmo diante das respeitadas posições da doutrina, aqui antes citadas, sobre este assunto que é novo, no campo do Direito de Família, cujas discussões não param aqui e certamente serão ensejadoras de profundos debates futuros.

Se, como propomos em outro trabalho⁵⁹, o filho realmente tiver o direito de estar em contato permanente com seus pais, quando desejar, e os pais tiverem envolvimento, consciência e responsabilidade quanto a tarefa a desempenhar no crescimento e desenvolvimento de seus filhos, embeudados desse espírito, ou por outro lado cumpridores do dever que é constitucional e legal, desnecessário seria a guarda conjunta, eis que através da visita cumprida, efetiva e regulamentada pelos pais, não se faz necessário criar outro instituto ou sistema. O dever de visitas efetivamente exercido, supre essa modalidade, se observado por àqueles que possuem esse dever – os pais. Guarda e visitação permaneceriam direitos distintos, mas complementares.

Por isso, mesmo no sistema vigente de guarda simples, com o filho sob a guarda de um dos pais apenas, restando ao outro o dever da visita, se este for exercido corretamente, com fiscalização, correção e educação do filho prestada pelo não-guardião, além do necessário carinho, afeto e aconselhamento, desnecessário seria recorrermos à criação de nova modalidade de guarda, já que seria inócuo. Nos casos em que mãe e pai acordam sobre a visitação do filho, aqueles decidem em conjunto a educação, a divisão das tarefas, a redução ou ampliação da pensão alimentícia quando necessário, sem maiores problemas. Assim, o dever de visitas, se

⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 272.

“ Guarda jurídica”, segundo Orlando Gomes, na obra *Direito de família*, p. 269-270, “é o direito que tem o guardião de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as questões que interessem ao filho. Ao outro (não - guardião) resta apenas o direito de fiscalizar os atos do guardião e, se prejudiciais ao interesse do filho, recorrer ao juiz..

⁵⁹ CAROSI, Eliane Goulart Martins. *Obra citada*.

bem exercido, não necessita de outra modalidade de guarda que não a guarda simples.

Acreditamos que, somente no caso de tornar-se impossível o cumprimento do direito de visitas, quer seja por desinteresse do pai, negligência, falta de carinho e atenção, é que seria viável a aplicação da guarda compartilhada.

Assim, estando regularmente cumprido o direito de visitas entre guardião, filho e não-guardião, estando estes de acordo, ou sendo do interesse do filho, que está satisfeito com a forma de visitas implantada, por que deveria ser a mesma alterada? A visita cumprida supre a necessidade deste ou de outro instituto, que teria a mesma função, ou seja, a de proporcionar uma convivência afetiva e efetiva com o filho - manutenção dos laços filiais - , após a ruptura da sociedade conjugal.

Portanto, não havendo dispositivo específico a esse respeito no novo Código Civil, a guarda compartilhada é defendida pelos autores referidos anteriormente, com base nos arts. 226 e 227 da Constituição Federal, além dos arts. 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo ainda difícil a passagem da teoria à prática, conforme posição de Maria Lúcia Leiria ⁶⁰, já que necessário verificar os sinais internos e externos de cada caso, a subjetividade e a objetividade no detalhamento das nuances do caso, para que a guarda compartilhada seja incluída entre as práticas de determinação da guarda.

No caso do reconhecimento da paternidade, a guarda compartilhada pode ser uma solução, se o reconhecimento for voluntário. Mas, em sendo judicial, o reconhecimento, poderá ser mais um problema para o filho, se o pai não desejar exercê-la. Nessa hipótese, cremos que também deve ser observado o interesse do filho menor, para fixá-la.

⁶⁰ LEIRIA, Maria Lúcia. Guarda compartilhada: A difícil passagem da teoria à prática. *Revista da AJURIS*, ano XXVI (78), jun/2000, p. 226. A autora conclui na obra citada, p. 226: "A passagem da teoria à prática só será efetiva após profundos estudos do comportamento humano, sempre em cotejo com os objetivos da norma constitucional protetiva do menor e o caso concreto.

Inobstante as dificuldades que sempre são enfrentadas na solução consciente e madura da guarda do menor, só a formação firme, o apoio dos profissionais já mencionados, o aporte de condições humanas e materiais poderão fazer com que o juiz de família tenha condições de, passando da teoria à prática, utilizar-se deste novo instituto."

CAPÍTULO II

EFEITOS DE ORDEM ECONÔMICA

Os efeitos de ordem econômica, decorrentes do reconhecimento obtido através do resultado positivo do exame de DNA, que confirma a paternidade do suposto pai investigado são sobejamente conhecidos, em virtude de previsão em nossa legislação. Além de serem direitos do filho em relação ao pai, são obrigações do filho, em relação ao pai, portanto, recíprocos.

Seção 1

Direito a alimentos

Um dos principais direitos do filho, se refere ao dever de alimentos do pai que o reconheceu voluntariamente ou judicialmente.

Os alimentos, segundo o direito civil, são os meios necessários a sobrevivência de uma pessoa. Podem não compreender, necessariamente apenas “alimentos”, mas outras necessidades da pessoa e neste caso, do filho, como: educação, vestuário, habitação, lazer e saúde. Enfim, tudo o que necessite para viver dignamente, desenvolvendo-se física e psicologicamente.

Esse entendimento é manifestado pela doutrina em geral, especialmente por Francisco José Cahali, que entende :

“De um modo geral, na respectiva mensuração, além das necessidades básicas de habitação, alimentação, vestuário e saúde, não se poderia excluir o mínimo razoável para o lazer do alimentado, essencial ao desenvolvimento sadio da pessoa. Em certa medida, pois, exclui-se tão somente o excedente destinado à manutenção da condição social, além dos gastos supérfluos, ainda que a pretexto daquelas verbas referidas.”¹

Com o advento do novo Código Civil, verificamos que de maneira geral, não houve modificações significativas no instituto dos alimentos.²

Tal obrigação alimenta, decorre no caso da relação entre pais e filhos, do parentesco entre as partes e está previsto já na Constituição Federal nos arts. 227, caput, quando afirma que deve ser assegurado entre outros direitos, com absoluta prioridade, o direito a alimentação e, no art. 229, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”, além de estar previsto na Lei nº 5.478/68, chamada lei de alimentos,. No Código Civil, quando trata dos deveres de ambos os cônjuges, entre os quais está o de “sustento, guarda e educação dos filhos”, de acordo com o 1.566, inciso IV, do novo Código Civil e, quando estabelece o poder familiar e suas atribuições, no atual art. 1634, inciso I, do Código Civil. Também no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 22, que no mesmo sentido dispõe: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores...”. Tal obrigação alimentar é de responsabilidade de ambos os pais, em igualdade de condições, segundo o princípio constitucional do art. 5º, inciso I, e 226, § 6º, da Constituição Federal. A responsabilidade pela criação dos filhos é de ambos os pais, este é o entendimento predominante na jurisprudência, como se vê:

“Alimentos – Responsabilidade dos cônjuges.

A responsabilidade pela manutenção dos filhos é comum aos pais, que se dispuserem de recursos, entre eles deve ser partilhada.”

(TJRJ – Ac. Unânime da 1ª Câm. Civ., reg. Em 29/12/88 – ap. 2.238/88- Rel. Des. Renato Maneschy).³

O novo Código Civil, dispôs diferentemente do anterior Código⁴, no art. 1.694, que: “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os

¹ CAHALI, Francisco José. Dos alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Direito de família e o novo Código Civil*, p. 196.

² Este é também o entendimento de Francisco José Cahali. Dos alimentos. In: DIAS, Maria Berenice ; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.) *Direito de família e o novo Código Civil*, p. 194.

³ COAD/ADV 44.346.

⁴ O Código Civil de 1916, dispunha no art. 396, que: De acordo com o prescrito neste capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos, de que necessitem para subsistir.”

alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive, para atender às necessidades de sua educação.”

Como verificamos, houve uma unificação no instituto dos alimentos, que trata agora conjuntamente dos alimentos, não importando a origem dos mesmos, se resultou de relação de parentesco, do rompimento do casamento ou da união estável.⁵

Dada a igualdade do homem e da mulher na sociedade, tanto o pai, quanto a mãe possuem os mesmos direitos e deveres em relação aos seus filhos. O dever alimentar é do pai, a partir do reconhecimento espontâneo, voluntário ou judicial do filho, independentemente da relação que tem com a mãe do seu filho, ou da relação com o próprio filho. Não importa o estado civil do pai, se é solteiro, separado, divorciado, viúvo, ou ainda, se vive em regime de união estável com outra pessoa que não a mãe do filho reconhecido, possui o dever de sustentá-lo.

Do mesmo modo, levando-se em consideração a igualdade dos filhos, previstas na Constituição Federal, não importa que o pai, cuja averiguação oficiosa resultou no reconhecimento de um filho havido fora do casamento, tenha outros filhos, havidos de outra ou outras relações familiares, o filho deverá receber do pai a mesma assistência material e moral que recebem os outros filhos, rigorosamente na mesma proporção.

Em relação a esse aspecto, nos causa indignação e não aceitação, as situações judiciais em que, na prática, há uma violenta discriminação dos filhos havidos fora do casamento, por ocasião de uma ação de reconhecimento, onde os alimentos são fixados de forma genérica, expressos em frações como 1/3 (um terço) dos rendimentos líquidos do pai, ou em proporções como 30% (trinta por cento), dependendo de quantos filhos existirem, eis que dessa forma se está, mesmo que não haja intenção, beneficiando alguns filhos, em detrimento do filho reconhecido.

Se a disposição for geral, não especificando quais obrigações terá o pai para com o filho, sempre haverá a possibilidade de o pai proteger os outros filhos, tidos por casamento, ou união estável, oferecendo-lhe mais e melhores condições de

⁵ No entendimento de Francisco José Cahali, na obra citada, p.194 :“ na sistemática proposta, em um só subtítulo, entre os artigos 1.694 e 1.710, trata-se promiscuamente dos alimentos, quer tenham eles origem na relação de parentesco, quer sejam conseqüentes do rompimento do casamento ou da convivência.”

Ver também Guilherme Calmon Nogueira da Gama, ao tratar dos ‘Efeitos do Parentesco e da Afinidade’, segundo o novo Código Civil. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*, p. 114-118.

sustento, criação e educação do que as oferecidas ao filho reconhecido que terá que viver ou “sobreviver” com o que a lei lhe conferiu.

Na hipótese, pode haver enorme discriminação assistencial, além da social e afetiva que são comuns neste caso, podendo ocorrer discriminação, quando por exemplo, o filho reconhecido estuda em colégio público e o filho oriundo de casamento em escola particular; o filho reconhecido só conta com a assistência médica pública, enquanto o outro com plano de saúde privado; o filho reconhecido não tem aulas particulares de idiomas, computação, música, etc, por vezes sequer tem o computador ou a televisão, enquanto o outro tem todas essas atividades de formação e educação diferenciadas; o filho reconhecido possui roupas e calçados simples, enquanto o outro usa roupas de *griffe*, o filho reconhecido não frequenta clubes sociais, não vai a teatro, cinemas ou festas com o pai, enquanto o outro desfruta de todos esses lugares culturais e de lazer, só ou na companhia do pai. Como ignorar tamanha discriminação com o filho reconhecido e privilégio a favor dos outros, havidos de casamento? Impossível, e o julgador não pode ignorar que tal discriminação existe, quando não poderia ocorrer, em hipótese alguma.

Assim, uma das conseqüências legais do reconhecimento é que o pai deve prestar alimentos e assistência ao filho, de acordo com a condição social em que viva, “iguais aos que seu genitor prestar a filho matrimonial, mesmo que não resida com o genitor que o reconheceu”, reforça Maria Helena Diniz.⁶

Deve ser observado, que o novo Código Civil, ao reduzir a capacidade civil para 18 anos (art. 5º), diminuiu a obrigação dos pais em relação a obrigação alimentar dos filhos, que era até os 21 anos, prorrogada até os 24 anos, pela jurisprudência, caso o alimentado estivesse estudando. De qualquer forma, pode-se requerer os alimentos, com base no art. 1.694, “ inclusive para atender às necessidades de sua educação”, quando o filho, mesmo maior de 18 anos, estiver sendo educado.

O Código também trouxe mudança, ao dispor sobre os alimentos decorrentes do parentesco, que à pensão será reduzida ao indispensável a subsistência quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. Neste caso poderá

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil: Direito de família*, de acordo com o novo Código Civil, p. 410.

haver culpa do filho, se for o credor dos alimentos e der causa a sua situação de necessidade.⁷

Mas, o direito a alimentos, que é recíproco entre pais e filhos, pode derivar do parentesco, atingindo outras pessoas, que não pais e filhos, mas parentes que necessitem dos alimentos para subsistir, situação em que “ o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”, segundo estabelece o novo Código Civil no art. 1.696, repetindo o que dispunha o anterior Código Civil, nos arts. 396 e 397.

Também em matéria de alimentos, contamos com a Lei nº 5.478/68, que estabelece, que:

“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.”

Assim, se através da averiguação oficiosa voluntária ou judicial, houve o reconhecimento, a pessoa reconhecida terá alimentos como filho e conseqüentemente como parente, direito inquestionável e constitucional. Não havendo o reconhecimento voluntário, oficioso ou judicial, o filho não tem como postular alimentos, já que não está demonstrado o parentesco e a filiação, podendo ficar em situação de necessidade.

Salientamos que o pai que abandona o filho, material e moralmente, além de ter o dever de prestar alimentos ao filho menor, incorre nas penas previstas no Código Penal, artigos 244 a 246.

Com isso, entendemos que o dever de alimentos neste caso, decorre da paternidade e, portanto do parentesco, que deve ser comprovado, decorrente de previsão do Código Civil, nos arts. 1.694 a 1.710.

O novo Código Civil, trata dos alimentos do filho havido fora do casamento, expressamente, no art. 1.705, que dispõe:

⁷ Francisco José Cahali exemplifica utilizando situação em que o filho menor se recusa a morar com o pai, entendendo que neste caso a pensão continua sendo resultante do dever de sustento. Já em situação que o filho por desídia, reiteradamente reprova no ensino, seja qual for, para prolongar a

“Art. 1.705. Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça.”

Francisco José Cahali entende essa previsão “desnecessária, “ultrapassada” e “até retrógrada na mentalidade”, pois os filhos têm os mesmos direitos, independentemente da origem (filiação natural ou mesmo civil) podem acionar o genitor. “Transmitir a regra proposta representa reviver o passado”, conclui o autor.⁸

O direito a alimentos é considerado: irrenunciável, não valendo a renúncia do alimentando; impenhorável, para crédito de uma terceira pessoa; intransmissível em vida ou por causa da morte; imprescritível e não pode ser compensado o débito do alimentando ao alimentante.⁹

Para a concessão e fixação dos alimentos, prevalecem os critérios: necessidade de quem pede e possibilidade de quem presta os alimentos.

O filho deve dar o consentimento se for maior, e pode impugnar o reconhecimento, de acordo com o art. 4º da Lei 8.560/92 e do art. 1.614 do Código Civil em vigor. Porém, de acordo com a Constituição Federal, art. 229, que estabeleceu que os alimentos são recíprocos entre pais e filhos e que todos os filhos são iguais, no art. 227, § 6º, o pai também tem o direito de ver declarada a paternidade, em caso de necessidade de alimentos do filho. O direito entre o pai e o filho neste caso é igual e, não há outra forma de comprovar a paternidade do filho havido fora do casamento, senão através do reconhecimento voluntário ou judicial feito pelo pai.

A partir da Constituição Federal de 1988, todos os filhos são iguais e tem os mesmos direitos, inclusive o alimentar, não cabendo mais a distinção anteriormente feita, quanto aos filhos nascidos fora do casamento.

A contrário senso, o mesmo direito que possui o filho menor de receber alimentos dos pais, estes também poderão receber alimentos do filho, nos casos determinados pela lei, conforme se extrai do art. 229, da Constituição Federal:

“Art. 229. 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.”

responsabilidade paterna pela sua educação. Neste caso, deve haver a exclusão da obrigação do genitor, ao menos quanto à instrução. *Obra citada*, p. 197.

⁸ CAHALI, Francisco José. *Obra citada*, p. 200.

⁹ Conforme doutrina de Maria Helena Diniz. *Obra citada*, p. 463 – 467 .

O novo Código Civil, também previu a reciprocidade dos alimentos entre pais e filhos e a extensão dos alimentos a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta dos outros, no art. 1.696. Na falta dos ascendentes cabe aos descendentes e na falta destes, aos irmãos, sejam germanos ou unilaterais, prevê o art. 1.697.

Portanto, o direito à alimentos é recíproco entre pais e filhos¹⁰, verificados os pressupostos legais: necessidade de quem recebe os alimentos e possibilidade de quem presta os alimentos, previstos no art. 1.694, § 1º, do Código Civil, que trata dos alimentos devidos em virtude do parentesco ou entre cônjuges e companheiros. E, em relação aos pais, ainda, os requisitos necessários: velhice, carência ou necessidade.

Dessa forma, o pai ao reconhecer o filho, através da averiguação oficiosa de paternidade, não só terá deveres, mas também direitos, sejam atuais, sejam futuros. Por isso, há que se acabar com o entendimento de que nas ações de investigação de paternidade, o filho deseja apenas valer-se de seus direitos patrimoniais em relação aos pais, mesmo porque muitas vezes o filho já vive em outro lar com a mãe e um padrasto, numa situação econômica satisfatória, não dependendo financeiramente do pai, pretendendo apenas e tão-somente, com o reconhecimento da filiação, que lhe sejam assegurados seus direitos pessoais como: o nome, a visita, a convivência, bem como receber o afeto e o carinho do pai, ausente não só no seu registro civil, mas de sua vida.

O pai, no procedimento de averiguação oficiosa, dificilmente imagina que a situação inversa pode ocorrer, ou seja, de que um dia ele pai, pode necessitar da ajuda material, moral e afetiva do filho. Pode necessitar do amparo financeiro do filho, adoecer ou desejar o amor e a companhia do filho. Não pensa que um dia poderá perder tudo o que tem de material ou pessoal, o patrimônio, a saúde ou a família, por exemplo, ou mesmo ser abandonado pelos outros filhos, tidos por ocasião de casamento ou união estável. Poderá estar só, doente ou idoso e, talvez, somente possa contar com a ajuda do filho que ele rejeitou um dia.

¹⁰ Conforme explica Silvio Rodrigues, na obra citada, p. 350: “ Os parentes se devem alimentos uns aos outros..., e o direito à prestação alimentícia é recíproco entre pais e filhos...De modo que desde o momento do reconhecimento, se estabelece, entre o pai que reconhece e o filho reconhecido, o direito de exigir alimentos um do outro.”

Seção 2

Direito sucessório

Conforme estabelece o Código Civil, nas disposições gerais, no art. 1.784, após aberta a sucessão, a herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários e ao dispor sobre o direito sucessório, o Código Civil prevê no art. 1.799, o princípio geral sucessório, estabelecendo que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”

Segundo Clóvis Beviláqua “o Direito hereditário ou das sucessões, é o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir.”¹¹

A sucessão significa basicamente, a transmissão de bens de uma pessoa para outra, por ocasião da sua morte.

Eduardo de Oliveira Leite ensina que a palavra “sucessão” tem vários significados, mas em sentido restrito, que é o utilizado pelo legislador, “a palavra sucessão designa a transmissão de bens de uma pessoa em virtude de sua morte.”¹²

Já a ‘sucessão legítima’, é aquela que ocorre quando o falecido não deixou testamento ou este é nulo e que é conferida pela lei aos parentes do *de cuius*, através de uma ordem de vocação hereditária, estabelecida no art. 1.829, do Código Civil, que contempla os herdeiros legítimos. “A sucessão legítima baseia-se, pois, no vínculo de família, de sangue e da afinidade. E verifica-se quando existem herdeiros legítimos (necessários ou facultativos); quando não há disposição testamentária.”¹³

Em decorrência do exposto e das disposições legais estabelecidas no Código Civil, é no direito sucessório que encontramos o direito do filho à herança dos pais e vice-versa.

Sendo assim, uma vez comprovada a paternidade do filho, este terá o direito de obter a herança do pai, em igualdade de condições com os demais filhos, se

¹¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*, § 1º, apud RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das sucessões*, de acordo com o novo Código Civil, p. 3. Silvio Rodrigues, na obra citada, p.3, complementa: “A idéia de sucessão sugere, genericamente, a transmissão de bens, pois implica a existência de um adquirente de valores, que substitui o antigo titular.”

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XXI, p. 4.

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada., p. 210.

existirem, bem como ter direitos sucessórios previstos no Código Civil, em virtude do parentesco gerado.

Assim, os filhos havidos fora do casamento são legítimos sucessores, bastando para tanto o reconhecimento espontâneo, voluntário ou judicial.

O filho reconhecido é herdeiro legítimo, já que parente em primeiro grau, na linha reta, por consangüinidade, com o pai que o reconheceu.

Também é herdeiro necessário, conforme previsão do art. 1.845, do Código Civil, que estabelece que “ são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Os herdeiros necessários são herdeiros legítimos (estes são escolhidos pela lei, estão dispostos na ordem de vocação hereditária do art. 1.829, do Código Civil), porque tem direito a legítima ou seja, possuem “ direito a uma parcela mínima de 50% (cinquenta por cento) do acervo, da qual não podem ser privados por disposição de última vontade.”¹⁴ Sendo assim, “ a parte da herança que é reservada exclusivamente aos herdeiros necessários equivale à metade do acervo (1.846), denominada *legítima* ou *reserva*.”¹⁵

Portanto, o filho não pode ser privado da herança do pai, já que parente em linha reta, descendente, integrante da ordem de vocação hereditária, tendo assegurado a legítima, conforme dispõe o Código Civil, nos arts. 1.829, inciso I, 1.845 e 1.846.

Salientamos que a sucessão legítima sofreu alteração, no art. 1.829, inciso I, do Código Civil, pois ocorrendo a abertura da sucessão, os primeiros a serem chamados são os descendentes e, se o falecido era casado haverá concorrência com o cônjuge. Também é preciso analisarmos o art. 1.790 do Código Civil, que estabelece a sucessão entre os companheiros, observando-se o direito dos descendentes e de outros parentes sucessíveis, conforme incisos I ao IV.¹⁶

¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*...., p. 260.

¹⁵ LEITE. Eduardo de Oliveira. *Obra citada*, p. 261.

¹⁶ Após análise de tal artigo na obra citada, p. 64, Eduardo de Oliveira Leite conclui : “ resta a nítida certeza que o Codificador, por meio das Disposições Gerais guindou o(a) companheiro(a) à condição de herdeiro, além da posição que a legislação (art. 1.715) lhe garante, agora, na meação. Seria meeiro dos bens adquiridos em decorrência do regime que passa, a partir de agora, a vigor na constância da união estável (ou seja, o regime da comunhão parcial de bens) e é igualmente herdeiro, por força dos bens adquiridos onerosamente, como dispõe o atual art. 1.790 do Código Civil. E, em assim sendo, não resta dúvida que o codificador igualou o companheiro ao cônjuge sobrevivente, na medida em que, assim como este é meeiro e (agora) herdeiro necessário, por força do estatuído no art. 1.829, da mesma forma, o(a) companheiro(a) é meeiro e herdeiro, de acordo com o art. 1.725 combi-

Eduardo de Oliveira Leite explica a nova proposta trazida pelo art. 1.829, do Código Civil:

“Agora, em guinada abrupta e ascensão vertiginosa, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes (em primeiro lugar) e com os ascendentes (em segundo lugar) deixa de ser herdeiro legítimo facultativo e passa a ocupar o *status* de herdeiro legítimo necessário. De terceiro lugar – posição que ocupava no início do século, na ordem de vocação hereditária – passa, agora, para o primeiro lugar na ordem de preferência.

É realmente a nova posição do cônjuge sobrevivente, na primeira e na segunda classes dos sucessíveis legítimos necessários, ao lado dos descendentes e dos ascendentes do *de cuius*, e a conseqüente eliminação da sua colocação na terceira classe dos sucessíveis que marca, decisivamente, o novo perfil do art. 1.829.”¹⁷

De qualquer forma, os filhos na ordem de vocação hereditária do Código Civil, são herdeiros legítimos e necessários do *de cuius* e estão, em primeiro lugar, conforme o art. 1.829, inciso I, do Código Civil, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se este for casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.¹⁸

Lembramos que a sucessão do filho havido fora do casamento, enfrentou muitos problemas antes do surgimento da Lei nº 6.515/77, quando os filhos eram considerados ilegítimos. A matéria sofreu a alteração do art. 2º da Lei nº 883/49, bem como com o advento da Constituição Federal, art. 227, § 6º, onde tal direito ficou reconhecido igualmente entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. É o que ensina Pontes de Miranda:

nado com os incisos I a IV do citado art. 1.790. Embora possam se levantar dúvidas e questionamentos sobre a extensão e alcance dos dispositivos ali arrolados, não resta dúvida que a idéia de igualdade e equiparação entre as duas realidades ressurgiu sempre veementemente, com a ressalva que o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e o(a) companheiro(a) é herdeiro facultativo concorrendo com os demais sucessores.”

¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 215-216.

¹⁸ Segundo informa Maria Helena Diniz, na obra citada, p. 101: o cônjuge supérstite do *de cuius*, concorrerá com os descendentes daquele desde que ao tempo da morte não estivesse separado judicialmente, nem de fato há mais de dois anos, exceto prova, no último caso, de que essa convivência se tornou impossível sem culpa sua (CC., art. 1.830). Ainda informa a autora que se o *de cuius* deixou convivente, este participará de sua sucessão, quando aos bens adquiridos na vigência da união estável, sendo que se concorrer com filhos comuns, terá direito a quota igual a do filho e se concorrer com descendentes só do autor da herança, terá direito a metade do que couber a cada um deles, conforme estabelece o art. 1.790, I e II.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Direito das sucessões*, de acordo com o novo Código Civil, p. 101.

“Antes da Constituição de 1988, art. 227, § 6º, que consagrou absoluta simetria entre seus direitos e qualificações, para os efeitos da sucessão, os filhos reconhecidos equiparavam-se aos filhos havidos na constância da sociedade conjugal; mas, se o reconhecimento se desse na constância de casamento do genitor e dessa união houvesse filho então dito ‘legítimo’ ou legitimado, o filho ‘natural’ reconhecido só teria direito à metade do que àquele coubesse (art. 1.605, § 1º). (...) No entanto, se o reconhecimento tivesse antecedido ao matrimônio, o reconhecido e os filhos havidos na constância da sociedade conjugal herdariam partes iguais. Se o pai morresse sem deixar sem deixar filhos ‘legítimos’ ou legitimados, ainda que o reconhecimento houvesse feito na constância da sociedade conjugal, o reconhecido sucederia como os filhos havidos da relação de casamento. Tal art. 1.605, § 1º, foi revogado pela Constituição de 1937, art. 126, que mandou à lei assegurar a igualdade com os ‘legítimos’¹⁹

A afirmação decorre do princípio constitucional de igualdade, que prevê no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que os filhos havidos dentro ou fora do casamento, serão tratados igualmente pela lei, tendo portanto, os mesmos direitos e qualificações, ficando proibidas designações discriminatórias.

Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, art. 227, § 6º, que igualou todos os filhos em direitos e obrigações, não pode haver distinção de qualquer natureza, seja o filho consanguíneo ou adotivo, havido dentro ou fora do casamento.

Conseqüentemente, se houver mais de um descendente, no momento da abertura da sucessão do pai, estarão todos no mesmo grau. Portanto, se for reconhecida a paternidade do filho havido fora do casamento, ele ocupará a mesma posição do filho havido de casamento e a sucessão ocorrerá por cabeça, isto é, a herança será dividida em tantas partes quantos forem os descendentes, herdeiros (ou

¹⁹ MIRANDA, Pontes. *Obra citada*, p. 133.

O art. 1.605, § 1º, era considerado como um princípio de desigualdade de tratamento ao filho natural. A Constituição Federal de 1937, no art. 126, trouxe a igualdade de direitos e deveres ao filho natural reconhecido, revogando o art. 1605, § 1º do C.C. de 1916. Assim, os filhos legítimos foram equiparados aos filhos naturais reconhecidos, para efeitos sucessórios. Já, segundo a Lei nº 883/49, não ocorreu a equiparação dos filhos havidos fora do casamento, ou seja, os adulterinos, pois segundo o art. 2º, o filho reconhecido só “ terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança, que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.” Este artigo sofreu alteração pela Lei nº 6.515/77, no art. 51, nº 2, ao estabelecer que: “ Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições.” Com isto o filho adulterino passou a ser herdeiro necessário, na classe dos descendentes, em igualdade de condições com os filhos havidos de casamento. Ressaltamos, ainda, que a Lei nº 7.841/89, revogou o art. 358 do Código Civil de 1916, que proibia o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos.

Ver também, evolução histórica e legislativa da matéria, narrada por Silvio Rodrigues, obra citada, p. 101-108 e, ainda Hélio Borghi. A situação dos filhos havidos fora do casamento e a nova Constituição. In: *RT* 643, p. 39-241.

seja, os filhos do *de cuius*), independentemente do sexo, da ordem de nascimento ou da origem da filiação.

Contudo, o filho havido fora do casamento, só terá direito de suceder seu pai, em caso de falecimento, se o pai tiver realizado o reconhecimento, através de procedimento voluntário, segundo a Lei nº 8.560/92, nas formas previstas no art. 2º: testamento, escrito particular, declaração perante o juiz, ou através de processo judicial de investigação de paternidade, julgada procedente. Somente assim, poderá habilitar-se no inventário de seus pais, como filho, exigindo seus direitos de descendente. Caso contrário, buscará o reconhecimento através da ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, contra os herdeiros do suposto pai.²⁰

O Código Civil atual, adotando o princípio de igualdade entre os filhos, determinado pela Constituição Federal, confirma o direito em igualdade dos filhos, de qualquer natureza à sucessão de seus pais, como se observa no art. 1.834, que afirma “os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.”

Isto quer dizer que os descendentes, no caso, os filhos, em primeiro grau (classe) tem iguais direitos sucessórios, não importando a origem, já que devem herdar em igualdade a herança de seus pais.

Este é também o entendimento de Silvio Rodrigues, que acrescenta: “ Até por imperativo constitucional (art. 227, § 6º), os descendentes não podem ser discriminados, por qualquer razão, seja pela natureza da filiação, seja pelo sexo ou primogenitura. Nem pela circunstância de ser biológico ou civil o parentesco. Todos têm o mesmo e igual direito hereditário, sendo a paridade total e completa. A única preferência que se admite é a que se baseia no grau de parentesco: os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação (CC, art. 1.833).”²¹

²⁰ Como vimos, a situação dos direitos sucessórios é tranqüila, quando o reconhecimento for realizado em vida do pai, pois neste caso não existiu ainda qualquer processo de inventário ou partilha de bens entre os herdeiros do *de cuius*. Porém se a ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, for julgada após já encerrado o processo de inventário e partilha dos bens, a situação complica-se, pois para parte da doutrina, o filho reconhecido deverá ingressar com ação ordinária contra os herdeiros para reivindicar a sua quota na herança, enquanto o Superior Tribunal de Justiça, entende desnecessária outra ação, pela instrumentalidade do processo. Esta posição pode ser verificada no Recurso Especial nº 16.137-0-SP, 4ª T, em 21.02.1991, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *RSTJ*, vol. 74/205.

²¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, p. 108.

Além disso, como verificamos, os descendentes são herdeiros necessários, pois não podem ser afastados da sucessão, a não ser nas hipóteses de deserdação ou indignidade, previstas na lei civil.

Assim, os filhos havidos ou não da relação de casamento, sempre possuem direito à sucessão do ascendente, em igualdade de condições com os herdeiros da mesma classe, após a Constituição Federal de 1988, bem como segundo as regras do Código Civil de 2002.

Ressalte-se que, este direito também é recíproco. O pai também terá direito à sucessão do filho, caso este venha a falecer em primeiro lugar e não tenha filhos e cônjuge, já que é ascendente do filho e está na ordem de vocação hereditária, no inciso II, do art. 1.829 do Código Civil.

Por fim, discordamos do eminente professor Caio Mário da Silva Pereira, que entende que “o mais importante dos efeitos do reconhecimento é a atribuição ao filho de direito sucessório; é a capacidade por ele adquirida para herdar *ab intestato* do pai e dos parentes deste”.²²

O efeito sucessório não é ‘a essência da declaração de paternidade’, nem o fato de a ação de investigação de paternidade vir acompanhada de petição de herança ou pedido de alimentos, significa que estes sejam os mais importantes efeitos do reconhecimento para o filho, já que em nosso entendimento o que o filho deseja mesmo quando promove a ação de investigação de paternidade é ter o nome do pai no registro, o nome dos avós paternos, enfim, conhecer sua origem e seus laços de parentesco, ficando em segundo plano os efeitos patrimoniais²³ que envolvem a questão. Almeja também, algo que nem sempre é possível após o reconhecimento: a *convivência com o pai*, obtendo algo que pode ser para si, mais valioso que o patrimônio: o *afeto paterno*.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 253.

²³ Segundo Eroulths Cortiano Junior “nada mais correto do que a afirmação de que, na atualidade, mais importa o *ser*, e menos importa o *ter*.” Obra citada, p. 42.

CAPÍTULO III

EFEITOS DE ORDEM AFETIVA

Fala-se atualmente em paternidade afetiva, ou socioafetiva, como já afirmamos nas páginas anteriores neste trabalho, citando alguns defensores desta idéia. Até o advento do novo Código Civil, podemos dizer que referida paternidade estava apenas na doutrina e em algumas jurisprudências, mas não expressamente prevista em texto legal. Assim, não ensejava efeitos apreciáveis na ordem jurídica, não sendo possível exigí-la judicialmente, motivo pelo qual não gerava direitos, para quaisquer das partes. A partir do novo Código Civil, com a previsão do art. 1.593, podemos dizer que referida paternidade poderá ensejar efeitos no Direito de Família, já que segundo a lei, os parentes podem ligar-se uns aos outros por laços afetivos, pois podem advir de “outra origem”, que não a consangüínea e a adoção, logo, “outra origem”, pode ser a socioafetiva.

Entendemos que esta “nova ordem familiar” se deve principalmente as disposições trazidas pela Constituição Federal em relação as novas formas familiares (união estável, família monoparental), bem como aos princípios constitucionais: de igualdade entre homem e mulher, de igualdade entre o marido e a mulher na sociedade conjugal, de igualdade entre os filhos, de prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, da dignidade da pessoa humana, e ainda, do princípio da paternidade responsável, que alteraram o Direito de Família, modificando institutos

como o casamento, o poder parental, a filiação, e a adoção, principalmente. Dessa forma, a questão patrimonial foi amenizada, resgatando-se a relação socioafetiva nas relações familiares.¹

Assim, surtiam efeitos no Direito de Família brasileiro a paternidade jurídica, gerada pela presunção “pater is est...” ; a paternidade biológica ou genética e não a paternidade socioafetiva. Esse quadro mudou, recentemente com a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro, já que a paternidade socioafetiva, foi nele prevista no art. 1.593, quando admite como parentes os filhos oriundos de “outra origem”, que não a consangüínea e a tida por adoção, logo admite os filhos tidos unicamente por vínculo de afeto.

De agora em diante podemos dizer, fundamentando nosso entendimento na previsão legal do art. 1.593 do Código Civil, que são estes os mais importantes efeitos decorrentes do reconhecimento, devendo serem compreendidos no seu sentido e valor, em toda a sua dimensão, na formação e no desenvolvimento do filho, pois finalmente foram reconhecidos no ordenamento jurídico, como uma previsão legal da paternidade afetiva.

De qualquer forma, no caso do reconhecimento forçado, não se pode obrigar o pai, cuja paternidade é confirmada através de ação de investigação de paternidade a ter afeto pelo filho, nem o contrário. Também em relação aos demais parentes, como: avós, tios , primos, irmãos unilaterais.

Ressaltamos, porém, que a lei atua em defesa do mais fraco, ou seja, do filho menor, no sentido de lhe proporcionar o reconhecimento paterno, com direitos pessoais e patrimoniais que incluam especialmente o “direito ao afeto”. É claro que o ideal é que a afetividade permeie as relações familiares e também o reconhecimento da paternidade, porém raramente, na prática, contamos com tal possibilidade.

¹ Sobre o tema Gustavo Tepedino escreva em artigo denominado A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, obra citada, p. 551 que: “ A Constituição Federal da República altera radicalmente o sistema anterior, assim delineado, consagrando, ao lado da isonomia dos filhos, a tutela de núcleos familiares monoparentais, formado por um dos descendentes com os filhos (art. 226, § 4º), e extramatrimoniais, não fundados no matrimônio (art. 226, § 3º). (...) os princípios fundamentais dos arts. 1º a 4º, em particular no que concerne ao art. 1º, III, segundo o qual se constitui em fundamento da República a dignidade da pessoa humana, informam toda a disciplina familiar, definindo a nova tábua de valores, em que exurgem, no ápice do ordenamento, três laços característicos em matéria de filiação: 1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores.”

Não há dúvida que o filho, especialmente enquanto menor, necessita do carinho, do conselho, do apoio, do carinho, do amor, da companhia dos pais, elementos de ordem afetiva, indispensáveis na formação da sua personalidade, do seu caráter, da sua percepção do bem e do mal, do seu desenvolvimento enquanto pessoa, profissional e pai ou mãe que um dia virá a ser.

Contudo, todos os momentos de sua vida, todas as relações vivenciadas, pessoais, profissionais e familiares, serão resultado da boa ou da má convivência familiar ocorrida na infância e na adolescência, principalmente.

Constatamos, por fim, que existe de agora em diante, legislação que prevê a paternidade socioafetiva no Código Civil, no art. 1.593, valorizando o afeto na relação paterno-filial.

PARTE IV

PATERNIDADE RESPONSÁVEL

CAPÍTULO I

A RELAÇÃO JURÍDICA E A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Seção 1

Definindo a paternidade

O termo pai, na atualidade, tem múltiplos sentidos, podendo significar: (1) quem gera, através da relação natural, ou seja, através de relacionamento sexual; (2) quem dá o sêmen (terceiro), através da utilização de métodos artificiais de reprodução assistida; (3) o marido da esposa; (4) quem cria e educa; (5) ou quem, além de todas as funções ou atribuições referidas acima, ainda dá carinho, atenção e afeto.

No dicionário da língua portuguesa significa “ 1. Indivíduo que gerou filho(s); progenitor.2. Autor, fundador, criador.3. Homem de sentimentos paternais.”¹

No dicionário jurídico é “o ascendente masculino de primeiro grau. Progenitor”.²

Verificamos que ambos os conceitos coincidem quando entendem ser o pai o “progenitor”.

¹ LUFT, Celso Pedro. Obra citada, p. 497.

² SIDOU, J.M. Othon. *Dicionário Jurídico.Academia Brasileira de letras Jurídicas*, p. 596.

Mas, via de regra, dicionários brasileiros não informam precisamente qual a função do pai, que normalmente é tido como o progenitor ou genitor, sem maior amplitude e exploração do significado.

Eduardo de Oliveira Leite³ esclarece que a função paterna está ligada ao amor de um pai pelo seu filho e é isto que gera a relação paterno-filial e não o laço biológico que por si só é insuficiente para criar qualquer vínculo de paternidade. Assim, o autor deixa clara a distinção entre pai e genitor, porque genitor, segundo ele, pode ser qualquer homem com capacidade instrumental para gerar, e pai é mais que mero genitor, podendo confundir-se com este, mas não é apenas o reprodutor.

A noção de paternidade, herdada do direito romano evoluiu e alterou-se no tempo. Antes, o pai considerado incerto (e a mãe sempre certa), passou a ser presumido se houvesse casamento (paternidade jurídica), ou seja, não é pelo fato de ser genitor que é o pai, mas pelo fato de ser o marido da mãe. Recentemente, com o advento dos exames genéticos, o pai passou a ser aquele que o exame de DNA comprovar (paternidade biológica) e atualmente, pode assumir outras formas, inclusive a que o afeto demonstrar (paternidade afetiva), situação demonstrada pela posse do estado de filho, segundo alguns autores, entre os quais estão Luiz Edson Fachin e José Bernardo Ramos Boeira.⁴

Atualmente, a noção de paternidade estabelecida pelo direito romano, que determinava pai aquele que era o genitor, o educador ou o provedor, que transmitia seu nome e seus bens ao filho, contrapõe-se a noção de paternidade desejada e vivenciada, onde o vínculo estabelecido entre pai e filho é mais afetivo, se afastando cada vez mais do modelo tradicional.

A Lei nº 8.560/92, procurando garantir a paternidade responsável, prioriza o aspecto biológico da filiação, através da submissão do suposto pai ao exame de DNA, mesmo em caso de negativa, que gera a confissão ficta, permite estabelecer a paternidade, considerando genitor e pai a mesma figura. Pois, pai, é quem o exame comprovou geneticamente, desconhecendo o aspecto afetivo da paternidade, que tem existência “antes com o serviço que com a procriação.”⁵

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação...*, p. 67 e p. 77. . Nesta obra o autor apresenta a evolução da noção de paternidade, p. 67-71.

⁴ As obras são as citadas neste trabalho.

⁵ Villela, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, 271/47.

Paternidade e filiação são figuras que não existem isoladas. O pai só é pai quando possui um filho e vice-versa. A paternidade, segundo J.M. Othon SIDOU é a “condição do pai em relação aos filhos, quanto aos direitos e obrigações. OBS. O vocábulo é comum tanto ao pai como à mãe, dado que o feminino etimológico *maternidade* tem outro sentido.” E, a filiação, segundo o mesmo autor é a “relação existente entre o filho e as pessoas que o geraram, provada pelo registro de nascimento, salvo erro de falsidade.”⁶

As noções de paternidade inseridas nos vocabulários jurídicos, apontam ainda na direção do genitor, desconhecendo os vínculos de afeto, já observados e valorados pela doutrina e pela jurisprudência atuais e agora disposto no Código Civil, art. 1.593.

Ao pesquisar, no âmbito da Psicanálise, para obter a resposta da pergunta “o que é um pai?”, Geneviève Delaisi de Parseval, sugere uma redefinição da limitação da parte do pai definida na sociedade, entendendo que o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens.⁷

A psicóloga judicial, Fernanda Otoni de Barros, busca respostas em Freud e Lacan ao escrever :

“Ao longo de toda sua obra de formação teórica, veremos que *Freud* não cessa de interrogar o que é um pai, percorrendo as fantasias dos neuróticos e tentando fazer consistir um pai. Já *Lacan* faz o percurso

⁶ SIDOU, J.M.Othon. Idem, p. 607 e 381.

⁷ São elas: “ –o(s) genitor(es),

- o amante oficial,
- o protetor da mulher durante a gravidez,
- aquele que pratica o resguardo (pré ou pós-natal),
- aquele que desempenha um papel no parto ou durante o pós-parto (ainda que seja um papel de evitamento,
- aquele que realiza uma cerimônia oficial durante a gravidez ou após o parto,
- o marido da mãe principal ou secundário),
- o(s) irmão(s) da mãe (tios maternos),
- o(s) irmão(s) do pai (tios paternos) (conforme levirato simples ou complexo),
- o avô (pai do pai ou da mãe),
- um homem da mesma linhagem,
- um homem pertencente ao mesmo clã,
- aquele que cria a criança,
- aquele que dá o seu sobrenome ou que a adota,
- aquele que reconhece a criança, legal e ritualmente,
- aquele que transmite uma semelhança,
- um velho considerado importante,
- um solteiro,
- uma mulher estéril,
- um homem considerado estéril,
- Deus.”

PARSEVAL, Geneviève Delaise de. *A parte do pai*, p. 46-47.

de Freud e aponta para os nomes do pai, esvaziando de poder o pai freudiano e conferindo-lhe uma forma plural.”⁸

De fato, as escolas de Psicanálise têm se preocupado com as indagações a respeito da relação paterno-filial, com diversas contribuições a partir de Freud e Lacan. É o que nos explica o médico psiquiatra Gilson Maestrini Musa:

“Por tudo isso, destaca-se a importância do pai como fonte de identificação desde os primeiros momentos do desenvolvimento do indivíduo e torna-se possível compreender que o um pai ausente ou um pai psicologicamente fraco ou incapaz de assumir a paternidade provoca na criança um sério déficit em sua identidade genital. Sem incluir a importância precoce do pai na vida do menino, não se poderia compreender jamais seu desenvolvimento normal nem seus transtornos.”⁹

Mesmo assim, cada vez mais verificamos, na sociedade moderna a presença das famílias monoparentais, estudadas por Eduardo de Oliveira Leite¹⁰, que abrangem casos em que a mulher assume sozinha o comando, as tarefas e o sustento dos filhos dentro e fora do lar. De qualquer forma, como vimos pelas conclusões dos especialistas, a mãe “ocupa” o lugar ou as funções do pai, mas não “substitui” o mesmo. O papel do pai inexistente, pela ausência física do pai ou pela ausência psicológica e afetiva, importante na construção da relação paterno-filial, ou ainda, porque inexistente o pai, não existe outra pessoa em seu lugar, que desempenhe a contento a função (pai afetivo, padrasto, pai adotivo).

⁸ BARROS, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai*, p. 50.

Para Jacques Lacan o “nome-do-pai” não se confunde com o patronímico, mas “no nome do pai, é onde temos que reconhecer a sustentação da função simbólica que, desde os tempos históricos, identifica sua pessoa com a figura da lei.” *Escritos 1*, p. 267

⁹ MUZA, Gilson Maestrini. Da proteção generosa à vítima do vazio. In: SILVEIRA, Paulo(Og.). *Exercício da paternidade*, p. 144-145. Complementa o autor, ° 147: “Crianças que não desfrutam da presença do pai acabam por enfrentar problemas de identificação sexual, dificuldade de reconhecimento de limites e de apreensão das regras de convivência social. Enfim, a criança terá dificuldade de internalização de um pai simbólico capaz de representar a instância moral do indivíduo. A falta manifestar-se-á tanto na dificuldade de exercer a autoridade na relação com o outro como na de respeitá-la, ocasionando, por sua vez, obstáculos no enfrentamento e na superação de conflitos, na ausência de rigor nas escolhas, com conseqüente possibilidade de envolvimento com delinquência, a prostituição, o consumo de drogas e o alcoolismo. Tudo isso, como diz Corneau(1991), envolvido por uma revolta infanda contra a sociedade patriarcal, revolta que devolverá ao pai faltoso a imagem de sua ausência.” No mesmo sentido, escreve a psicóloga Patrícia Arés Muzio, no artigo Paternidade (ser pai) para que serve?, In: SILVEIRA, Paulo(Org.). *Exercício da paternidade*, p. 174: “O pai, portanto, é uma figura importante para o desenvolvimento dos filhos. Está demonstrado que, independentemente da forma em que se assuma, sua presença sempre diminui os riscos potenciais do desenvolvimento do menor. Os efeitos da privação paterna (de uma paternidade tradicional) encontram-se demonstrados em diversos estudos..”

A psicóloga Patrícia Arés Muzio¹¹, através dos resultados de suas pesquisas, encontra formas diversas de paternidade, que classifica em : “pai tradicional”, “pai com manifestações de mudança” e “pai não tradicional”. Na primeira forma o pai assume o papel tradicional de masculinidade, ficando expropriado de uma paternidade terna, próxima e implicada. Na segunda forma, o pai recupera alguns elementos expropriados, como a ternura e algumas responsabilidades que fundamentalmente assume. Na terceira modalidade, o pai recupera uma paternidade próxima empática, que descobre o desfrute com o filho, que compartilha igualdade de funções com a mãe.

A partir dessas análises psicanalíticas é preciso repensar o papel da mãe e do pai na vida do filho, desvincular a idéia de que o pai é apenas o genitor, entendendo que a relação entre pais e filhos deve ser produto de escolhas mútuas.

Em pleno século XXI, convivemos com a incerteza jurídica da paternidade (*pater incertus est*), porém somente até o momento em que a paternidade biológica é determinada através do exame de DNA, paternidade que pode ou não vir conjugada com a paternidade afetiva. Segundo Luiz Edson Fachin “a incerteza quanto à paternidade superlativou-se, e nesse horizonte de incógnitas abrem-se as portas para examinar a ausência de conceito monolítico da paternidade e anunciar a necessidade de um amplo repensar a base e a estrutura das relações paterno-filiais.”¹²

Se o pai rejeita o filho e não o reconhece, em investigação oficiosa de paternidade ou em ação de investigação de paternidade, negando a paternidade e até mesmo a realização ao exame de DNA, esta situação frustrará mais o filho do que o próprio desconhecimento da paternidade. O mesmo acontece, quando o pai assume obrigatoriamente a paternidade, através de averiguação oficiosa ou ação de investigação de paternidade, mas não assume de fato o filho, rejeitando-o, mesmo após este receber seu nome e ter os direitos reconhecidos. O simples reconhecimento aqui, não basta para que se atinja a verdadeira paternidade, que além de biológica e jurídica deve ser afetiva. O reconhecimento pode criar o vínculo de parentesco, mas

¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*.

¹¹ MUZIO, Patrícia Arés. Obra citada, p. 172.

¹² FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, p. 50.

não cria o vínculo de filiação, porque ser filho vai além de ser mero descendente, ou ocupar um lugar na ordem de hereditariedade. A filiação transcende a genética e alcança a afetividade.

Pai é quem ama, cria e educa seu filho.

Seção 2

A Função da lei : Paternidade juridicamente responsável

A paternidade jurídica é aquela considerada pela lei. Está prevista no Código Civil brasileiro, denominada pela doutrina de paternidade matrimonial ou decorrente de casamento entre um homem e uma mulher. É conhecida como *pater is est*, eis que existe a presunção de que o filho nascido dentro do casamento, segundo os critérios do Código Civil de 1916, era considerado filho legítimo (diferenciação que faz o Código Civil, em relação aos filhos ilegítimos e legitimados, antes da Constituição Federal de 1988). Isto quer dizer que, presume-se que o marido da mãe seja pai do filho desta. O fundamento de tal sistema legalista é o de proteção da família, da tranqüilidade do lar, que deve permanecer, mesmo que distante da verdade.

A lei determina quem é o pai e quem é a mãe. Para a norma jurídica o marido é o responsável pelo filho nascido de sua mulher e deve assumir esta obrigação.

No sistema brasileiro de filiação estabeleceu-se *que mater semper certa est*, dentro do matrimônio, já que a maternidade apresenta-se por sinais visíveis como a gravidez e o parto, enquanto a paternidade é incerta quanto ao pai, fora do casamento.

Quanto ao filho nascido dentro do casamento, o Código Civil de 1916, elimina a incerteza e presume a paternidade, pelo princípio da *pater is est*. Presume a paternidade havida no casamento, entendendo que o pai é o marido da mãe. Dessa forma, a lei define e determina quem é o pai, quando o filho é concebido e nascido dentro do casamento.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite¹³ : “ ali onde há núpcias, há marido e mulher e, necessariamente, este marido é pai das crianças oriundas desta relação conjugal.”

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de família*, p. 120.

O intuito do Código Civil brasileiro foi proteger a instituição “casamento”. Com esta concepção romanista e inspirada no Código Napoleônico, foi fundada a família singular, patriarcal e hierarquizada, somente considerada a proveniente de casamento, onde nasciam os filhos legítimos.

Assim, o Código de 1916 defende a união matrimonializada e os filhos nascidos dentro dela, considerados legítimos, mesmo que não o fossem, para proteger a família, tutelando a paternidade apenas advinda das relações entre homem e mulheres casados, considerando ilegítimos os filhos provenientes de relações ocorridas fora do matrimônio. Em primeiro plano estava a família, unicamente a constituída pelo casamento e em segundo plano, seus membros, entre os quais o filho.

Extraímos diante dessas considerações, que a paternidade é certa dentro do casamento, por isso a lei cria a presunção de que a criança é filha do marido da mãe.

O sistema de filiação definido pelo Código Civil - *pater is est* - no intuito de proteger a família, mas em especial a própria sociedade, assegurando a ordem pública e o interesse social, está cada vez mais distante dos anseios e desejos da sociedade. É impróprio e não serve mais para solucionar os casos que envolvem a busca judicial do pai.

Com isto, os dilemas quanto à paternidade surgem, quando verificamos que nem sempre o pai definido pela lei é o pai de sangue ou biológico. A paternidade jurídica pode não coincidir com a paternidade biológica, não correspondendo a verdadeira paternidade.

Mesmo assim, na tentativa de solucionar tal impasse, nosso sistema jurídico adota a verdade jurídica sobre a verdade biológica. O que prevalece é o que determina a lei e não o sangue, é o chamado “critério nupcialista da paternidade”.

Tal princípio já não serve mais para solucionar as questões de paternidade, diante da realidade social. Nosso sistema jurídico enfrenta crise, diante especialmente dos princípios constitucionais da igualdade entre o homem e a mulher e da igualdade dos filhos.

Esta presunção de paternidade, estabelecida no Código Civil de 1916 e mantida no atual Código Civil, no art. 1.597, deve ser reexaminada, diante da Constituição Federal, que não permite a discriminação dos filhos (227, § 6º) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 27), considerando que as ações de estado são im-

prescritíveis e autorizam o filho, após a maioridade, ou enquanto menor, representado pela mãe, a impugnar a filiação decorrente de casamento, ampliando-se os meios legais para tal investigação, inclusive através dos exames científicos (DNA) que auxiliam na busca da verdade biológica da filiação.

No século XXI, diante da evolução da medicina genética, com todas as formas de procriação artificial e inclusive na “era do clone”, não podemos mais aceitar como regra ou princípio que rege a paternidade a presunção de paternidade estabelecida. Mesmo porque com a igualdade dos filhos dentro ou fora do casamento, não há mais necessidade de estabelecer que o filho é “aquele que nasceu dentro do casamento”, para protegê-lo. A presunção jurídica, ao contrário de fazer bem ao filho, poderá atribuir falsa paternidade e futuramente lhe trazer um mal maior.

A jurisprudência brasileira evoluiu diante dos fatos que se apresentavam e longe da pura legalidade, admitiu a verdade biológica e a socioafetiva, entendendo que para que haja a verdade jurídica, ou a presunção da paternidade, é necessário haver a “convivência” entre o marido e a mulher e não apenas o fato de serem casados determina a paternidade.

Como vimos essa paternidade inspirada no direito romano, está distante da realidade da família atual, muito embora seja ainda mantida e utilizada, desconhecendo a paternidade biológica e o caráter afetivo da relação paterno-filial.

No novo Código Civil, a presunção de paternidade dos filhos havidos no casamento, permanece presente no art. 1.597¹⁴, sendo que o Código Civil vigente, apenas acrescentou a filiação havida de inseminação artificial, embora tenha mantido a presunção da paternidade dos filhos “concebidos na constância do casamento”.¹⁵

Esta seção foi denominada de “paternidade juridicamente responsável”, reveladora da função da lei diante da determinação da paternidade, ou seja, se a lei é

¹⁴ “ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos 180(cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

¹⁵ Este tema foi tratado na Parte I, Capítulo I, deste trabalho.

quem determina que o pai é o marido da mãe, esta é a paternidade jurídica, que torna o pai, marido da mãe o responsável pelo filho, nascido dentro do casamento.

Seção 3

A Função do exame de DNA:

Paternidade geneticamente responsável

Pai é quem gera ou seja aquele que contribui com o material genético para a formação daquele ser que será seu filho. Por muito tempo foi também considerado o marido da mãe, como vimos na paternidade jurídica. Porém, após a elevação da união estável e das famílias monoparentais à condição de entidades familiares, protegidas pelo Estado, na Constituição de 1988, o pai biológico pode ser o marido, o companheiro, o namorado ou terceiro que dá o sêmen, nos bancos especializados, para a realização da fecundação artificial. A ligação biológica, entre o pai e o filho, é feita através dos laços de sangue.

A paternidade genética existe antes mesmo do nascimento do filho, já no feto, no embrião, ou na formação dos genes dos pais. É imutável. Mesmo que se queira, não é possível deixar biologicamente de ser filho de quem se é. Nesta modalidade de paternidade, o filho não escolhe o seio familiar, não pode escolher a sua origem, pois a sua identificação pessoal ocorre através da análise do seu DNA.

Todo ser tem um pai e uma mãe que o gera, independentemente da sua vontade ou apenas por força da natureza, através do encontro dos gens do pai com o gens da mãe.

Após a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 8.560/92, não há dúvida que a paternidade biológica ou real tem prioridade sobre as outras formas de paternidade. Não é possível se admitir norma jurídica que impeça esta busca ou “crie embaraços à descoberta da verdadeira paternidade, ou seja, a paternidade biológica ou genética.”¹⁶

¹⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow. A igualdade jurídica na filiação biológica em face do novo sistema do direito de família no Brasil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim(Coords.). *Repertório de doutrina sobre direito de família-aspectos constitucionais, civis e processuais*, vol. 4, p. 394.

Não existindo nenhuma presunção de paternidade, quanto aos filhos havidos fora do casamento, para que se estabeleça uma relação de paternidade jurídica entre o pai e o filho, é necessário que o pai o reconheça voluntariamente, ou em não o fazendo, o filho, se for menor, poderá através da mãe, promover o reconhecimento oficioso da paternidade ou a investigação de paternidade, ou se maior, poderá promover ação de investigação de paternidade, que é imprescritível, conforme determina o art. 1º, da Lei 8.560/92 e o novo Código Civil, nos arts. 1.607 a 1.617.

A Lei nº 8.560/92, apresenta duas novas formas de reconhecimento da paternidade: 1ª) através de escrito particular(art. 1º, II) e 2ª) a que ocorre por manifestação expressa e direta ao juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (art. 1º, IV), no intuito de facilitar o reconhecimento. As mesmas formas de reconhecimento voluntário, estão previstas no novo Código Civil, no art. 1.609.

Com o surgimento da Lei nº 8.560/92, abrandou-se o rigorismo da presunção de paternidade, que era superior a paternidade real ou biológica e permitiu-se a utilização, cada vez mais comum, dos métodos científicos, especialmente, da prova científica do DNA, com poder inquestionável, atingindo quase 100% de certeza, na prova da paternidade biológica de uma pessoa, auxiliando a Justiça no estabelecimento da filiação. Assim, a paternidade biológica deve prevalecer sobre a paternidade jurídica.

Portanto, com a utilização dos exames de DNA, priorizou-se a filiação determinada pelos laços de sangue, constatação que tem gerado questionamentos na doutrina, diante da valorização excessiva dos vínculos biológicos nas relações entre pais e filhos, e desconsideração dos vínculos afetivos.

Não contentes com a supervalorização do sangue, em detrimento do afeto, autores pretendem a desbiologização da paternidade e outros entendem que deve haver a dessacralização do exame de DNA, como é o caso de Zeno Veloso, já citado, porém não podemos desconhecer a importância do exame na verificação da paternidade.

Segundo Luiz Edson Fachin “o avanço da técnica médica presta relevantes serviços aos fins do Direito de Família. Sem embargo, a plena possibilidade de atestar a verdade biológica em percentuais elevados de confirmação da paternidade pela via do exame de DNA, traduz consigo mesma um paradoxo: a verdade biológi-

ca pode não expressa a verdadeira paternidade. Cogita-se, então, da verdade sócio-afetiva, sem exclusão da dimensão biológica da filiação.”¹⁷

O exame de DNA é o marco inicial na descoberta dos laços de sangue, sem ele não é possível encontrar a verdade biológica, de onde parte toda a trajetória de vida da pessoa que busca sua origem. A partir do exame de DNA, é possível prosseguir na busca da paternidade biológica responsável.

Mesmo enfrentando as discussões sobre a verdadeira paternidade, podemos extrair uma certeza, a de que filho tem direito a paternidade real e responsável, segundo previsão constitucional e legal, através da Lei 8. 560/92, obtida através do exame de DNA..

Seção 4

A Função do pai: Paternidade afetivamente responsável

A partir do princípio da igualdade da filiação, trazido pela Constituição Federal, verificamos uma necessidade de reestruturação da família, até então regulada pelo Código Civil e algumas leis especiais, reformulando algumas verdades jurídicas, como a estabelecida pela presunção *pater is est*, chegando a verdade biológica da filiação, que por ser insuficiente, exige dos operadores jurídicos respostas na busca da verdadeira paternidade.

Diante desse impasse, entre a verdade jurídica e a verdade biológica, surge a paternidade afetiva, denominada socioafetiva por alguns autores, que apesar de já estar consagrada em diversos países, principalmente europeus, no Brasil só recentemente vem sendo analisada e defendida pela doutrina, bem como foi inserida no Código Civil, no art. 1.593, de forma aberta.

A verdade socioafetiva tem existência, a partir do momento em que “ a verdade biológica da filiação se constrói” ¹⁸ e reside antes no serviço e no amor que na

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Curso de Direito Civil: elementos críticos do Direito de família*, p. 236-237.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. A triplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda . *Repertório de doutrina sobre direito de família-aspectos constitucionais, civis e processuais*, vol. 2 , p. 178.

procriação, “ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.”¹⁹

Na paternidade socioafetiva, encontramos a noção de “posse de estado de filho”, que não é um vínculo biológico entre pai e filho, mas um vínculo duradouro estabelecido através da vontade e do desejo de tratar aquela criança como verdadeiro filho, dando-lhe afeto, cuidados, educação, nome e sustento, de forma pública e notória. Ambos tratam-se como pai e filho. Cada membro da família ocupa o lugar de pai, mãe e filho, com direitos e deveres, exercendo as funções paterno-filiais.

A legislação brasileira não estabelece expressamente, a posse do estado de filho, ao contrário de países como a França, Espanha e Portugal, entre outros.

O novo Código Civil apresenta, implicitamente a posse do estado de filho, como um modo admissível em direito de provar a filiação, “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.”, no inciso II, do art. 1.605, sendo necessário para demonstrá-la os seguintes elementos: *nomem*, *tractatus* e *reputatio* ou fama.

Alguns autores brasileiros²⁰ defendem a verdade socioafetiva, amparados pelo critério da posse de estado de filho, sem desconhecer a importância da verdade biológica, mas buscando uma verdade mais relevante para o sistema e fundamental para a determinação da paternidade responsável.

A paternidade socioafetiva vai além da reprodução e dos vínculos parentais de laços de sangue. O vínculo que une as partes aqui é o afeto. Na prática jurídica, essa modalidade é constatada na posse do estado de filho.

Portanto, se a filiação se constrói como entendem Luiz Edson Fachin e Eduardo de Oliveira Leite²¹ o “ser gerado” – verdade genética, pode não receber o tratamento de verdadeiro “filho”, porquê:

¹⁹ VILLELA, João Batista. *Obra citada*, p. 47.

²⁰ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: Posse de estado de filho : paternidade sócioafetiva*, p. 16; FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida e Da paternidade: relação biológica e afetiva*.

²¹ No entendimento de Edson Luiz Fachin, na obra *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p.23, além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, para que haja integração entre pai-mãe-filho deve agregar-se um elemento a mais: “esse elemento se revela na afirmação de que a paternidade se constrói, não é apenas um dado: ela se faz.”

No mesmo sentido Eduardo de Oliveira Leite, Exame de DNA, ou o limite entre o genitor e o pai. In: *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, p. 84.

1. O pai que gera deve reconhecer voluntariamente o filho, manifestando a sua vontade e o mínimo de afeto em relação aquela paternidade, para que prevaleça a verdade socioafetiva ou
2. Mesmo reconhecida forçosamente ou oficiosamente a paternidade, o pai biológico deve assumir afetivamente o ser que gerou, o que configura a verdade socioafetiva.

Podemos dizer então, que o pai que não reconhece o filho espontaneamente ou voluntariamente, mas forçosamente, desrespeita além do princípio da paternidade responsável, o princípio da igualdade de filiação, estabelecido na Constituição Federal, comprometendo-o, pois os “filhos iguais” realmente, seriam somente os reconhecidos e assumidos pelos pais voluntariamente.

Então o termo “filho” não tem sido adequadamente empregado no Direito de Família, quer pela lei, quer pela doutrina ou pela jurisprudência.

O filho é um ente, pessoa humana com direitos e obrigações na ordem civil, porém não goza do *status*, ou seja da condição de filho, enquanto não reconhecido. Podemos dizer que na paternidade biológica ou genética o “ser gerado” se chama “descendente” apenas e não “filho”, na acepção socioafetiva.

A paternidade socioafetiva pode ou não acompanhar o nascimento do filho, permanecendo por toda a vida .

Para Eduardo de Oliveira Leite, ninguém pode sustentar que os laços biológicos são mais importantes que os laços afetivos e de confiança mútua.²² No mesmo sentido Florisa Verucci ao entender que “ uma paternidade imposta por sentença, ou por uma presunção legal, contra sua vontade expressa e determinada jamais será transformada em paternagem, em paternidade afetiva, a única que pode interessar e servir ao filho.”²³

O filho deve ser ‘filho’ em qualquer condição, como pretende a Constituição Federal (art. 227, § 6º), o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 27) e o novo Código Civil, no art. 1.596. Não devemos diferenciar o gerado, do adotado, do reco-

²² LEITE, Eduardo de Oliveira . O exame de DNA-Reflexões sobre a prova científica da filiação. In: *Repertório de Doutrina sobre direito de família*, p. 121. Ao considerar que a : “ verdadeira filiação-esta a mais moderna tendência do direito internacional – só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética”.

²³ VERUCCI, Florisa. O direito de ter pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira(Coord.) *Grandes temas da atualidade:DNA como meio de prova da filiação*, p. 98.

nhecido voluntariamente e do reconhecido judicialmente, senão para efeitos didáticos. Porém, embora os efeitos jurídicos sejam os mesmos para os filhos de qualquer natureza, existe diferença entre os filhos, nas questões que tratam do reconhecimento da filiação. A própria doutrina majoritária entende que ser genitor é diferente de ser pai, sendo assim, o produto gerado por este genitor não pode ser chamado de filho, mas de “descendente” apenas, já que “filho” será aquele que é reconhecido e desejado pelo “pai”, que exerce a verdadeira paternidade, a socioafetiva e não apenas a biológica.

Estamos, portanto, em plena mudança na questão da filiação, um novo rumo vem surgindo, se não ainda na consciência social, na doutrina e na jurisprudência em relação ao assunto, eis que durante os séculos passados o que se pretendeu em matéria de filiação foi criar regras jurídicas que impusessem o reconhecimento da paternidade, seja na forma voluntária ou judicial, estabelecendo-se constitucionalmente a responsabilidade que recai sobre a paternidade e ainda, criando lei específica, como a Lei nº 8.560/92.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência entendem que não basta ser apenas o pai biológico, é necessário conviver, dar amor, participar da vida do filho. Entendem que ser pai biológico é apenas um elemento que integra a verdadeira paternidade, mas não é tudo, pois é necessário a existência do caráter afetivo na relação paterno-filial. Essa a figura atual do pai.

Para Luiz Edson Fachin “ a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.”²⁴

Com esse entendimento, citamos Eduardo de Oliveira Leite: “ o que a evolução histórico-cultural comprovou, e de forma inquestionável, é que a função paterna está irremediavelmente ligada ao amor de um pai pelo seu filho. Fora desta relação

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p. 169.

pode haver laço biológico por si só insuficiente a criar qualquer vínculo de paternidade, incapaz de gerar uma relação paterno-filial.”²⁵

O exame de DNA e a averiguação oficiosa servem para explicar a origem, o parentesco, a descendência, porém não conseguem atingir a formação do ser constituído, seu desenvolvimento pessoal, caráter e personalidade, que ficam alheios ao amor e afeto daquele que apenas o gerou, mas não assumiu a função de pai.

Somente o reconhecimento voluntário contempla verdadeiramente a paternidade socioafetiva e traduz a relação paterno-filial, pois é a vontade desinteressada e declarada de assumir o filho. Salientamos que o reconhecimento voluntário, também pode ser feito com a utilização do exame de DNA para confirmá-lo.

Há voluntariedade no reconhecimento da paternidade no art.1º, da Lei 8.560/92, quando se refere ao reconhecimento através de escrito particular e da declaração perante o juiz, porque “quer ser pai”, o que reflete a afetividade pelo filho.

O reconhecimento forçado, em regra, não consegue demonstrar a verdade socioafetiva, porque há obrigação-dever e não o desejo-vontade no ato do reconhecimento. Por isso, a paternidade só é responsável, na amplitude do significado, se for voluntária e não forçada, através de imposição legal.

Os resultados de uma investigação oficiosa, obtidos através do exame de DNA, atendem as necessidades biológicas, a determinação da origem do filho, mas é preciso mais do que isso para atingir a paternidade plena, é imprescindível que se atenda as necessidades psico-sociais humanas do ser que foi gerado e que deverá ser chamado de filho. Pois o indivíduo é um todo, tem necessidades materiais de sobrevivência, tem desejos, sentimentos e emoções que também o alimentam e o desenvolvem para o enfrentamento da vida. Necessita ter conhecimento da sua origem, seus laços de parentesco, resgatando sua ascendência, recebendo um nome, para desenvolver sua personalidade e formar uma identidade.

As procriações artificiais como as inseminações e fertilizações *in vitro*, as doações de gametas, a barriga de aluguel, valorizaram mais a verdade socioafetiva em detrimento dos laços de sangue. Da mesma forma a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, priorizaram o aspecto afetivo ao

²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova na filiação...*, p. 67.

biológico, na questão da filiação, já que colocaram em igualdade de condições os filhos de qualquer natureza, inclusive os adotivos.

O conceito de família mudou, não é só um grupo de membros preocupados essencialmente com a procriação, mas um grupo onde reina a afetividade.

Há diferença entre “ser” pai e “querer” ser pai. Não é sendo o pai, que o indivíduo se torna pai de verdade, mas sim reconhecendo, convivendo, assumindo o filho literalmente, por isso não é “sendo” o pai “no registro de nascimento”, mas “tornando-se” o pai “na vida”. O ideal segundo o professor Luiz Edson Fachin, é que as duas verdades: a biológica e a socioafetiva, existam na relação paterno-filial, pois :

“O pai não pode ser aquele a lei presuntivamente atribui a paternidade, essa *verdade jurídica*, emergente da presunção *pater is est*, cujo caráter praticamente absoluto foi consagrado pelo sistema clássico, deve ceder à busca da verdadeira paternidade, do ponto de vista biológico.

Porém, a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

Da conjugação harmônica desses vetores, a disciplina jurídica dos modos de estabelecimento da paternidade, especialmente aquele que se dá por força da presunção *pater is est*, poderá realmente encontrar, na ambivalência sopesada das *verdades* biológica e socioafetiva, os alicerces de superação das deficiências do sistema clássico, encartado no Código Civil brasileiro, para não mais selar relações fictícias e sim cancelar a verdadeira paternidade.”²⁶

Assim, mesmo que a Lei nº 8.560/92, tenha reconhecido o significado do pai na vida do filho, através da paternidade responsável, a paternidade não deve ser apenas biológica.

A noção de paternidade socioafetiva não foi inserida no Código Civil de 1916, porém podemos entender como dito acima, que foi inserida na Constituição Federal de 1988, no art. 227, § 6º, quando igualou todos os filhos, inclusive os adotivos. Também no Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente quando trata da adoção e da família substituta.

No novo Código Civil, foi recepcionada a concepção de “afetividade”, no art. 1.584, parágrafo único, que trata da guarda dos filhos, ao prever a necessidade da

²⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p. 169.

afetividade na relação de parentesco, o que aplica-se analogicamente na relação paterno-filial, quando afirma: de preferência levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade. Assim, já se observa a nova mentalidade do legislador ao estabelecer os dois elementos necessários na relação de parentesco, para que se possibilite a guarda de menores:

1. O parentesco = verdade biológica e
2. A afinidade e afetividade = verdade socioafetiva.

Esse dispositivo conjuga os dois elementos, equilibrando a relação. Portanto, a legislação brasileira em matéria de filiação, começa a valorar a afetividade nas relações de família. Como o artigo se refere a guarda dos filhos, atinente , em regra aos pais, diz respeito à filiação, podemos estender por analogia esta regra às questões de paternidade. Dessa forma, os fatos se impõe perante o direito .

Além do mais, o novo Código Civil brasileiro, no art. 1.593, ao tratar das relações de parentesco, finalmente dispôs sobre o parentesco sociológico e afetivo, estabelecendo que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

O parentesco natural ou civil já fora previsto no Código Civil anterior, sendo que o parentesco era considerado o vínculo existente através da consangüinidade e da adoção. O parentesco é consangüíneo “ quando duas ou mais pessoas se originam de um ancestral comum”²⁷ e, o parentesco é considerado civil “ quando o vínculo é estabelecido não por laços de sangue mas por ato jurídico voluntário, denominado adoção.”²⁸ O parentesco civil, instituído pela adoção, segundo Gustavo Tepedino, tem em sua base subjetiva as relações de afeto que fazem com que o filho adotivo venha a integrar a família do adotante, mesmo que não possuam vínculo de sangue.²⁹

Com a vigência do novo Código Civil, verificamos que as relações de parentesco foram ampliadas, reconhecendo o código como jurídica a relação de parentesco existente entre pessoas ligadas por laços de sangue, bem como entre pessoas ligadas por “outra origem”. Nesta expressão, podemos inserir algumas formas de parentesco como: adoção, afinidade e posse de estado de filho (afetividade).

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito civil*, p.392.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Obra citada*, p. 392.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Idem*, *ibidem*.

Como se verifica, no termo “outra origem” está contida a verdade socioafetiva ou a filiação socioafetiva nas relações familiares, não restando mais, qualquer dúvida de que existe previsão legal reconhecendo a afetividade como fator essencial para estabelecer a filiação, em questões judiciais de averiguação e investigação de paternidade.

Assim, está claro que o legislador inseriu na nova legislação a verdade sociológica e afetiva nas relações de parentesco, entre as quais está a mais próxima e intensa, ou seja, a relação entre pais e filhos.

Portanto, muitas dúvidas e controvérsias em torno da filiação, especialmente da previsão e aceitação da filiação socioafetiva se dissiparam após a entrada em vigor deste Código.

Agora já podemos classificar, efetivamente, no âmbito jurídico, a filiação como: jurídica, biológica e socioafetiva.

Com isso, ficou legalmente reconhecida a verdade socioafetiva nas relações familiares, entre as quais está a questão da paternidade socioafetiva, já admitida em algumas situações pela jurisprudência e defendida por alguns doutrinadores.³⁰

Assim, a filiação é o vínculo ou a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, seja através da consangüinidade, seja através da adoção, ou ainda advindo de outra origem, ou seja, a filiação também é determinada pela afetividade.

O afeto que liga o pai e a mãe ao filho, que criaram e educaram, mesmo sem vínculo de sangue, é elemento que por si só, permite o reconhecimento da filiação, trazendo paz e segurança as famílias brasileiras, que assim se constituíram, com laços de amor e afeto.

Temos agora um novo e esperado perfil na filiação brasileira, que implica no adequado manejo da norma pelos operadores jurídicos.

Não resta dúvida de que a tutela absoluta foi dada a pessoa do filho, com base no art. 6º, da Lei nº 8.560/92.

Podemos então, classificar legalmente a filiação em biológica, adotiva e afetiva e, os filhos, respectivamente, em biológicos, adotivos e afetivos.

³⁰ Entre os quais: FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou o limite entre o genitor e o pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade...* VELOSO, Zeno. A sacralização do exame de DNA na Investiga-

Com isso, a atribuição do estado de filho poderá ocorrer de forma presumida ou jurídica; através do reconhecimento voluntário; através do reconhecimento judicial, bem como através da ligação afetiva entre pais e filhos.

Esses novos vínculos de filiação, que são espécies de relações de parentesco, reconhecidas através do art. 1.593 do novo Código Civil, representadas pela expressão 'outra origem', se harmonizam com o art. 1.597, incisos III a V, ao reconhecer a presunção da paternidade do marido que consente na inseminação artificial heteróloga de sua esposa, já que neste caso a outra origem, é a decorrente da técnica de reprodução assistida, em que o sêmen é doado por terceiro. Sendo assim, o marido é o pai afetivo da criança gerada, o que resulta na filiação afetiva.

Por isso a paternidade não decorre mais apenas dos genes, mas do amor, desejo de estar juntos e construir uma família, com afeto e generosidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, inova ao dispor sobre pais sociais ao tratar da família substituta, nos arts. 28 a 32, ampliando o conceito de pai, que tem função social e não somente biológica. Não há como se desvincular o laço biológico do parentesco, porém o que se pretende é aliar ao vínculo biológico o soci afetivo e não, separá-los. A paternidade é uma só e a família, a partir da Constituição Federal de 1988, não é mais espaço econômico e de reprodução, mas é principalmente um local de geração e distribuição de afeto.

A propósito, já escrevemos que

“ a família, segundo a Constituição Federal, deixou de ser a unidade de produção e reprodução para ser a instituição protegida pelo Estado, para assegurar a dignidade de seus membros e, principalmente, a proteção dos filhos. Com isso, o Direito de Família tomou novo rumo; a caminho da 'constitucionalização' em conjunto com a 'repersonalização' dos relacionamentos familiares.”³¹

Portanto, após a Constituição Federal de 1988, houve uma profunda alteração na concepção jurídica da família, originando no novo Código Civil uma mudança na ordem jurídica da filiação e conseqüentemente surgindo um novo pai e uma nova

ção de paternidade. In: Leite. Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade...* VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, v. 271.

mãe, com ligações que vão além dos laços de sangue ou até dispensam a existência dos mesmos, bastando unicamente o vínculo de afeto e a disposição para criação e educação, o que necessita de vontade, afeto e responsabilidade paternos.

A paternidade socioafetiva significa afeto, carinho, amparo e cuidado com o filho. Eis aqui a questão da paternidade, segundo Moacir Gadotti: “ é preciso ter tempo e disponibilidade para viver com os filhos. Amor paterno (materno) é presença ativa e atenção. É construção. Não é instintivo, genético. É ‘conquista’ (Badinter: 1985).”³²

Neste sentido é formada a identidade do pai e do filho, segundo a psicóloga Vera M. R. de Vasconcelos:

“Um ser humano só se torna *pai* (e constrói a identidade de pai) ao reconhecer em outrem a condição de *filho* (construindo por ele ou com ele tal identidade), ao mesmo tempo em que é identificado, por aquele como pai. Elimina-se, assim, com tal afirmação (que parece óbvia), o determinismo biológico das relações interpessoais, ao se enfatizar o processo de construção e compromisso intencional na elaboração dinâmica desses papéis sociais recíprocos. Em outras palavras, o sujeito só se constitui e produz uma identidade de *pai* ou de *filho*, pelo papel ativo que exerce em sua constelação familiar e na sociedade, referendado pelo papel dos outros sociais que o cercam. Sempre se será pai ou filho de alguém que reconheçamos como tal, independente de sua presença física e/ou herança biológica.

(...)

Assim, sendo, o desenvolvimento de qualquer identidade ou papel social – e *paternidade* é um papel social – é um processo de construção que se dá *nas e por meio* das múltiplas interações que se estabelecem entre um indivíduo e seus outros sociais e, *particularmente, com aquelas nas quais existe um maior vínculo afetivo.*”³³

Médicos e educadores³⁴ são convictos em afirmar a importância da figura materna e da figura paterna na vida do filho, enquanto criança ou adolescente, determinante da formação do seu caráter e personalidade. Porém, o pai está ainda muito ausente na vida de inúmeras crianças, não só ausente no registro de nasci-

³¹ CAROSSI, Eliane Goulart Martins. As relações familiares e o Direito de Família no século XXI. In: OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de (Org.). *Temas de Direito privado*, p. 186.

³² GADOTTI, Moacir. Amor paterno, amor materno: o quanto é necessário, o quanto é insuficiente: reencontro com a dialética do amor paterno. In: SILVEIRA, Paulo(Org.). *Exercício da paternidade*, p. 109.

³³ VASCONCELOS, Vera M. R. de. Desenvolvimento humano, psicologia e cultura. In: SILVEIRA, Paulo(Org.). *Exercício da paternidade*, p. 43.

³⁴ MONTGOMERY, Malcolm. *O novo pai*, p. 118 e 104. E, COMEL, Nelsina Elizena Damo. *Paternidade responsável*, p. 26.

mento do filho, bem como ausente da vida do filho, quando é reconhecidamente o pai, mas não assume afetivamente o filho.

A opção de escolher alguém como filho está configurada na adoção e na inseminação artificial, além de se revelar na posse do estado de filho, que traduz o caráter afetivo da paternidade.

Assim, com a despatrimonialização do Direito de Família e em especial nas questões relativas à filiação, surge a nova concepção de paternidade fundada no afeto entre pais e filhos.

Seção 5

A função do responsável : Paternidade responsável

O modelo de paternidade do nosso Código Civil Brasileiro, foi inspirado no Direito Romano, em que “ o casamento determina o pai”, já que o filho deveria surgir de relações de casamento, entre um homem e uma mulher, havendo inclusive presunção de paternidade do filho havido de casamento. O pai é aquele que as núpcias demonstram.

Após a Constituição Federal de 1988, que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da paternidade responsável, no art. 226, § 7º, e foi disciplinado pela Lei nº 8.560/92, no caso do reconhecimento da paternidade dos filhos havidos fora do casamento, podemos afirmar que temos um princípio maior que rege as questões de paternidade - o princípio da paternidade responsável, que por estar disciplinado de maneira genérica na Constituição Federal é um princípio constitucional, que independe da condição do filho ou da relação de casamento.

Dentro ou fora do casamento, o princípio é o mesmo. Os pais (em sentido amplo) e o pai (em sentido restrito) são os responsáveis pelos filhos gerados ou adotados. Enfim, diante do acolhimento pela Constituição Federal de outras entidades familiares, como a união estável e a família monoparental, tornou-se necessário criar um princípio único para todas as formas de relacionamento familiar, que atendessem aos interesses do filho. Com isto “ a lei responsabiliza o pai”, na certeza de estar atendendo aos anseios da sociedade e especialmente dos filhos, que necessitam conhecer sua origem e conviver com seus pais.

A paternidade, mesmo através do exame de DNA, realizado na investigação oficiosa de paternidade não será responsável, como quis o constituinte de 1988, nem jamais será se não for encarada a exata dimensão da responsabilidade, que vai além da mera confirmação do pai, ou da efetivação da pensão alimentícia, bem como da atribuição do nome do pai no registro. A responsabilidade paternal vai além disso. Estamos apenas diante da parte exterior, onde está a parte interior do reconhecimento? Temos o envólucro e não temos o conteúdo (há um vazio interno). Onde estão localizados o afeto, o amor e os fatores psicológicos nesta relação?

A paternidade responsável, segundo a intenção do legislador significava apenas e tão somente a importância do progenitor na vida do filho menor, no sentido de promover a formação da identidade pessoal e social desse ser humano, pois “o direito de ter pai é o norte que deve orientar essa bússola, sempre no interesse do filho/filha.”³⁵

Após a Constituição Federal ter inserido o princípio da paternidade responsável e com a Lei nº 8.560/92, que aderiu a esse princípio, há uma nova modalidade de pai e/ou um novo sentido para o termo. O pai que gera, além de ser o “pai biológico” deve ser responsável por aquilo que gerou, deve registrá-lo, criá-lo, sustentá-lo e educá-lo.

Por isso, o sentido de paternidade responsável é amplo e deve englobar todas as outras formas de paternidade, geradas por ela. É a “célula mãe”, as outras formas decorrem dela.

Senão vejamos:

PATERNIDADE RESPONSÁVEL = Paternidade biológica (DNA) + Paternidade jurídica + Lei nº 8.560/92 + Paternidade Afetiva.

Em todas essas formas de caracterização, a paternidade deve ser uma só: a responsável, quer seja jurídica, biológica ou afetiva.

A paternidade responsável é voluntária ou involuntária. No primeiro caso, quando o pai assume e registra o filho, mesmo após ter recebido a notificação, conforme a Lei nº 8.560/92 para fazê-lo, realizando o reconhecimento de forma voluntária, mesmo que não espontânea. Será involuntária, quando necessitar do procedimento de averiguação oficiosa, que ocorrerá contra a sua vontade, muitas vezes impedindo a realização do exame de DNA, ao recusar-se a fazê-lo. Mesmo não de-

³⁵ VERUCCI, Florisa. *Obra citada*, p. 99.

sejando, se comprovada a paternidade, será responsável, devendo assumir todas as obrigações decorrentes da paternidade.

O princípio da paternidade responsável é tão amplo, que por si só, já bastaria para fundamentar a obrigação do suposto pai ao exame de DNA. A responsabilidade que deve ser assumida pelo pai, passa pela concepção do filho, busca o reconhecimento, quando não existe e vai em direção a sua criação, educação e formação ao longo da vida, num caminho que vai da consangüinidade ao estabelecimento jurídico da paternidade. A paternidade responsável também poderá ter caráter afetivo, quando o pai assume e aceita voluntariamente o filho.

Entendemos neste trabalho, que a verdadeira paternidade passa pelo princípio da paternidade responsável. A responsabilidade de ser pai passa por diversos estágios que podem ou não ser independentes, como o critério biológico, o jurídico e o sócio-afetivo. O pai não “é anônimo”, mas sim ele pode “estar anônimo”, pois o pai sempre vai existir, muito embora apenas seja revelado através da averiguação oficiosa e/ou via exame de DNA.

Assim, a partir do princípio da paternidade, vemos uma única verdade na filiação brasileira, a verdade responsável, ou seja, a paternidade responsável, que pode ser jurídica, biológica e/ou afetiva. O pai é responsável pelo ser gerado. As formas plurais de paternidade, frutos de concepções sociais ou jurídicas, descritas neste trabalho são pólos de uma única: a paternidade responsável.

Não basta ser o pai biológico, se este fato não surtir nenhum efeito no mundo jurídico. O pai deve ser responsável pelo filho, em todos os sentidos.

É fundamental que a verdade real (biológica) somada a verdade formal (jurídica) nas ações que determinam o estado das pessoas, gere a paternidade responsável.

Mas, não somente o pai biológico, ou o pai jurídico são responsáveis pela criação, educação e sustento do filho, o pai afetivo ou social também tem em decorrência da paternidade social, uma série de responsabilidades, que se não as assume obrigatoriamente ou coativamente, assume-as por vontade própria, o que não deixa de constituir-se em responsabilidades perante o filho assumido.

A responsabilidade é a de “ser” o pai, não importa qual a forma que possibilita o encontro da verdade na filiação: se via biológica, jurídica ou afetiva. Há diferença entre “ser” o pai (verdade biológica) e querer “ser” o pai (verdade socioafetiva).

Não podemos mais afirmar a presunção de paternidade, nem a certeza da maternidade, diante da prova obtida via exame de DNA, mas podemos afirmar com toda a certeza que a paternidade obtida via procedimento oficioso de paternidade, através do exame de DNA é a paternidade responsável .

Assim, a partir do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, o pai não deve mais ser simplesmente o genitor, figurando em papel secundário, mas deve exercer novas funções oriundas dessa igualdade, bem como do princípio da paternidade responsável, dividindo com a mãe todas as atividades e funções inerentes a paternidade, como criação, educação, convivência, sustento e relação afetiva com o filho. Esta a verdadeira paternidade responsável.

O pai somente será o pai de verdade, quando assumir responsabilmente seu filho, não apenas quando for o marido da mãe, nem quando transferir os seus genes, nem somente quando der afeto, mas quando for: 1. o marido da mãe “responsável” pelo filho, seja pela sua educação, seja pelo seu sustento; 2. o pai biológico “responsável” pela procriação, pela transmissão do sangue, nome e patrimônio e, 3. o pai afetivo “responsável”, pelo desenvolvimento saudável e pleno do filho.

O exame de DNA contribui de forma concreta para a determinação da paternidade, porém não significa que esta seja responsável, apenas porque confirmou-se através do exame de sangue a paternidade biológica..

Tal exame, que constata a verdade biológica, deveria ter íntima relação com a paternidade responsável. Porém, na prática isso não ocorre, porque o liame biológico pode existir independentemente do liame afetivo.

Quando um pai é biologicamente e juridicamente o pai de uma criança e não a assume responsabilmente e afetivamente, pouco importa a comprovação do vínculo de parentesco, eis que não haverá a pretendida paternidade responsável, desejada pela lei.

O que se constata, na prática, é que um ser foi gerado. O que se comprova, na verdade, é que houve relacionamento sexual entre o homem “Y” e a mulher “X”, ou seja, entre duas pessoas de sexos diferentes e, não o envolvimento triangular da relação pai-mãe-filho. Na realidade um “ ser” foi “gerado” e não um “filho” foi desejado e esperado. Neste caso, o “filho” não existe e não existirá enquanto àquele que o gerou não assumir realmente a paternidade, ou seja, a paternidade responsável não significa apenas a confirmação dos dados genéticos da mãe, do pai e do filho;

não significa apenas dar nome e alimentos, mas conviver com este filho efetivamente (o dever de convivência está previsto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal) e mais do que isto, afetivamente.

O filho é mais do que 50%(cinquenta por cento) dos cromossomos do pai e 50% (cinquenta por cento) dos cromossomos da mãe. Não pode significar apenas a frieza desses dados genéticos.

Conseqüentemente, ao “descendente” se atribui nome, patrimônio e bens e ao “filho”, se garante tudo isso e mais o amor, o afeto e o companheirismo, que só podem existir se ultrapassada a mera paternidade genética e atingida a plenitude da paternidade afetiva.

Por isso, o reconhecimento biológico da paternidade, na forma forçada ou na oficiosa, através da Lei nº 8.560/92, para quem o filho é herança genética, com direitos de descendência garantidos, não basta para o estabelecimento da verdadeira paternidade. É necessário que o pai reconheça afetivamente o filho, que deve representar mais do que o produto de um relacionamento, mas um ser querido e desejado por seus pais.

Em decorrência, a verdadeira paternidade responsável, constitucionalmente prevista, deve abranger o aspecto legal e científico do reconhecimento, aliado ao aspecto afetivo.

Esse é o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite,³⁶ ao observar que o legislador esteve mais próximo da realidade socioafetiva, ao inserir a paternidade responsável, pondo fim, formalmente a superioridade da paternidade biológica.

A paternidade só será responsável, quando o pai estiver ligado afetivamente ao filho. Normalmente, na grande maioria dos casos não é o que ocorre. O pai, mesmo após o reconhecimento muitas vezes rejeita o filho, negando-se a reconhecê-lo socialmente e emocionalmente. Assim, muitas vezes não contribui com a pensão alimentícia do filho ou atrasa o pagamento, deixa de visitar o filho menor, não presta nenhuma forma de assistência ao filho, nem lhe transmite cuidados e carinho, sequer mantém contato por telefone com o mesmo, ignorando totalmente a sua existência. Muitas vezes é o próprio filho que, uma vez tendo sido reconhecido judi-

³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade-DNA como meio de prova da filiação*, p. 80.

cialmente, ignora o pai, já que este o fez sofrer por muito tempo, desconhecendo a sua existência. Assim, não fala com o pai e nem deseja vê-lo.

Para a lei não interessa se foi apenas uma relação sexual e, certamente para o filho também não interessa essa questão, o que ele quer é ver declarada a paternidade, conhecer sua origem, etc.

Não podemos concordar com aqueles que defendem a não obrigatoriedade do exame de DNA pelo suposto pai, eis que dessa forma estar-se-á isentando o pai verdadeiro da responsabilidade que lhe é inerente através do desempenho das funções de pai.

O exame de DNA é o meio capaz de determinar a paternidade com elevado grau de certeza, não podemos privar as partes e principalmente o filho desta certeza, seja pelo critério de desumanidade, seja pelo critério da injustiça.

A paternidade, pode manifestar-se de diversas formas como vimos: biológica ou genética, jurídica e socioafetiva. Todas essas modalidades podem ser combinadas entre si, existindo independentemente uma da outra, ou vinculando-se uma a outra. Mas, a paternidade biológica, realizada através do exame de DNA, só pode ser considerada responsável, quando o pai assumir todas as funções e não somente a procriação do filho, o que só ocorre se houver afeto conquistado e espontâneo e não obrigatório e imposto. Dessa forma o responsável será o “pai”.

PARTE V

A DESIGUALDADE NO TRATAMENTO DOS FILHOS

CAPÍTULO I

CARACTERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO

Os filhos, de qualquer natureza, devem ser iguais perante a lei. Mas o que é “ser” filho?

Filho, para o direito brasileiro, sempre foi considerado o ser ligado através da relação de parentesco aos seus pais, por consangüinidade, estando na linha reta, descendente, em 1º grau, na ordem de parentesco.

Silvio Rodrigues define a *filiação* como sendo “a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado.”¹

A expressão ou o “termo *filiação* exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram”, segundo Sílvio de Salvo Venosa.²

Grande parte da doutrina nacional define filiação como a relação que une uma pessoa àquelas que a geraram³ e alguns, como os citados, vão além, incluindo na filiação aquele que é adotado ou recebido na família como um filho biológico.

¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito de família*, p. 321.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Obra citada*, p. 266. O autor acrescenta na pág. 268: ‘ A filiação pode ser definida como um liame jurídico existente entre pai ou mãe e seu filho. Nesse sentido, são utilizados os termos *paternidade* e *maternidade*. No entanto, como aponta Carbonnier (1999:181), a noção merece de plano uma ressalva, pois esse vínculo pode ser legítimo, natural ou adotivo.’

Com o advento do novo Código Civil, podemos dizer que o conceito de *filho* foi alterado, pois não podemos mais entender que é apenas aquele ligado por laços biológicos, unido aos pais pelo sangue, nem que é aquele tido através de adoção, unicamente. *Filho* pode ser, também, a pessoa escolhida para ocupar esta posição, tornando-se parente por uma escolha afetiva, integrando uma família por opção e amor, quer seja através de procriações artificiais heterólogas ou ainda através da posse de estado de filho, isto é, exercendo a condição e os direitos de filho em igualdade com os filhos biológicos.

A filiação no Código Civil em vigor é estabelecida no art. 1.596, repetindo o art. 227, § 6º, da Constituição Federal, entendendo que filhos podem ser tanto os havidos de relação de casamento, bem como os havidos fora do casamento, inclusive por adoção, os quais devem ser tratados igualmente pela lei, possuindo os mesmos direitos e qualificações. Assim todos os filhos, quer sejam biológicos, afetivos ou adotivos, havidos dentro ou fora do casamento, devem ser tratados igualmente pela lei, segundo a Constituição Federal

Mesmo assim, muito embora a Constituição Federal no art. 227, § 6º, proíba qualquer designação discriminatório entre os filhos havidos ou não de casamento ou tidos por adoção, na realidade, quando o pai foge da sua responsabilidade de reconhecer, criar e amparar o filho, o que está havendo é uma desigualdade de tratamento. Neste caso, o princípio da igualdade está sendo desrespeitado.

Por isso, o suposto pai que nega-se a submeter-se ao exame de DNA, está infringindo o princípio da igualdade entre os filhos, se ele tiver outros filhos, de outras relações, seja casamento, união estável ou família monoparental e os assume, não possibilitando ao investigado confirmar se é seu filho, está, a toda evidência, tratando desigualmente àquele que tem os mesmos direitos dos outros filhos, o que é inadmissível, consoante a Constituição Federal, além de ser imoral e anti-religioso.

Luiz Edson Fachin escreveu que “a transformação da estrutura da família se dá progressivamente com a adoção do princípio da igualdade entre todas as espéci-

³ Assim, Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*, tomo IX, p. 19; Washington de Barros Monteiro. *Direito de família*, p. 244, entre outros. A propósito Maria Helena Diniz. *Curso de Direito civil Brasileiro: Direito de família*, p. 372: “ *Filiação* é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida.”

es de filiação.”⁴ E ainda, que é necessária a construção de “um novo sistema de filiação”, “posto que a alteração da concepção jurídica da família conduz necessariamente a mudança da ordenação jurídica da filiação”, sendo que “a moldura do Código Civil não está apta a apreender o retrato nascente da complexidade contemporânea das relações sociais.”⁵

A paternidade pode ser jurídica, biológica, adotiva e/ ou socioafetiva,⁶ porém a filiação deve ser considerada única, pois mesmo sendo a origem do filho biológica, adotiva e/ou socioafetiva, não podemos diferenciá-lo, diante dos outros filhos de outra natureza ou origem. A condição de filho é uma só, o estado de filho é um só para a Constituição Federal e para o Código Civil, que estabelecem e protegem a igualdade dos filhos.

A determinação da paternidade conduz, necessariamente, ao estabelecimento da filiação. Paternidade e filiação constituem uma só figura, que apresenta dois lados, a frente e o verso, não podendo ser vista separadamente. Ao mesmo tempo em que buscamos o pai, encontramos o filho. A localização do pai só existe, se existir o filho.

Na averiguação da paternidade, ao mesmo tempo, procuramos descobrir quem é o pai e quem é o filho. Somente após confirmar-se a paternidade é que existirá realmente o filho. Assim, no reconhecimento se conclui que “X” é o pai e “Y” é o filho, através do exame de DNA, cuja probabilidade é de 99,9999%. Não pode existir divórcio na constituição desses dois elementos: se existe o pai, existe o filho e vice-versa.

Até o momento do reconhecimento, “X” e “Y” são pessoas determinadas. Após a determinação da paternidade, “X” será “o pai” de “Y”. Diversos efeitos surgirão dessa relação, alguns de ordem pessoal, outros de ordem patrimonial e outros, ainda, de ordem afetiva.

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Obra citada*, p. 174.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *A tríplice paternidade dos filhos imaginários...*, p. 184-185.

⁶ Em igual sentido, Luiz Edson Fachin, na obra citada, p. 171, apresenta a paternidade do filho matrimonial assentada em três pilares: “O jurídico (o marido da mãe é por presunção pai do filho tido pela mulher com a qual está casado), o biológico (o marido da mãe é presumivelmente o autor genético da fecundação), e o sócio-afetivo (o marido da mãe trata a criança – e por ela é tratado – como pai).

O filho e o pai ⁷ estão conectados pelo sangue, pelos gens, pela etnia. Não é possível desconectá-los jamais desse vínculo de parentesco biológico, mesmo que possa haver rejeição de ordem sentimental ou afetiva. De qualquer forma, todo ser humano tem um pai e uma mãe, sejam biológicos, adotivos ou afetivos.

Seção 1 O Descendente

Diversos autores nacionais e estrangeiros⁸ quando se referem às questões de paternidade, diferenciam o genitor, do pai. Eduardo de Oliveira Leite vai além, escrevendo que o legislador confundiu e nivelou as duas noções a de genitor e a de pai. Noções que podem existir conjuntamente, mas o pai, vai além da mera noção de reprodução.⁹

Por isso, o mero exame de DNA revela quem é o progenitor ou genitor daquela pessoa, mas não garante, nem resgata a paternidade, pois paternidade e procriação são termos diferentes, com natureza, objetivo e funções diferentes.

A procriação é um fenômeno da natureza, uma obra de Deus, segundo a Bíblia Sagrada, mas que é garantida pela genética humana e que pode ser realizada através de várias técnicas de procriação artificial, além da natural. O próprio termo expressa que procriar é gerar outrem, podendo tal fenômeno acontecer até mesmo sem contato físico entre as partes que geram e, inclusive, sem amor e afeto.

O objetivo da procriação é o de apenas gerar um ser, um descendente e, sua função normalmente é perpetuar a espécie, no caso, a humana, através da origem

⁷ Segundo Luiz Edson Fachin “ O pai não está num conceito nem os filhos se reduzem a uma definição. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira(Coord.). *Grandes temas da atualidade...*, p. 171.

⁸ Para Rivero Hernández: “ Como se tem escrito recentemente, a filiação é uma relação fundamentalmente jurídica e os termos paternidade, filiação, pai-filho, expressam sobretudo categorias jurídicas estruturadas sobre valores culturais. Mesmo quando o Direito selecionar o critério biológico para a filiação, este nem sempre atua necessariamente..... Pai e progenitor não são sinônimos. Pai contém uma carga de sentido sócio-cultural e jurídico da qual carece o termo progenitor.” In: La filiación a finales del siglo XX: in: II Congresso Mundial Vasco. DI LELLA , Pedro. Paternidad y pruebas biológicas, p. 77.

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *O exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai.* Idem, p. 77.

de sangue e do parentesco, com os efeitos decorrentes desses vínculos, garantindo a continuidade da família, da tradição, do patrimônio, etc.

Já a paternidade, significa 'ser' pai e, 'ser' pai, implica em escolhas, em responsabilidades, em desejos, em afetos.

Assim, o exame de DNA não pode garantir, nem resgatar aquilo que não existe. Quando o pai não deseja o filho, mesmo após o reconhecimento judicial e o exame de DNA, não existe relação paterno-filial, não configurando a verdadeira paternidade. O exame só pode comprovar que a pessoa "X" foi gerada pela pessoa "Y", pode comprovar cientificamente a formação daquele ser, mas infelizmente não pode garantir afeto, amor e doação paternos.

Sendo assim, se "genitor" é aquele que apenas contribui dando o sêmen, para gerar alguém, com características genéticas semelhantes e "pai", alguém que faz mais pelo ser gerado, como lhe dar nome, alimento, educação e carinho, podemos afirmar que este ser somente "gerado" não pode ser chamado de "filho", mas de "ente", "pessoa gerada" ou "descendente", pois o "filho" será somente aquele que, além de ter sido gerado e concebido, de ter assumido as feições e características genéticas daqueles que o geraram, de receber nome e assistência material, também desfruta do convívio e do afeto compartilhado com a família, incluindo o pai.

Normalmente quando o "filho" é apenas gerado e obtém a confirmação da paternidade de forma judicial, ocorre a rejeição do filho após o julgamento, momento em que o pai renuncia ao direito de visitas, não paga ou protela os alimentos quando pode pagar. Assim, para a lei e para o Poder Judiciário, este ser considerado "filho", na decisão judicial, com todos os direitos inerentes, nada mais é do que "descendente" da pessoa que o gerou, com direitos e deveres inerentes a essa relação de parentesco apenas, mas não pode ser classificado como "filho", palavra que tem um sentido mais amplo, que engloba todas as funções da verdadeira paternidade, o querer ser pai daquele "filho", desejá-lo como filho, amá-lo, respeitá-lo, atingindo a paternidade responsável, em todas as suas formas: jurídica, biológica e afetiva..

A definição de que filiação é relação que advém da procriação entre duas pessoas, onde do pai se afere a paternidade e, da mãe se indica a maternidade,.

apesar de correta, não serve mais para explicar as relações familiares no momento atual. A filiação como vimos é mais do que isso, ultrapassa a procriação.

O descendente é o ser gerado, que provém dos mesmos laços de sangue dos seus pais, aquele cuja descendência biológica é comprovada por exame de DNA ou outros métodos científicos. É o descendente daquela pessoa que lhe deu o material genético para procriá-lo, porém apenas isso, pois não o assumiu verdadeiramente como “filho”, não sendo portanto, também considerado um “pai”, na construção moderna que o Direito de Família atual exige e que propomos neste trabalho, mas apenas o ascendente..

Seção 2

O Filho

Podemos classificar o “filho” de duas formas: filho gerado e desejado e, filho desejado.

1. Filho gerado e desejado

É o filho biológico, que é aceito e esperado pelo pai. Além de receber o sangue, o nome e a herança paternas, carrega laços de afeto, É o filho que apesar de ter sido havido fora do casamento, é reconhecido pelo pai através da averiguação oficiosa de paternidade ou de ação de investigação de paternidade, que deseja assumir a paternidade.

2. Filho desejado

É aquele que, apesar de não ter sido gerado pelo pai biológico é tratado pelo pai como se fosse. O pai deseja-o, como se ele tivesse o seu sangue . Ama, respeita e protege o filho, porque quer e não porque está obrigado a agir assim. Exerce as funções sociais, afetivas e jurídicas de pai, sem que seja necessário que a lei o obrigue.

Nesta hipótese enquadra-se a paternidade adotiva, a paternidade artificial, que ocorre através de métodos de inseminação artificial e a paternidade socioafetiva.

2.1 Paternidade Adotiva

Inicialmente, a adoção possuía unicamente o objetivo de dar herdeiros àqueles que a natureza não permitiu por problemas biológicos a geração de um filho. Esse instituto evoluiu, tanto no que diz respeito a questão jurídica, já que a Constituição Federal assegurou igualdade entre todos os filhos, inclusive os adotivos, no art. 227, § 6º, quanto no aspecto psicológico e afetivo, já que o afeto é um elemento importante e que normalmente integra a adoção.

A legislação evoluiu desde a Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957, passando pela Lei nº 4.655, de 02 de junho de 1965 e Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores) chegando a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

A forma de adoção prevista no referido Estatuto, integra o adotado completamente e definitivamente à pessoa que o adotou e seus familiares, não só pelo vínculo legal, mas especialmente pelo vínculo de afeto e não pela descendência genética.

Mesmo na adoção dos maiores de 18 anos, prevista no Código Civil, se vislumbra o vínculo afetivo entre as partes.

Esta espécie de paternidade reflete bem o desejo de ser o “pai” daquele “filho”, mesmo que não haja nenhum vínculo de sangue entre eles, existindo o vínculo de afeição àquela criança, o desejo de cuidar dela, de educá-la, de sustentá-la, participar do seu crescimento e desenvolvimento, assumindo todas as responsabilidades de um genitor, mas sendo um “pai” verdadeiro, na medida em que assume o lugar do “pai” e comporta-se como tal, participando efetivamente da vida desse “filho”.

Na paternidade adotiva não importa se esse “pai” já possui outros filhos biológicos, o que interessa é o desejo de assumir essa paternidade, que é a escolhida.

Consequentemente, esta paternidade é tida por opção, a relação é construída através de escolha e não do mero acaso ou atitude impensada. A escolha é deseja-

da e consciente. Nesse sentido, lembra João Baptista Villela¹⁰, que “ a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade. Somente ao pai adotivo é dada a faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o que CRISTO disse aos seus apóstolos: ‘ Não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós’.”

O vínculo de paternidade adotivo é visível , pois é possível verificarmos a relação paterno-filial visualmente, através da observação, do afeto, do carinho, da dedicação dispensados ao filho adotivo, enquanto o vínculo biológico é invisível, já que para comprová-lo necessitamos recorrer aos métodos científicos, como o exame de DNA.

Assim, a paternidade adotiva é uma forma de paternidade verdadeira, desejada, através da vinculação pelo afeto espontâneo e não pela obrigação.

2.2 Paternidade Artificial

As modernas técnicas de reprodução humana¹¹, como as inseminações ou fecundações artificiais, as doações de gametas e as mães de substituição, modificaram o curso da procriação natural, questionando a paternidade presumida e a paternidade genética.

Essas técnicas permitem a reprodução, independentemente do ato sexual, por meios ditos artificiais, técnicos ou científicos, gerando diversas conseqüências jurídicas, onde algumas ainda não encontraram solução apropriada no mundo jurídico.¹²

¹⁰ VILLELA, João Baptista. *Obra citada*, p. 50.

¹¹ Algumas das técnicas mais utilizadas hoje são : a inseminação homóloga ou heteróloga, através da fertilização *in vitro* (FIV) , onde o doador é o marido, ou se for estéril poderá ser um terceiro; a transferência peritoneal de gametas (POST), a transferência intratubária de embriões, a transferência intratubária de gametas(GIFT), doações de óvulos, ou de embriões, ou ainda, as mães que cedem seu corpo e útero para a gestação.

¹² Segundo Caio Mário da Silva Pereira , na obra *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*, p. 117: “ Um dos mais graves problemas, trazidos pelas contribuições científicas ao campo do Direito Civil é o da inseminação artificial. Quando a ciência biológica anuncia processo de inseminação artificial, para proporcionar a gestação sem o pressuposto biológico das relações sexuais, uma série de implicações jurídicas eclode, como seja a indagação da legitimidade do filho, a necessidade de autorização da mulher, a anuência do marido, o registro do filho, afora o problema da inseminação contra

Não se pretende aqui enfrentar as inúmeras questões e discussões nesta seara decorrentes dos avanços científicos, que ensejam maior aprofundamento, sendo que alguns autores já enfrentaram essa matéria especificamente.¹³

O novo Código Civil¹⁴, incorporou as inseminações artificiais, homólogas e heterólogas,¹⁵ admitindo-as, ao tratar da presunção da paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, no art. 1.597, inciso III a V, como verificamos:

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 (...)
 III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V – havidos por fecundação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Nesses incisos, o Código trata do nascimento dos filhos através da fertilização assistida. O Código Civil admite como filho, o ser que for gerado mesmo após a

a vontade de qualquer dos cônjuges, ou a sua realização sem o conhecimento do fato por algum deles, ou ainda, a necessidade de reconhecimento ou declaração da paternidade.”

¹³ Entre eles Eduardo de Oliveira Leite. *Procriações artificiais e o Direito*, aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos. São Paulo. RT, 1995. Heloísa Helena Barboza. *A filiação face a inseminação artificial e a fertilização in vitro*. RJ. Renovar, 1993. Luiz Edson Fachin. *A tríplice paternidade dos filhos imaginários*. ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Repertório de Direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo RT, 1995. Juliane Fernandes Queiroz. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Doutrina e jurisprudência. MG: Del Rey, 2001.

¹⁴ Anteriormente ao Código Civil, foi editada a Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995, que trata das técnicas de engenharia genética, no ordenamento jurídico brasileiro. Esta lei estabelecendo art.1º normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de Organismo Geneticamente Modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente. Também contamos com a resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, sobre Normas Éticas para Utilização de reprodução Assistida.

¹⁵ “ Verifica-se a fecundação homóloga quando se recorre ao sêmen do próprio marido como, *verbi gratia*, quando a mulher não consegue conceber normalmente, embora apta à fecundação (fértil). Nesta situação, o pai e a mãe biológicos são também considerados pais jurídicos para todos os efeitos.

Quando essa fecundação consistir na introdução, por meio de recursos artificiais, de sêmen nas vias genitais femininas, considerada por muito como inseminação propriamente dita, diz-se que ocorre uma fecundação *in vivo*.

Inclui-se, ainda, no conceito de fecundação homóloga, a hipótese de fecundação *in vitro*, do óvulo da mulher com esperma do marido, mas em que a gestação vai-se operar implantando o óvulo fecundado no útero de outra mulher, que apenas providencia o componente “gestação”, originando o que se passou a denominar de “barriga de aluguel.”

Segundo Valdemar P. da Luz. *Curso de Direito de família*, p. 202-203;205-206.

“ Fecundação artificial *heteróloga* é a modalidade de fecundação para a qual se recorre ao sêmen ou ao óvulo de um terceiro.”

morte do pai ou da mãe, dentro do casamento. O Código, não regulamenta a reprodução assistida, mas pretende solucionar a questão da paternidade dentro do casamento.

Os dilemas em relação à fecundação artificial persistem, esperando solução apropriada, já que o Código Civil é tímido e omissivo nessas questões, que requerem maior aprofundamento, dada a problemática que envolvem em relação ao direito das partes envolvidas.¹⁶

A paternidade advinda de inseminação artificial, pode ser considerada no campo do direito, quando ocorre dentro de um casamento, com anuência do marido, sem indagações a cerca da filiação gerada.

Se o filho foi gerado com o sêmen do marido, a inseminação é homóloga e vigora a *pater is est quem nuptiae demonstrant*. É o caso do inciso III, do art. 1.597.

Se a inseminação for artificial homóloga, em qualquer momento, com a utilização de embriões excedentários, também serão considerados os filhos dessa forma gerados, para o Direito Civil, como presumidos concebidos dentro do casamento, conforme previsão do art. 1.597, inciso IV.

Como esclarece Joaquim de Souza Dinis¹⁷, a técnica aqui utilizada “consiste em retirar vários óvulos da mulher, fecundá-los, artificialmente fora do corpo (*in vitro*) e voltar a introduzir um ou mais e apenas nas trompas, ficando ou podendo ficar, como excedentários, os embriões não utilizados.” Esta técnica produz múltiplos embriões, sendo que somente alguns serão utilizados, por isso “sempre restarão embriões excedentes que serão mantidos congelados”¹⁸, o que é considerado um inconveniente e um problema não só jurídico, mas ético, moral e religioso, sendo necessário legislar a respeito da não utilização desses embriões.

E, finalmente o inciso V, do art. 1.597, dispõe sobre a fecundação artificial heteróloga, ou seja, aquela em que a fecundação ocorre com o sêmen de terceiro,

¹⁶ Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa. *Obra citada*, p. 277: “ São novos e desafiantes temas a aguçar modernamente os estudos jurídicos e a exigir respostas do legislador. (...) . A demora natural do legislador em dar respostas aos novos problemas, não só em nosso país, mas também no exterior, não deve ser obstáculo para o jurista e principalmente para o magistrado dar solução adequada às novas questões.”

¹⁷ DINIS, Joaquim José de Souza. *Filiação resultante da inseminação artificial*, in *Direitos de família e do menor*. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 46.

¹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Obra citada*, p. 282.

mas para que seja válida no mundo jurídico, deve ter o consentimento do marido da mulher fecundada.¹⁹

Na inseminação artificial heteróloga, o marido se torna pai pelo consentimento e pelo “sentimento”, agora expressamente conforme o art.1.597, inciso V. Se, no entanto, o marido não deu seu consentimento, poderá impugnar a paternidade, com fundamento nos art. 1.601, do Código Civil.

O consentimento deve ser prévio, embora a lei não determine qual a forma da autorização. Utilizando a expressão “prévia autorização”, o legislador deu a entender que o ato não pode ser aceito ou ratificado posteriormente pelo marido, “ o que não se afigura verdadeiro”, para Silvio de Salvo Venosa.²⁰

A verdade genética é desconsiderada, uma vez que os doadores do material genético são “pais voluntários” e por isso protegidos com o anonimato. Dessa forma, a paternidade existe através do desejo de ser pai daquela criança, mesmo que não a tenha gerado. O sentimento de afeição é maior do que o elo biológico e isso consolida a relação paterno-filial.

Em decorrência dessas novas possibilidades de ser pai, surgem inúmeras interrogações acerca da paternidade. Quem é o pai? Aquele que a lei determina através da presunção de paternidade, e que por ser o marido da mãe autorizou a inseminação artificial heteróloga; aquele que deu o sêmen para gerar aquela criança ou ainda, é aquele que apesar de não ter gerado a criança, escolheu ser o “pai” dela, numa demonstração altruística de carinho, apego e cuidado, cumprindo verdadeiramente a função de “pai”.

Nas procriações artificiais²¹ há o caráter afetivo, consagrado agora no Código Civil, não bastando que o pai seja o doador dos gens ou o pai biológico da criança.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimento da paternidade e seus efeitos, p. 118, adverte: Se a mulher for viúva, separada, divorciada e realizou a inseminação artificial heteróloga, livremente, sem o consentimento do pai que gerou a criança inseminada, a pretensão de identificar o genitor no doador do sêmen, não pode prosperar, já que por um lado, existe o anonimato ou sigilo e por outro, a prática inseminatória, segundo ele, deve ser um risco exclusivo da mulher. Refere ainda o autor que o Código Civil Português de 1966, com modificação pelo Decreto-Lei nº 496, de 25.11.1977, proíbe a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial, ao cônjuge que nela consentiu (art. 1.839, nº 3). No mesmo sentido a lei australiana recusa a paternidade ao homem cujo sêmen foi utilizado para a inseminação artificial.

²⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Obra citada*, p. 280.

²¹ Ressalte-se que Caio Mario da Silva Pereira, na obra *Instituições de Direito civil*, p.173, firmou posicionamento, antes mesmo da entrada em vigor do novo Código Civil, entendendo que “ com a

O pai poderá ser aquele que educou e criou afetivamente a criança, se assim desejar o filho, não tendo o doador dos gens qualquer direito de ver a paternidade reconhecida. Segundo o nosso entendimento, somente nas situações em que o filho desejar conhecer a sua origem biológica isso poderá ser possível, com a revelação dos dados do doador, poderá ser permitido judicialmente.

Assim, a verdade biológica só poderá ser invocada se for do interesse da criança, apenas dela, já que a doação é ato espontâneo do doador, que não tem o conhecimento de quem utilizará e de que forma será utilizado o material doado. Ao doá-lo não terá qualquer direito, decorrente da doação. Esse entendimento é co-mungado por Eduardo de Oliveira Leite quando escreve “ vale, pois, ressaltar que a doação de gametas (esperma + óvulo) não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente a criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento, nem possibilidade de retorno. É conforme se afirmou acima, medida de generosidade, medida filantrópica.”²²

Nesta situação, o verdadeiro pai é aquele que deseja o filho e assume-o conscientemente, com todo o amor e sem reservas, mesmo que não tenha contribuído com o material genético para gerar este filho, assim como na filiação adotiva.

A filiação adotiva e a filiação tida por inseminação artificial possuem característica idêntica, no sentido de que em ambas o que prevalece é a autonomia da vontade das pessoas que adotam ou daquelas que geram um filho através de técnicas de procriação artificial.

À propósito, Jaqueline Filgueras Nogueira entende que “ tanto nas inseminações artificiais como na adoção, a autonomia da vontade reina soberana onde o fator biológico é absolutamente dispensável, inútil.”²³

A situação ideal na relação familiar é aquela em que o filho é gerado e desejado, quanto ao direito de filiação.

técnica da inseminação artificial, nova modalidade adveio de filiação, que se pode designar como a filiação social.”.

²² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito...*, p. 145.

²³ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueras. *A filiação que se constrói :o reconhecimento do afeto como valor jurídico*, p. 96.

Concluimos que, na esfera familiar, no âmbito do Direito de filiação, existem duas categorias de filiação, mais coerentes com a nossa realidade: os filhos gerados e desejados e, os filhos desejados.

Como vimos, os descendentes ou gerados não podem ser considerados “filhos”, na concepção sociológica e afetiva. São as pessoas que descendem de outras, na ordem de parentesco, em linha reta, em 1º grau, ligadas aos seus “pais”, por laços unicamente de sangue. É o caso da pessoa reconhecida voluntária ou judicialmente, adquirindo direitos de descendente, apenas, mas sendo tratado diferentemente ou discriminadamente por aquele que o gerou e reconheceu, ou seja seu pai.

Os filhos desejados são aquelas pessoas que, apesar de não terem nenhum laço de sangue com aqueles que lhe acolheram em sua família, são tratadas verdadeiramente como “filhos”, sem qualquer diferenciação, ou referência a natureza da filiação. É o caso dos filhos adotivos, dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, dos enteados e daqueles que vivem na posse do estado de filho.

E, os filhos gerados e desejados são aqueles considerados plenamente filhos, eis que além de possuírem laços de sangue com aqueles que o geraram, possuem vínculo de afeto, pois foram aceitos, acolhidos e desejados por seus pais.

Sendo assim, não há, em realidade, igualdade de tratamento dos filhos, pois mesmo sendo considerados iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza os filhos são discriminados pelos “próprios pais”, quando não os reconhecem como filhos ou, mesmo ao reconhecê-los judicialmente, forçosamente ou voluntariamente, deixam de tratá-los efetivamente como filhos, lhes proporcionando uma convivência familiar de companheirismo e afeição.

A Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, utilizam por vezes a expressão “filho” e por vezes a expressão criança e adolescente. Entendemos que criança e adolescente são termos genéricos, significando qualquer criança ou adolescente, em qualquer condição, de descendente ou de filho.

Segundo este trabalho, o termo “filho” somente atingirá um caráter verdadeiro, se atingir além da dimensão biológica, a dimensão afetiva.

Assim, além da relação de parentesco por consangüinidade com o filho, o pai deve manter uma relação de afetividade e afinidade pessoal com o filho.

Como vimos, o art. 1.597, nos incisos III a V, dispôs sobre a paternidade dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga e heteróloga, dentro do casamento, não indo além disso, não investigando outras situações que acarretam conflitos de paternidade dentro e fora do casamento.

2.3 Paternidade socioafetiva

Como já escrevemos linhas atrás, o novo Código Civil brasileiro, finalmente admitiu e previu o parentesco socioafetivo, no art. 1.593, quando enfatiza que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. No termo “outra origem” está disposta a parentalidade socioafetiva e nela inseridas a paternidade e a filiação afetivas.

O novo Código, no art. 1.593, ao tratar das relações de parentesco, finalmente dispõe sobre o parentesco socioafetivo, estabelecendo que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

No termo “outra origem”, como já afirmamos na parte II, deste trabalho, está contida a verdade socioafetiva ou a filiação socioafetiva nas relações familiares, não restando mais, qualquer dúvida de que existe previsão legal reconhecendo a afetividade como fator essencial, podendo ser único para estabelecer a filiação, em questões judiciais que envolvem a busca da paternidade.

Como já referimos, o parentesco natural ou civil já fora previsto no Código Civil anterior, sendo que o parentesco era considerado o vínculo existente através da consangüinidade e a da adoção apenas. O parentesco é consangüíneo “quando duas ou mais pessoas se originam de um ancestral comum”²⁴ e, o parentesco é considerado civil “quando o vínculo é estabelecido não por laços de sangue mas por ato jurídico voluntário, denominado adoção.”²⁵

O parentesco é tido, em geral, pela doutrina como sendo “o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de am-

²⁴ TEPEDINO. Gustavo. *Temas de Direito civil*, p.392.

bas procederem de um genitor comum.”²⁶ Verificamos que nesta noção está inserida apenas a consangüinidade, ou seja, o aspecto unicamente biológico da relação familiar.²⁷

Com a vigência do novo Código Civil, verificamos que as relações de parentesco foram ampliadas, pois o Código reconheceu como jurídica a relação de parentesco existente entre pessoas ligadas por laços de sangue, bem como entre pessoas ligadas por “outra origem”. Nesta expressão podemos inserir algumas formas de parentesco como: adoção, afinidade, posse de estado de filho(afetividade), união estável e procriações artificiais. Pois, ao assim dispor, o legislador deixou a norma aberta, possibilitando um leque de situações fáticas, existentes no momento, ou possíveis de existirem, podendo o parentesco constituir-se de forma biológica (natural e científica); civil (adoção) ou socioafetiva (posse de estado de filho²⁸ reprodução assistida heteróloga), bem como demais situações que possam configurar relação de parentesco, formando uma família ou uma entidade familiar.

Sobre a posse do estado de filho, Luiz Edson Fachin, dedicou especial atenção em algumas de suas obras²⁹, concluindo que “não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos e, ao certo,

²⁵ TEPEDINO. Gustavo. Idem, ibidem.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*, p.257.

²⁷ Importante lembrar que no Direito Romano, o caráter consangüíneo da filiação não era o mais importante, pois a família era fundada no liame civil e religioso. Só era considerado da mesma família aquele que cultuasse os mesmos deuses. O vínculo da *agnação* não era necessariamente derivado da consangüinidade. A *cognação* (parentesco derivado da relação de nascimento) passa a ter importância quando a religião enfraquece. Na época de Justiniano, já surge a família formada pelo vínculo consangüíneo, sendo que o Direito Canônico denomina o parentesco moderno de consangüinidade, informa Sílvio de Salvo Venosa. Obra citada, p. 257-258. Assim, nos primórdios do Império Romano, a consangüinidade não era importante para estabelecer a relação familiar, pois um estranho que cultuasse os mesmos deuses domésticos de uma família, poderia ser por ela adotado como filho, daí a origem histórica da adoção, conforme Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*, p. 29 e ss.

Importante lembrar, que no período colonial brasileiro, em um sistema de família patriarcal, também tivemos uma fase em que a filiação teve caráter sociológico superior ao biológico, “ em que o afilhado, ou o sobrinho, igualmente tornava-se filho, para os mesmos efeitos: (...) Em que o padrinho ou a madrinha superava o pai ou a mãe biológica, tornando-se mais uma vez o afilhado ou a afilhada não só completo substituto de filho ou de filha para o casal estéril, (...)” conforme relato de Gilberto Freyre. *Sobrados e mucambos*, p. 133.

²⁸ A posse do estado de filho, segundo José Bernardo Ramos Boeira, na obra *Investigação de paternidade: posse de estado de filho-paternidade socioafetiva*, p. 60. “ é uma relação afetiva íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.”

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva e, Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*.

nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade dos fatos e circunstâncias que a cercam.”³⁰

Por isso, entendemos que podemos inserir a posse do estado de filho, na intenção do legislador, quando disciplinou que o parentesco pode ser formado por “outra origem”, além das descritas no artigo, onde naquela situação fática, “o que sobressai é a presença de uma relação paterno-filial: o que aparece é”³¹. Portanto através da posse do estado de filho, existe uma concreta verdade afetiva, onde pai e filho se tratam como tal, formando a relação paterno-filial, que agora, neste artigo, não duvidamos, constitui um vínculo de parentesco não só fático, mas jurídico.

Conforme já afirmamos, está claro que o legislador inseriu na nova legislação a verdade sociológica e afetiva, nas relações de parentesco, entre as quais está a mais próxima e intensa, ou seja, a relação entre pais e filhos.

Portanto, muitas dúvidas e controvérsias em torno da filiação, especialmente da previsão e aceitação da filiação sócioafetiva, se dissiparam após a entrada em vigor deste Código.

Agora já podemos classificar, efetivamente, no âmbito jurídico, a filiação como: jurídica, biológica e sócioafetiva.³²

Com isso, ficou legalmente reconhecida a verdade socioafetiva nas relações familiares, entres as quais está a questão da paternidade socioafetiva, já admitida em algumas situações pela jurisprudência e defendida por alguns doutrinadores,³³

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, p. 67-68. Complementa, na p. 69: “A conhecida trilogia clássica elenca os elementos que normalmente constituem a posse de estado de filho: *nomen, tractatus e fama*. Estes são os principais elementos formadores daquele conceito, mas nem toda a doutrina nem o legislador se arriscam em dar um rol completo ou definição acabada dos fatos aptos a constituí-la.”

³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Idem*, p. 61.

³² Segundo Sérgio Gischkow Pereira são três os critérios do direito ocidental para estabelecimento da paternidade: verdade legal, verdade biológica e verdade sócio-afetiva, sendo que o terceiro critério vem sendo muito prestigiado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisões como: RTJRS 196/236, 207/355 e 195/398. O Direito de família e o novo Código Civil: principais alterações. *Revista dos Tribunais*, vol. 804, p. 47.

³³ Entre os quais: FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou o limite entre o genitor e o pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade*. VELOSO, Zeno. A sacralização do exame de DNA na Investigação de paternidade. In: Leite, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade*. VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Obra citada. E ainda, José Bernardo Ramos Boeira, na obra citada, p. 161-162 : “‘A posse do estado de filho’ oportuniza a revelação da verdadeira paternidade que não se estabelece e não se funda somente por determinação biológica e jurídica.(...)a verdade socioafetiva deve assumir papel de destaque.”

onde “ o verdadeiro pai é aquele que cuida da criança, cuja voz e cuja presença podem ser ouvidas e sentidas” , conforme afirma Anete Trachtenberg.³⁴

Não restam dúvidas de que essa forma de parentesco e paternidade foi inserida agora, definitivamente em nossa legislação, permitindo assim o tratamento igualitário dos filhos, esperado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias. Não obstante tal previsão, parte da doutrina,³⁵ ainda desconhece o parentesco afetivo, como parentesco advindo de outra origem, como integrante do Direito de Família. Referindo-se ao art. 1.593 : “ a outra origem citada diz respeito ao vínculo da adoção e às uniões estáveis.”, afirma Sílvio de Salvo Venosa³⁶. Como verificamos, este autor restringe a “outra origem”, apenas aos casos de adoção e de união estável.

Entendemos assim, que além de terem sido ampliadas as formas de parentesco, ampliaram-se as fontes das relações de família, pois as mesmas, segundo Sílvio de Salvo Venosa são “ o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”.³⁷

Então, com a nova legislação civil foram ampliadas as formas de parentesco, o que possibilitou uma ampliação das relações familiares, que eram construídas pelos laços de sangue, pela afinidade e pela adoção e, agora fundam-se principalmente em laços afetivos.

Também, o novo Código Civil, ao definir diferentemente o parentesco, concebendo formas diversas como: consangüinidade, adoção ou “outra origem”, modifica o conceito de parentesco e conseqüentemente o conceito de filho.

Assim, o filho na relação de parentesco, pode derivar da consangüinidade, da adoção ou de outra origem, como por exemplo das procriações artificiais heterólogas, do estado de filho e de um vínculo de afeto.

Dentro das possibilidades que a norma oferece, podemos definir filho, sem contudo, limitar as alternativas de novas definições, como sendo:

1. Ente ou pessoa que deriva da relação de parentesco, por consangüinidade, denominado de descendente, ocupando a linha reta e o 1º grau na ordem de parentesco (parentesco consangüíneo = descendente) ;

³⁴ TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sangüíneos na determinação da paternidade II. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). *Grandes temas da atualidade...*, p. 24.

³⁵ Como é o caso de Valdemar P. Da Luz. *Curso de Direito de família*, p. 172: “ O parentesco propriamente dito se contém apenas em três modalidades: natural, por afinidade e parentesco civil.”

³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* :Direito de família, p. 258.

2. Ente ou pessoa adotada por outrem, na forma do Código Civil e da legislação extravagante, sem vínculo de sangue, mas apenas de afeição e solidariedade (parentesco socioafetivo = outra origem = adoção);
3. Ente ou pessoa gerada através das técnicas de reprodução assistida, nas formas homóloga e heteróloga (parentesco socioafetivo = outra origem = procriação artificial); e
4. Ente ou pessoa ligada afetivamente a outra, que a considera como filho, assumindo o papel de pai, criando, educando e amando, sem vínculo biológico (parentesco socioafetivo = outra origem = posse do estado de filho).

Portanto, o parentesco foi ampliado no novo Código civil, incorporando laços de sangue, de solidariedade e de afeto.

Por fim, lembramos da célebre afirmação de João Baptista Villela: "...o filho tem que ser mais alguma coisa, ao invés de ser simplesmente filho"³⁸, entendendo conforme enfatizamos neste trabalho, que na realidade, quanto a filiação "o descendente tem que ser mais do que uma mera figura jurídica na ordem do parentesco, tem que ser '*filho*' e ainda, acrescentaríamos, que quanto a paternidade " o genitor tem que ser mais do que mero doador dos gens, tem que ser '*pai*'.

De qualquer forma "lamenta-se que o novo Código não tenha dado o necessário espaço à filiação socioafetiva"³⁹, realidade em nosso contexto social e prestigiada em alguns tribunais brasileiros, em especial no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme decisões citadas.

³⁷ VENOSA. Sílvio de Salvo. *Obra citada*, p. 257.

³⁸ VILLELA, João Baptista. *Obra citada*, p. 49.

³⁹ Para Sérgio Gischkow Pereira, "com esforço exegético é possível vislumbrar alguns dispositivos que dão apoio ao critério sócio-afetivo: arts. 1.593 (a expressão 'ou outra origem', poderia ser interpretada como incluindo o parentesco fixado em função de liame sócio-afetivo), 1597,V (presumir-se-ia que a anuência marital na inseminação artificial heteróloga implicou no surgimento de uma relação sócio-afetiva) e 1.605, II (correspondente ao art. 249,II, do Código atual, que vem a ser o fenômeno da posse do estado de filho, única manifestação, no dito Código, do critério sócio-afetivo)." *Revista dos Tribunais*, 804/47.

PARTE VI

PATERNIDADE DETERMINADA

CAPÍTULO 1

A PATERNIDADE DETERMINADA PELO EXAME DE DNA

Seção 1 – Fundamentos e conclusões sobre a obrigatoriedade do suposto pai à submissão ao exame.

Retornamos ao tema tratado na seção 1, do capítulo I, da parte II, ao final deste trabalho para apresentarmos nossas conclusões a respeito de tema ainda polêmico no Direito de Família, por envolver princípios constitucionais e direitos fundamentais das partes envolvidas, procurando apresentar os fundamentos jurídicos-legais de nossa convicção, esperando servir de subsídios as decisões judiciais e a novas pesquisas em torno da matéria, permanecendo em constante investigação, numa sociedade em evidente evolução social, cultural e jurídica.

A Constituição Federal estabelece que deve haver igualdade entre o homem e a mulher (art. 5º, caput) e entre o marido e a mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º), além de proibir discriminação entre os filhos de qualquer natureza (227, § 6º). Diante desses dois princípios de igualdade, podemos afirmar que existe sim, a obrigação do suposto pai submeter-se ao exame de DNA, tendo em vista que em não o fazendo, não estaria sendo dada a oportunidade de o filho, se confirmada a paternidade, exercer sua condição de 'filho', ao lado de outros irmãos por ventura existentes ou futuramente existentes.

Em nossa análise, cremos que o pai é obrigado a realizar o exame de DNA, diante da aplicação de diversos princípios constitucionais e presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, que vão ao encontro dos superiores interesses da criança e do adolescente, na condição de filho.

Concluindo e de acordo com diversas posições referidas na análise da colisão dos direitos fundamentais e quanto ao princípio da proporcionalidade, bem como segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, quanto à submissão do suposto pai ao exame de DNA, expostos na seção 1, do capítulo I, da parte II, deste trabalho, elencamos os fundamentos que seguem segundo o nosso entendimento.

Por sua vez, ocorre:

1º) *Infringência ao princípio de igualdade entre os filhos*

O filho não reconhecido é discriminado, afetando o princípio constitucional de igualdade, que não se pode ferir.

Ao desobrigar-se o suposto pai do exame de DNA e, não ser possibilitada a prova da filiação, o filho não reconhecido deixa de exercer seus direitos e fica em posição de inferioridade em relação aos outros filhos reconhecidos, o que não se pode aceitar, nem permitir. Fica o filho investigante, impedido de conhecer a sua origem biológica.

2º) *Infringência ao princípio de igualdade entre o homem e a mulher; entre o marido e mulher ou entre os companheiros*

Por outro lado, a não submissão ao exame e o conseqüente não reconhecimento do pai, fere o princípio da igualdade entre homem e mulher, estabelecido na Constituição. Se homem e mulher são iguais em direitos e obrigações no mundo jurídico e, marido e mulher gozam de iguais direitos e deveres na sociedade conjugal, não pode o homem, que é o pai, obviamente, desviar-se de sua função e de seus deveres, já que a mãe, assumiu sua condição e seus deveres quanto ao filho gerado.

A Constituição Federal, no capítulo dos direitos individuais, dispõe no art. 5º, caput, que “ todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Este é o princípio da igualdade constitucional ou da não discriminação, entendido como igualdade formal. Através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, os homens são iguais em direitos, conforme estabelece o art. 1º. As Constituições Brasileiras definiram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, ou seja, todos são iguais diante da lei. Definiu também, nossa Constituição a igualdade em direitos e obrigações entre o homem e a mulher, não só como norma geral, prevista no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, que impede a discriminação de sexo, mas também como matéria específica do direito de família, atribuindo igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal, no art. 226, parágrafo 5º, princípio importantíssimo que rege as relações familiares atualmente.

Assim, o princípio da igualdade está previsto, na Constituição Federal, em três formas, que se conjugam neste estudo, como se vê:

1ª. *“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,...”*

2ª. *“I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”*

3ª. *“Art. 226.*

§ 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Segundo Jorge Miranda, “o conceito do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere*, ou num *dare* ” e “... todos (ou alguns) têm os mesmos direitos e deveres”¹

Assim, devem ser tratadas igualmente as pessoas diante das situações iguais, distribuindo entre elas os direitos e deveres, os benefícios e os ônus produzidos. A proporcionalidade é o critério que deve estar inserido à igualdade, como uma forma de valoração e de atribuir a cada um a parte que lhe cabe, diante da situação.

¹ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, t. IV, p. 97 e 193.

Portanto, a qualidade de pai e mãe, devem ser atribuídos direitos e deveres inerentes, de forma igual e, portanto, proporcional a cada um.

Este princípio gerou uma nova forma de relacionamento entre pais e filhos, porque o pai, a partir de então deve ocupar um novo papel na relação familiar, não só o de genitor, mas também o papel ativo e participativo na vida do filho. Deve compartilhar com a mulher todas as tarefas e atividades que dizem respeito ao desenvolvimento do filho, como educação, criação, convivência, sustento e relacionamento afetivo, pois o filho, segundo o art 27 do ECA, tem direito de desfrutar dessa atenção, cuidado e convivência com ambos.

O Poder Judiciário, deve garantir o respeito aos princípios constitucionais, pois, somente assim, será superado o patriarcalismo nas relações familiares, bem como, se efetivará a verdadeira relação paterno-filial.

É nesse sentido, que a Convenção das Nações Unidas, estabeleceu regras mínimas, sobre os direitos da criança, especialmente do direito ao conhecimento dos pais e de ter um nome, conforme disposto no art. 18, da Convenção:

“ 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.”

Assim, deve haver igualdade na aplicação do direito. Os indivíduos com características iguais, em situações iguais, devem obter os mesmos resultados jurídicos.

O princípio da igualdade será ferido, quando houver desigualdade de tratamento entre as partes, diante da mesma situação.²

Vemos aqui o fundamento maior, já que constitucional, claro e sem qualquer sombra de dúvidas, que pode ser aplicado judicialmente, sem qualquer exitação do julgador, nos casos em que o pai nega-se a se submeter a retirada de material genético, para realização do exame de DNA.

² Com esse entendimento J.J. Gomes Canotilho “...o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária

O filho, desde a concepção necessita tanto do pai, como da mãe, em proporções iguais e também para se desenvolver e transformar-se em pessoa adulta necessita de toda a assistência e orientação de ambos e não apenas de um deles.

Portanto, se o pai não realizar o exame, estará ferindo o princípio da igualdade, entre o homem e a mulher, previsto constitucionalmente, pois estará sendo privilegiado em relação à mãe, que por isso arcará sozinha com todas as responsabilidades pela criação e educação do filho.

3º) *Infringência ao poder familiar*

Em decorrência do princípio de igualdade constitucional entre homem e mulher e marido e mulher na sociedade conjugal estabelecidos no art. 5º, inciso I e no art. 226, § 5º, da Constituição federal, o possível pai que não realiza o exame de DNA, não permitindo o reconhecimento daquele que pode ser seu filho, descumpra o poder familiar, previsto no art. 1.634, incisos I a VII, do Código Civil, que no *caput* estabelece que “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores” e no art. 21, do Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe “ o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe”, bem como no art. 22, do mesmo Estatuto : “ aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.”

Como estabelecem tais normas, o poder familiar deve ser exercido em igualdade pelo pai e pela mãe. Ambos têm o dever de sustentar, criar e educar os filhos menores, entre outras atribuições previstas. Quando o suposto pai não realiza o exame de DNA, não permitindo a comprovação da paternidade, deixa o filho desprotegido e está descumprindo com o seu dever de pai, sobrecarregando a mãe nos deveres perante o filho, que não são só maternos, mas paternos.

4º) *Liberdade de concepção*

No momento da concepção o pai escolheu a “possibilidade” de gerar um filho, enquanto o filho não pode interferir nesta decisão. Embora alguns possam entender

e suficiente da valoração do princípio da igualdade.” In: Direito constitucional e teoria da constituição,

que nem sempre o pai escolhe a paternidade, ao deixar claro para a mulher que não deseja gerar um filho, naquele relacionamento amoroso, ou ao ser induzido a ter o filho. Dizemos “possibilidade”, porque entendemos que o homem que relaciona-se sexualmente com uma mulher, deve ter consciência da possibilidade de 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 assumí-la e ser responsável por ela. Daí a paternidade responsável, entendida como um projeto parental, segundo a Constituição Federal e a Lei nº 8.560/92. Esta a intenção do legislador, que a paternidade fosse construída através de um projeto parental. Porém se não ocorrer tal projeto, cabe ao Estado determinar a possibilidade, através da averiguação e mesmo da ação de investigação de paternidade, por meio inclusive, da realização do exame de DNA, para comprovar a paternidade, que neste caso é unicamente biológica.

Embora o pai não assuma obrigatoriamente a relação afetiva com o filho, o que a Lei pretende é garantir a sobrevivência mínima da criança, via efeitos pessoais e patrimoniais do reconhecimento. A Lei garante o mínimo de sobrevivência do filho, mas não garante o caráter afetivo do reconhecimento.

No momento do reconhecimento, o filho é quem deve escolher e ter prioridade de desvendar a paternidade.

É certo que na concepção, deve prevalecer a *vontade do pai* e da mãe em gerar o filho, pois o ideal é que exista um projeto parental. Porém, pode ocorrer que o pai desconhece que daquela relação, resultou o nascimento de um filho, pois a mãe esconde por medo, vergonha ou mesmo egoísmo. Neste caso, o desconhecimento do filho é involuntário, resta saber se ao tomar conhecimento do mesmo, assumirá a paternidade de forma voluntária, submetendo-se voluntariamente ao exame de DNA, ou relutará para fazê-lo.

Por isso entendemos que, mesmo que o pai não saiba que daquele relacionamento amoroso resultou o nascimento de um filho, ao mantê-lo, sendo maior e capaz, responde e deve assumir a possibilidade da geração, que vem expressa no

ato sexual propriamente dito, ocasião em que se não calculou as conseqüências do seu ato, deveria tê-las calculado, respondendo por elas, especialmente pelo nascimento e reconhecimento do filho, seja na forma voluntária, seja na forma involuntária, devendo submeter-se a coleta do material genético.

5º) *Direitos Recíprocos entre pai e filho*

O suposto pai ao se submeter ao exame, só analisa o fato de que não quer assumir ou não aceita, em hipótese alguma o filho, por razões pessoais e patrimoniais, mas desconhece o outro lado, que é o verso da mesma página, que é a possibilidade de não somente “dar”, mas também de receber afeto, amor, companheirismo e até mesmo receber ajuda desse filho nos momentos difíceis da vida. Esquece que o contrário também pode ocorrer, ou seja, ele necessitar um dia da assistência e dos alimentos do filho, a que tem direito, pois são parentes, conforme prevê o art. 1.696, do Código civil.

Além do mais, se o suposto pai puder negar-se a fazer o exame de DNA porque isso ofenderia sua integridade física, então no caso oposto em que o pai deseja saber se o filho é seu, o filho também poderia negar-se ao exame pelas mesmas razões, o que resultaria em prejuízo da verdade real, como é o caso da ação negatória de paternidade.

6º) *Atribuição do Poder Judiciário*

O Poder Judiciário deve determinar o exame, sob pena de amparar situação ilícita como o crime de falsidade ideológica, no caso de haver o nome de outra pessoa constando como pai no registro.

É dever da Justiça, quando chamada a intervir, investigar de todas as formas possíveis e permitidas em Direito, os interesses em conflito, buscando não só o justo, mas o legal. Assim, não pode se omitir ou ao contrário colaborar no resultado que não vise a verdade real.

7º) Ofensa ao princípio da paternidade responsável

A partir, especialmente da Constituição Federal de 1988, o direito de filiação teve nova direção, além de estabelecer a igualdade de todos os filhos, dentro e fora do casamento, o texto atribuiu maior responsabilidade aos pais – pai e mãe (paternidade em sentido lato), bem como ao pai para com o filho, de qualquer natureza, no art. 226, § 7º.

Não determinar a realização do exame contraria a esse princípio constitucional.

Como já referimos linhas atrás, o próprio legislador constitucional ao prever tal princípio, teve a intenção de proteger as crianças sem pai legalmente. Assim, o suposto pai ao negar-se a coleta do material para exame, deixa de observar esse princípio constitucional e, com este ato, demonstra a sua irresponsabilidade paterna, exatamente o que a lei deseja impedir.

8º) Desrespeito à garantia constitucional de convivência da criança e do adolescente com seus pais

Conforme o art. 227, da Constituição Federal e o art. 4º, Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado tem o dever de garantir à criança o direito de convivência familiar, ou seja com pai e com sua mãe. Assim, o Estado deve fazer cumprir tal princípio constitucional, determinando que o suposto pai realize o exame de paternidade, pois somente assim o princípio de convivência será respeitado.

A prioridade dos direitos subjetivos é da criança a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. O interesse maior é do menor e deve prevalecer.

A família tem a responsabilidade de assistir, criar e educar os filhos, segundo o art. 229 da CF, mas isso só será plenamente possível se for respeitado o direito de convivência familiar. Para Dalmo de Abreu Dallari³ :

“ a responsabilidade da família, universalmente reconhecida como um dever moral, decorre da consangüinidade e do fato de ser o primeiro ambiente em que a criança toma contato com a vida social. Além disso, pela proximidade física, que geralmente se mantém, é a família quem, em primeiro lugar, pode conhecer as necessidades, deficiências e possibilidades da criança, estando, assim, apta a dar a primeira proteção. Também em relação ao adolescente, é na família, como regra geral, que ele tem a maior intimidade e a possibilidade de revelar mais rapidamente suas deficiências e as agressões e ameaças que estiver sofrendo. Por isso, é lógica e razoável a atribuição da responsabilidade à família. Esta é juridicamente responsável perante a criança e o adolescente, mas, ao mesmo tempo, tem responsabilidade também perante a comunidade e a sociedade. Se a família for omissa no cumprimento de seus deveres ou agir de modo inadequado, poderá causar graves prejuízos à criança ou ao adolescente, bem como a todos os que se beneficiaram com seu bom comportamento e que poderão sofrer os males de um eventual desajuste psicológico ou social” . (sic).

A família é o local mais adequado para a formação da personalidade da criança e do adolescente, pois segundo psicólogos, a instituição familiar, mas principalmente os pais são importantes na estruturação da sua personalidade.⁴

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Comentários ao art. 4º do Estatuto. In: CURY, Munir (Coord.) et alii. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*, p. 23.

⁴ Cláudia Amaral Mello Suannes, ao escrever : Sobre a importância das figuras parentais na estruturação da personalidade da criança, parecer: aspectos psicológicos de um caso de maus –tratos, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 15, p. 260, afirma: “ A formação do psiquismo de uma criança e a conseqüente autonomia(...) ainda que dependa de certo grau de maturação biológica, está profundamente relacionada com o modo como a criança é cuidada por aquele(s) que desempenha(m) as funções parentais (...) o adulto faz a função de *ego* para a criança, ou seja, ele atua como *ego* auxiliar, realizando a intermediação ente o mundo interno (desejos e necessidades)e externo (realidade) que a criança não é capaz de fazer por si mesma. Ao executar esta função, contudo, os pais, além de oferecer um cuidado imediato à criança, oferecem-se também como modelos de funcionamento psíquico, ou, mais especificamente, modelos de identificação, a partir dos quais ela vai estruturar a própria identidade e conseqüentemente desenvolver a capacidade de cuidar de si mesmo (...) . Assim sendo, o modo como a criança forma a imagem dos pais terá importância capital no modo como passará a representar a si própria. Se a criança começa a reconhecer-se a partir das primeiras identificações com os pais, havendo uma internalização dos pais como figuras predominantemente amorosas e contínuas, mais chances ela terá de construir uma auto-imagem positiva. Uma vez que as imagens parentais são representações da criança, isto é, *elementos constitutivos do seu mundo interno*, a imagem de um dos pais carregada em seus aspectos negativos é algo que afeta a criança em seu interior e não o objeto (no caso o pai ou a mãe) ao qual ela representa. Portanto, é ela quem sofre com a existência de uma imagem denegrida de um dos pais, por mais realística que esta possa ser (sic).”

Se o pai não realizar referido exame, deixa de dar à criança à possibilidade de convívio consigo, desrespeitando o princípio constitucional e infraconstitucional de convivência.

9º) Assistência do Estado

O Estado deve dar assistência jurídica gratuita, através do que dispõe o art. 5º, LXXIV, se não der as partes se obrigam a fazê-lo, conforme art. 19 CPC.

Nesta forma de assistência estão incluídos os recursos para a realização dos exames necessários, inclusive o exame de DNA, quando as partes são hipossuficientes.

Tão importante socialmente, quanto juridicamente, a gratuidade do exame de DNA, que gerou a Lei nº 10.317, de 06 de dezembro de 2001, que acrescentou o inciso Vi ao art. 3º da Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, que dispõe sobre a Assistência Judiciária Gratuita, estabelecendo:

“ Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

(...)

VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.”

Assim, visou estender a todos os que comprovarem a necessidade da assistência judiciária gratuita, a gratuidade das despesas com a realização do exame de DNA.

Em diversos estados brasileiros, o Estado custeia o exame de DNA, nos casos de assistência judiciária gratuita, em que as partes são hipossuficientes, através da realização designada pelos Tribunais competentes.

Também, se todas as obrigações e responsabilidades recaírem sobre a mãe somente, haverá contrariedade ao princípio da igualdade, pois o pai também tem o dever de suportar o ônus da paternidade. Dessa forma, na hipótese de que o

pai não reconheça o filho e de ambos- mãe e pai, não poderem custear o exame de DNA, o custo poderá recair sobre o Estado.

Por isso, como já afirmamos anteriormente ao discorrermos sobre a Lei nº 8.560/92 e ao objetivo do legislador com o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, o Estado não só teve a intenção de proteger o filho, atribuindo-lhe um pai, quando não possuía, mas especialmente procurou encontrar “o pai” das milhares de crianças abandonadas no país, arcando com custas processuais, inclusive com as despesas com a realização do exame de DNA, quando as partes necessitarem da assistência judiciária gratuita..

10º) Violação da intimidade ou integridade física do suposto pai

O pai tem direito à intimidade que tem como corolário à integridade física, segundo entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal. Ousamos discordar desse entendimento.

Não foi ferido o direito à intimidade do pai, ou à sua privacidade, direitos constitucionais, previstos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, no caso de investigação de paternidade, em especial, na obrigatoriedade do suposto pai ao exame de DNA.

A Constituição Federal declara inviolável a vida privada da pessoa. A vida privada se refere às informações que o indivíduo pode manter em sigilo, até o momento que desejar, sem intervenção de terceiros. Refere-se às relações afetivas e familiares principalmente, bem como aos fatos, nome, pensamento, imagem, segredo, origem e projetos de vida futuros.

A intimidade, normalmente tida como sinônimo de privacidade⁵, atinge o aspecto pessoal, íntimo e secreto de uma pessoa. Refere-se somente a ela, enquanto pessoa e a mais ninguém.

⁵ Segundo Luciana Mabilia Martins. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado*, p. 343: “ No Brasil, entende-se que, conquanto *intimidade e vida privada* tenham conceitos abstratamente distintos, operacionalmente usa-se ambos os termos para designar o mesmo recorte jurídico. Entretanto impõe-se seja efetuado um *discrímen*, seja pelas matrizes etimológicas das palavras, seja, ainda, tendo em vista a disposição constitucional que con-

Além do mais existe em tais processos segredo de justiça, não havendo qualquer divulgação do fatos e da vida privada do suposto pai, sendo tal acesso à intimidade justo, restrito ao processo e sem publicidade.

Também, não existe previsão legal ou constitucional de “sigilo físico”, quanto à pessoa humana, enquanto indivíduo, não há sigilo sobre o corpo de uma pessoa, o que existe é proteção da integridade física e privacidade quanto a fatos, situações, segredos, relativos a vida da pessoa. Portanto, se não há lei que permita, também não há lei que impeça a revelação da identidade de uma pessoa.

Da mesma forma, como todos nós devemos ser identificados na sociedade através de documento de identidade e impressão digital, que nos torna únicos e responsáveis por nossos atos, bem como merecedores de direitos protegidos, na tese defendida pelo Tribunal, de violação da intimidade e/ou da integridade física do indivíduo, não estariam sendo violados tais direitos, no momento em que se retira a impressão de cada pessoa, através de procedimento realizado, onde se utiliza tinta química que é passada nos dedos de uma pessoa, a fim de serem extraídos os seus dados ?

Não observamos diferença nos dois procedimentos, que autorize o entendimento de que um caso é possível, ou seja, retirar a impressão digital para identificação pessoal, que não deixa de ser um código genético, pois assim, como o DNA é único, existindo um único código para cada pessoa e, o outro não, como é o caso da retirada de poucos mililitros de sangue para identificação genética.⁶

sagra um direito geral à vida privada e à intimidade.” Assim: “Vida privada como autonomia entende-se como direito que contém, e defere aos seus titulares, um conjunto de poderes de autodeterminação, que reflete a idéia de dignidade humana e de “solidarismo”. Enquanto “a intimidade não exige publicidade, porque não tem relação com direitos de terceiro, é o mais exclusivo dos chamados *direitos da privacidade*.” Idem. Ibidem, p. 344. Já para Tércio Sampaio Ferraz Junior a “intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada, que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum).” FERRAZ Júnior. Tércio Sampaio. Igilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, São Paulo, 1992.

⁶ Embora possa haver divergência quanto ao entendimento do exemplo por nós utilizados, o mesmo foi citado no sentido de constatar que ambos os códigos genéticos : impressão digital e DNA de uma pessoa são únicos, não existem duas pessoas com a mesma impressão digital e não existem duas pessoas com o mesmo DNA, com exceção dos gêmeos monozigóticos ou univitelinos. Mônica Yanakiew, em artigo denominado ‘Dna desvenda crimes e muda sentença’. In: O Estado de São Paulo, 27.06.1999, informa que “Obter uma amostra de DNA pode ser mais fácil que buscar impressões digitais: basta uma gota de sangue, uma minúscula quantidade de sêmen, um fio de cabelo com raiz

Deve ser possibilitado o conhecimento do corpo como um todo, através da “impressão” obtida através do sangue.

Diríamos, para finalizar que a pessoa pode manter sua privacidade enquanto não compartilhá-la com outro, ou ainda, enquanto não ferir o direito de outra pessoa, neste caso, o direito do filho ao conhecimento de sua ascendência.

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 ameaçada 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.

Assim, também é o caso do médico que faz qualquer intervenção no corpo humano para curá-lo de uma doença ou salvá-lo. A medida é necessária para salvar; a finalidade é positiva.

De qualquer forma, o legislador deve encontrar uma forma de priorizar integralmente o interesse maior do menor, mesmo comprometendo a privacidade da paternidade.

11º) *Busca da verdade real*

Somente através do exame de DNA poderemos obter a verdade real, não existe outro meio que supere este. E, se o suposto pai não se submeter a tal prova, não há como se obter tal verdade. O exame é importante para que não se dê ao pai, um filho que não é, e ao filho um pai que não é, pois como conclui Pedro Di Lella,⁷ que não sabe o que é pior: se negar ao filho um pai que é e não o quer, ou dar ao filho um pai que é e não o quer como tal.

ou lixo. Chicletes, guimbas de cigarros, latas de cerveja e copos de refrigerantes contêm os restos de saliva necessários para serem analisados em laboratórios.”

⁷ DI LELLA, Pedro. Paternidad y pruebas biológicas, p.70

Maria Celina Bodin de Moraes, refere que em caso de colisão dos princípios da liberdade individual e o da solidariedade, a valoração quanto à intimidade da vida privada deve ter espaços bem resguardados, considerado-se, por exemplo a obrigatoriedade, sob pena de perícia forçada de submissão do pretense pai ao exame de DNA, na investigação de paternidade, hipótese em que a liberdade de escolha deveria ceder lugar ao interesse do suposto filho.⁸

No reconhecimento deve prevalecer a verdade real, que se manifestará através da vontade do filho em conhecer sua origem e sua história de vida, o que somente acontecerá se for possibilitada prova de investigação genética, ou seja o exame de DNA.

12º) Prevalência do direito de personalidade do filho

Significa a busca da identidade biológica⁹, que é superior interesse do filho e por isso, deve ser priorizado. O filho tem direito ao conhecimento da sua origem, história familiar, como: o nome, o estado de filho e o conhecimento dos vínculos de parentesco.

Neste sentido, Zeno Veloso, acompanhando Tânia da Silva Pereira, quanto à “*prioridade absoluta constitucional*”¹⁰ chega à conclusão inexorável de que “é um direito fundamental de qualquer pessoa, compatível com a dimensão da dignidade humana, o direito ao conhecimento da paternidade biológica, de ter definida e saber qual é a sua ascendência genética.”¹¹ Na mesma linha José Rubens Costa, enten-

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*. p. 62.

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, p. 407-408. Manifesta-se favorável a obrigatoriedade do suposto pai ao exame de DNA, “ porque saber a verdade sobre sua filiação é um superior interesse, que nenhuma lei pode frustrar, por ser injusto privar alguém da utilização de todos os recursos possíveis na busca de sua identidade biológica. Limitar a obtenção da verdade sobre a paternidade ou maternidade é ato que não mais se coaduna com os avanços científicos capazes de determinar a real filiação. Por que, então, não exigir a efetivação do exame?”

¹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente*, Ed. Renovar, 1996, p. 187.

¹¹ VELOSO, Zeno. A Sacralização do DNA na Investigação de Paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas: DNA como meio de prova da filiação*, p. 184.

dendo preponderante “ o direito à dignidade do ser humano, em ser reconhecido nos valores caros à sociedade, como o direito ao nome, à origem.”¹²

Belmiro Pedro Welter admite que a obrigatoriedade do exame genético DNA deverá ser imposta pelo Poder Judiciário, por várias razões:

- “ a) o Estado é obrigado a pagar o exame genético, porque é constitucionalmente o responsável pela assistência judiciária gratuita;
- b) a pessoa tem o direito natural de saber quem é o seu pai, (...);
- c) os exames genéticos comuns não refletem a verdadeira paternidade, porquanto o DNA tem valor probatório superior aos demais exames conjuntamente.(...) se somadas todas as técnicas, não fornecem a segurança jurídica do DNA, porque esse exame genético não é exame somente de exclusão, e sim de afirmação da paternidade;
- d) os tribunais têm entendido que cabem várias perícias. Assim, por que não fazer, imediatamente, o DNA, evitando-se gastos financeiros?
- e) as ações de investigação de paternidade têm elevado cunho social, devendo a prova ser robusta, plenária e convincente da paternidade, expungindo qualquer dúvida. E somente o DNA pode trazer essa tranquilidade.
- f) as gravíssimas conseqüências da coisa julgada. Se não for formatado o exame DNA, (...), poderá ocorrer injustiça contra o investigante ou o investigado, os quais nunca mais poderão ajuizar outra demanda para provar, ou negar, a paternidade. (...).”¹³

A fórmula “ tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, serve para explicar porque em nosso entendimento deve prevalecer o direito do filho menor ao conhecimento da sua origem em detrimento do direito do pai à intimidade e vida privada, pois existem princípios diferenciados em relação ao filho, constitucionalmente previstos, que privilegiam o interesse do menor e, norma infraconstitucional – o Estatuto da Criança e do Adolescente, no mesmo sentido, deixando expressa tal previsão, como visto anteriormente, neste trabalho.

¹² COSTA, José Rubens. Direito indisponível à verdade histórica – Exame compulsório de DNA. RF 357/100.

Mesmo assim entende lícita a recusa ao exame compulsório, pois não existe o direito absoluto à prova incidente sobre o corpo humano, ...“ o que interessa é a ponderação de valores, repete-se, direito de um à prova e direito do outro à recusa.”.... E, conclui : Lícita a recusa se sobrepor-se outro direito fundamental.” Obra citada, p. 103-104.

¹³ WELTER, Pedro Belmiro. Obra citada, p. 154-155.

Assim, conforme explica Robert Alexy, a norma de tratamento igual determina que “ si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonses está ordenado un tratamiento desigual.”¹⁴

Então, diante da norma expressa no ordenamento jurídico brasileiro determinando prioridade e privilégio para o menor, nestas questões, é perfeitamente possível interpretar o direito do filho menor como sendo preferencial ao direito do suposto pai, pois, o filho menor, como legislado é tratado desigualmente em relação ao pai, já que com normas diferenciadas, somente previstas para ele, defendendo os seus interesses.

A norma é suficiente para permitir e obrigar tal diferenciação por parte da doutrina e da jurisprudência no tratamento desta matéria.

Segundo Wilson Antonio Steinmetz ¹⁵“ o tratamento desigual só é legítimo se justificado por razão valiosa lastreada na Constituição.” E como podemos verificar é o que acontece na situação examinada que permite o entendimento de que o filho está amparado pela norma Constitucional, além da infraconstitucional, devendo ser respeitada e observada pelos operadores jurídicos nesta matéria, dissipando com as dúvidas existentes até então.

O direito de personalidade do filho, por ser imprescindível ao desenvolvimento e conclusão deste trabalho, foi abordado na parte II.

13º) Obediência ao princípio constitucional de proteção das relações familiares pelo Estado

Conforme art. 226, da Constituição Federal:

“ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

O Estado tem o dever de proteger a família e portanto, deve exigir o exame pelo suposto pai para cumprir com esse dever. Somente através dele estará possi-

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 395 e 397, *apud* STEINMETZ, Wilson. Obra citada, p. 179.

¹⁵ STEINMETZ, Wilson. Obra citada, p. 181.

bilitando ao filho, além do conhecimento do pai, a sua verdadeira ascendência genética, inserindo-o em uma família, desvendando os laços de toda a ordem do parentesco.

Em decorrência do princípio constitucional de proteção das relações familiares pelo Estado, surgiu o princípio da paternidade responsável, também estabelecido constitucionalmente.

Assim, com o intuito protetivo, não só o filho menor, representado pela mãe, ou maior, podem ingressar com ação de investigação de paternidade, mas o próprio Estado, representado pelo Ministério Público, através da Lei 8.560/92.

Com tal objetivo, o Estado permite que a mãe revele no Cartório de registros, o nome e a qualificação do suposto pai, garantindo ao filho o acesso à sua paternidade.

A prova superior, na averiguação de paternidade, bem como na investigação de paternidade é o DNA, que busca a verdade biológica da filiação, o que tem sido confirmado pela maioria dos Tribunais brasileiros.

Por isso, o Código Civil e as leis posteriores, devem ser relidos na presença da Constituição Federal, admitindo-se a aplicação direta de normas constitucionais, inclusive as que tratam das garantias e princípios fundamentais, conforme ensina Pietro Perlingieri:

“ As normas constitucionais- que ditam princípios de relevância geral – são direito substancial, e não meramente interpretativas; ... É importante constatar que também os princípios são normas... Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.”¹⁶

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco, pp. 9-12. Ainda, no texto o autor se manifesta “ A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo da lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opção de base que o caracterizam.”... “ O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.” Ob.cit. p.p. 4 – 6.

Também, Gustavo Tepedino¹⁷, entende que o Código Civil perdeu, definitivamente o seu 'papel de direito privado', já que os textos constitucionais definem princípios relacionados a temas que antes eram reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade, citando como um dos exemplos, a própria organização da família. Conclui o autor que:

“ Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição.

De modo que, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.”

Ainda, no mesmo sentido Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸, entendendo que é preciso avaliar a mudança, ressaltando que a norma constitucional está no ápice do ordenamento jurídico e os princípios nela presentes se tornaram as normas-diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de direito privado, alega que: “ É preciso, ao contrário, buscar perceber e valorar o significado profundo, marcadamente axiológico, da 'constitucionalização' do direito civil.”

Portanto, o Estado deve proteger a família e em especial o interesse dos filhos menores, que neste caso, é a busca da paternidade real.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 7 e 13. O termo é empregado no sentido de que a Constituição Federal unifica o sistema jurídico, disciplinando sozinha na ausência de normas ordinárias, as relações jurídicas de direito civil.

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. *Constituição e direito civil: tendências*. RT 779, p. 56. Ver também Maria Celina Bodin de Moraes, *A caminho de um direito civil constitucional*. *Revista de Direito Civil* 65/23. Entre os constitucionalistas, Clemerson Merlin Clève escreve 'A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (Para uma dogmática constitucional emancipatória)', in: *Seleção Jurídica – ADV – COAD*, 1994, p. 45 e ss. , propondo uma "Constituição normatia integral", onde se reconheça que os princípios enunciados no preâmbulo, dispoem de funcionalidade e "cimentam a unidade da Constituição", surgindo assim "uma prática jurídica definida como constitucionalização (filtragem constitucional) do direito infraconstitucional (direito civil, direito penal, direito do trabalho, direito processual, etc.).

14º) Doutrina da proteção integral

Surgiu com a Constituição Federal de 1988, que alterou a posição estabelecida em relação aos menores, substituindo inclusive, a expressão “menores” , de cunho discriminatório, por “criança e adolescente” e, foi consolidada com a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta doutrina teve origem internacionalmente, principalmente através das Nações Unidas, através de alguns instrumentos como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989 e, ratificada pelo Brasil via Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Segundo Tânia da Silva Pereira a doutrina da proteção integral consagra que:

“ os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado. Recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando de consideração especial, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais. Reafirma, também, conforme o princípio do interesse maior da criança, que é dever dos pais ou responsáveis garantir às crianças proteção e cuidados especiais, e na falta destes é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam. Finalmente, reconhece a família como grupo primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito de receber a proteção e a assistência necessária a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade. Garantiu-se, também, direitos primordiais como direito ao nome, à identidade, à nacionalidade, entre muitos outros, tentando sempre preservar os seus laços culturais e lingüísticos”. (sic).¹⁹

Assim, a Constituição Federal promoveu a doutrina da proteção integral, estabelecendo os direitos da criança e do adolescente, no art. 227 e seus parágrafos, mandamento constitucional que foi reproduzido no art. 4º, do ECA. Mas, além dos

Este processo fará incidir sobre o direito infraconstitucional os valores substanciais emancipatórios adotados pela Carta Constitucional.” (p.51).

direitos garantidos por normas especiais, necessário lembrar que a criança e o adolescente são pessoas humanas e por isso, possuem todos os direitos inerentes à pessoa humana, conforme previsto no art. 3º, do ECA. Aplicam-se as mesmas, portanto, todos os direitos e garantias fundamentais previstos no Título II, da Constituição Federal, em especial o art. 5º e todos os seus incisos.

A criança e o adolescente, desde então passaram a ser sujeitos de direitos e não mais objetos, sendo titulares dos direitos fundamentais. São cidadãos e sujeitos, tratados como pessoas em desenvolvimento não só físico, mas psicológico e moral. O direito seu à liberdade, ao respeito e a dignidade estão previstos nos art. 15, 16 e 17 do ECA.

Através dessa proteção e das disposições legais, no plano processual a criança e o adolescente tem assegurados: a igualdade na relação processual e o direito à produção de todas as provas necessárias à sua defesa, além da assistência judiciária gratuita em caso de necessidade.

Além da questão jurídica, a paternidade não reconhecida voluntariamente ou judicialmente, quando ocorre recusa a realização do exame, provoca nas partes, reflexos emocionais e afetivos, abalando a estrutura familiar, desequilibrando o relacionamento paterno-filial, se existente, ou prorrogando-o indefinidamente, quando ele sequer existe, resultando em enorme frustração no filho, que sente-se mais uma vez indesejado e discriminado pelo pai.

15º) Reconhecimento irrestrito do estado de filiação

Conforme determina o art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o estado de filiação é direito personalíssimo e irrestrito. Assim, a recusa do suposto pai a realização do exame de DNA constitui uma forma de restrição ao reconhecimento e via de conseqüência ao estado de filiação, o que é absolutamente proibido pela legislação que protege o direito da criança e do adolescente. Assim não se pode

¹⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do adolescente*, p. 25-26.

permitir a recusa do pai, que também será ilegal nesse sentido, já que viola disposição de lei, em sentido expressamente contrário.

Esse foi também o entendimento do Ministro Francisco Resek, relator no *habeas corpus* nº 71.373-4-RS, referido no desenvolvimento desse trabalho, que concluiu em seu voto pelo prevalecimento do direito à investigação da paternidade e à elucidação da verdade biológica, entendendo que “ A Lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado da filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento.”²⁰

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 expresso de Lei, o que basta para impedir tal decisão.

²⁰ Ac. STF, nº 71.373-4-RS, de 10.11.94(DJU, 22.11.94, p. 45.686).

PARTE VII

PATERNIDADE ESCOLHIDA

CAPÍTULO I

DIREITO PLENO DE FILIAÇÃO

Não podemos nos esquecer que mesmo diante dos atos e fatos jurídicos, da paternidade voluntária ou da averiguação oficiosa da paternidade, situações concretas e objetivas, devemos considerar as opções ou escolhas do sujeito de direito, conscientes ou inconscientes, que demonstram a subjetividade do ato a ser estudado e regulamentado pela ciência do Direito.

A paternidade não é só fruto do reconhecimento voluntário ou judicial, mas muito antes disso, pode ser fruto do desejo, da opção ou da escolha das pessoas em ser pai, em ser mãe, em escolher o pai, em escolher o momento da gravidez, em escolher o filho.

Rodrigo da Cunha Pereira entende que “ a verdadeira paternidade só se torna possível a partir de um ato de vontade ou de um desejo.”¹

Não importam os motivos ou interesses envolvidos nesta escolha: se amor, afeto, interesse econômico, social, egoísta ou altruísta. Importa é que a escolha acontece e repercute no mundo jurídico, na vida da família, do filho, dos pais e da sociedade.

A lei pode estabelecer , como vimos anteriormente, quem é o “pai”, através da presunção “pater is est”, como sendo o marido da mãe. O exame de DNA pode comprovar quem é o pai genético ou biológico. A mãe pode indicar quem é o pai

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, p. 146.

através da averiguação oficiosa de paternidade ou promover, em nome do filho menor, ação de investigação de paternidade. Mas, somente duas pessoas poderão escolher “verdadeiramente” a paternidade:

1º) O PAI

Não só aquele que gerou, não só aquele que desejou ou não a gestação, mas aquele que desejou o filho após o seu nascimento ou após a averiguação oficiosa, quando não tinha o conhecimento da paternidade ou mesmo quando criou e educou a criança sem que fosse seu genitor, sendo chamado “pai social”, pela doutrina atual.

O verdadeiro pai, não só aceita ser pai, mas “escolhe ser o pai”, assumindo a função paterna, em todos os sentidos, com todos os direitos e deveres inerentes. Não importa se o filho é produto do relacionamento que teve com alguém, se carrega ou não o seu sangue, se é resultado de adoção, ou ainda, de alguma forma de inseminação artificial.

Geneviève Delaise Parseval explica que a noção de parentesco classificatório, “admite que se considerem pais indivíduos que não têm entre si nenhum vínculo biológico, ou têm apenas um vínculo muito tênue. Assim é que se chamará ‘meu pai’ ou ‘minha mãe’ pessoas que não estão ligadas por nenhum vínculo familiar no sentido em que entendemos no Ocidente.”²

Não importa em que situação aquele ser foi escolhido como filho, se porque foi gerado ou se porque foi desejado, o que importa é que seja escolhido pelo pai.

2º) O FILHO

O filho é o maior interessado nas questões que envolvem a filiação e, enquanto menor, deve receber proteção especial da legislação, conforme determinam a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil.

É o filho que deseja ter o nome do pai no registro, conhecer sua origem e seu vínculo familiar, obter seus direitos de filho, além de receber educação, proteção e

² PARSEVAL, Geneviève Delaisi. *A parte do pai*. Trad. Ligia A. Watnabe e Thereza C. Stummer, p. 43.

afeto. Por isso, é justo que ele faça a escolha de quem deve ser o seu pai. Se, aquele que o gerou ou aquele que o criou e o trata como filho, mesmo sem ter qualquer vínculo de consangüinidade pois, como interroga Eduardo de Oliveira Leite, ao questionar a validade do exame de DNA e a paternidade biológica, qual o interesse da criança se vincular 'juridicamente' ao homem que não tem interesse por ela.³

Podemos dizer que "pai é quem o filho deseja como tal", pois ao filho deve recair a escolha, ele é quem deve sentir, considerando o que é melhor para ele. Quem mais pode considerar o ideal de pai, senão o próprio filho?

Embora não exista em nosso ordenamento jurídico esta possibilidade, entendemos que deve ser o posicionamento mais justo frente a essa questão.

É claro que para escolher juridicamente quem é seu pai, o filho deverá ser maior de idade, sendo que no novo Código Civil, a maioridade ocorrerá aos dezoito anos, sendo plenamente capaz de assumir suas ações e, além disso deverá contar com o consentimento ou autorização da pessoa escolhida como pai, se não for o pai genético, nem o marido da mãe ou se for aquele que o criou e educou, ou seja, aquele que deve ser o verdadeiro pai e que merece, segundo ele, ser chamado de "pai" e tê-lo como filho.

Por isso, a paternidade obtida através da escolha do filho é a que deve prevalecer, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana e o do direito ao conhecimento da origem biológica. Em decorrência, o filho terá o direito de escolher o seu pai e esse "pai escolhido" terá direitos e responsabilidades no exercício dessa função, inerentes ao poder familiar.

Diante de todas as formas possíveis de paternidade, para dirimir as dúvidas que cercam o assunto é preciso que se reconheça como *verdadeira paternidade, aquela que é escolhida pelo filho*, seja no caso em que não há o pai genético no registro do nascimento, ou no caso de haver rejeição do pai, que não assume a paternidade voluntariamente.

Quem deve escolher o pai é o filho e não o contrário, diante do direito fundamental de personalidade e/ou do conhecimento da origem do filho, bem como do princípio do melhor interesse do menor.

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: *Repertório sobre Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*, p. 193.

Sobre a aplicação desse princípio Tânia da Silva Pereira comenta: “ identificamos o ‘melhor interesse da criança’, nos dias de hoje, como uma norma cogente, não só em razão da ratificação da Convenção da ONU (através do Decreto n. 99.710/90), mas, também, porque estamos diante de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma.”⁴

Eduardo de Oliveira Leite já afirmou que a “ filiação genética é traçada pela informação obrigatória, enquanto a sócio-afetiva é fruto de um querer: ser pai, desejo que se põe, na via do querer ser filho....”⁵

Se é legal que apenas o pai reconheça o filho, como no reconhecimento voluntário; em um processo judicial ou ainda, que o pai escolha o filho, mesmo que não possua laços de sangue, mas de afeto, como é o caso da paternidade adotiva e da paternidade artificial, porque não consideramos válida a situação inversa? E, em que situação ficariam os filhos quando, mesmo tendo sido reconhecida judicialmente a paternidade, o pai não os aceita, desrespeitando a lei ou desconsiderando o vínculo de sangue, vindo a rejeitá-los, negligenciando os cuidados a eles devidos e muito menos mantendo vínculo afetivo com eles?

Pois essa é a situação atual que enfrenta o Direito de Família e, mesmo diante dos esforços da jurisprudência em encontrar solução mais justa e equânime, ainda não resultou em pleno êxito. Ainda não foi possível solucionar tal impasse a contento, já que mesmo que o pai reconheça o filho judicialmente, não é possível obrigá-lo a reconhecer este vínculo afetivamente.

Diante desse dilema jurídico, no âmbito do Direito de Família, nos parece que só há um caminho, o mais justo e correto, que é o de que o próprio filho possa escolher seu pai, quando aquele que lhe deu o sangue, o rejeitou e, aquele que lhe acolheu, lhe trata como filho, mesmo inexistindo entre ambos vínculo biológico.

Assim, entendemos que como na adoção, apaga-se todo o registro anterior da criança adotada, onde constava o nome dos pais e avós biológicos, e que é também uma forma de “paternidade escolhida”, do mesmo modo aqui deve ser possibilitada a analogia, permitindo ao “filho optar pelo pai” e não o inverso como, normal-

⁴ PEREIRA, Tânia da Silva . Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice Dias; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.) *Direito de Família e o novo Código Civil*, p. 145.

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: *Grandes temas da atualidade...*, p. 84.

mente ocorre nas adoções de crianças até os doze anos(já que os maiores de doze anos devem dar o consentimento na adoção, conforme art.45, § 2º, do E.C.A), podendo o filho inscrever no registro como seu pai aquele que verdadeiramente exerceu o papel de seu pai e, não aquele que mesmo tendo laços de sangue não o reconheceu ou o rejeitou.

É possível estabelecermos uma analogia com a filiação na adoção, mesmo diante das semelhanças e diferenças dos institutos, de onde extraímos que assim como na adoção o pai escolhe o filho, o filho também poderá escolher o pai, se for para seu benefício.

Portanto, se realmente a lei quer tratar igualmente todos os filhos, como estabelecido na Constituição Federal , no art. 227, § 6º; no E.C.A, art. 20 e no novo Código Civil, no art. 1.596, ou seja, os filhos naturais e os adotivos, deve haver igualdade nesta matéria.

Com isso, se os filhos adotivos podem escolher se aceitam ou não a adoção, ou seja, a paternidade e a maternidade daqueles pais adotivos, dando o seu consentimento se forem maiores de 12 anos, conforme estabelece o art. 45, § 2º, do E.C.A., também, não só como critério de justiça, mas obedecendo aos princípios e normas que determinam a igualdade na filiação, não temos dúvida de que é totalmente viável e, mais que viável, justo e legal, que o filho natural possa, assim como o filho adotivo, escolher a paternidade quando o pai biológico não o assume voluntariamente.

Ressaltamos que este artigo não foi revogado pelo novo Código Civil brasileiro, bem como foi ratificado pelo art. 1.621, que dispõe no mesmo sentido, como verificamos:

“Art. 1.621. A adoção, depende de consentimento dos pais ou dos representantantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de 12 (doze) anos.”

Também, o novo Código Civil, ao tratar da tutela, determina que deve ser levada em conta a opinião do menor, se já contar com doze anos de idade, conforme o art. 1.740, inciso III, a seguir citado:

“Art. 1. 740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:
(...)

III – adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar 12 (doze) anos de idade.”

Diante de tais dispositivos legais, podemos concluir, especialmente de acordo com o novo Código Civil, que tal legislação inovou ao possibilitar a ouvida do menor em situações que envolvem a filiação, a paternidade e a assistência, a partir dos doze anos de idade, ainda que sejam na forma socioafetiva como é o caso da adoção e não deixa de ser o caso da tutela.

Diante dessa proposta, que nos parece possível e exequível diante das normas que já possuímos para amparar decisões judiciais sobre a matéria, cremos que a mesma poderá resolver os dilemas relativos à filiação, especialmente no que diz respeito à busca da verdadeira paternidade.

Também, é possível fundamentar a paternidade escolhida, dos filhos havidos fora do casamento, através do art. 4º, da Lei nº 8.560/92, que dispõe: “*o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento*”.

Diante dessa norma, o filho maior deve consentir expressamente, se aceita ou não àquele que deseja reconhecê-lo como pai, podendo ou não desejar o nome daquele que o reconheceu no registro, bem como todos os demais direitos decorrentes do ato.

Como constatamos, esta norma vem ao encontro do que propomos, na relação paternidade-filiação ou no estabelecimento da plena filiação, pois a forma prevista no artigo, é uma forma de escolha ou opção do filho maior pela paternidade. Assim, se o filho maior não desejar àquele pai, mesmo que tenha com ele laços biológicos, nada impedirá que ele o rejeite. Pode o filho maior, preferir o pai-afetivo que o criou como verdadeiro filho, mantido que foi na posse do estado de filho, ao pai genético, que o reconheceu após longos anos de abandono, desconhecimento, omissão e/ou desamor.

Entendemos que somente o filho poderá decidir, seja diante do exame de DNA, que confirma a paternidade biológica, se deseja considerar o genitor que não o reconheceu como pai ou se diante da paternidade socioafetiva, deseja que seja seu pai àquele que o criou, educou e deu amor, mesmo sem ser o pai de sangue.

Colocamos na vontade e no sentimento do filho, o poder de decidir quem é o seu pai realmente. Nem o positivismo expresso na lei (paternidade jurídica), nem a

fantástica descoberta do exame de DNA (paternidade biológica), podem afirmar quem é o pai de verdade para uma pessoa, senão ela própria.

O pesquisador Paulo Silveira afirma que “assim como os adultos adotam ou rejeitam seus filhos, os filhos adotarão ou rejeitarão seus pais. Essa é uma relação, como todas as outras, co-construída e reconstruída permanentemente. Não adianta querermos nos impor em um lugar que não é o nosso. Os únicos indivíduos que poderão nos ensinar a exercermos, adequadamente, a nossa paternidade serão nossos próprios filhos.”⁶

Mesmo que a paternidade possa constituir-se em uma escolha (ser o pai ou não ser o pai), concluímos que somente os filhos podem escolher quem são seus pais. É fundamental que realize a escolha, considerando o pai ideal para ele.

Assim, o direito de optar pela filiação biológica ou pela afetiva (terceiro, padrasto ou pai adotivo) é questão ainda não debatida e enfrentada pelos Tribunais.

Se o pai não exerceu a sua função afetiva junto ao filho, outro possivelmente o fará em seu lugar. Se é correto afirmar-se que “pai é quem cria”, então esse pai deve ser elevado a categoria de pai-afetivo no registro de nascimento do filho, podendo ser terceiro, não parente, marido ou namorado da mãe, vizinho, etc. A lei francesa, no Código Civil Francês, arts. 311-1 e 311-2, na determinação da paternidade, admite a posse do estado de filho, ou seja, pai é quem cria e, não necessariamente quem gera, como registramos linhas atrás neste trabalho.

Por mais que o direito legisle, por mais que as técnicas médicas e genéticas avancem, por mais que a natureza imponha quem é o pai, somente uma pessoa poderá sentir e desejar quem é o verdadeiro pai: se é o que gera, o que cria ou o que registra. Ninguém mais poderá fazê-lo e ninguém mais tem direito de fazê-lo. Esse é o direito mais fundamental do ser humano, o conhecimento da sua origem e o desejo de pertencer a essa origem. A única pessoa que poderá definir com maior fidelidade, seja através do critério da razão, seja através do critério da emoção, é o próprio filho.

⁶ SILVEIRA, Paulo. O Exercício da paternidade. In: SILVEIRA, Paulo (Org.). *Exercício da paternidade*, p. 31. O autor complementa, na mesma página: “ Talvez o melhor exemplo nos tenha sido dado pelos Kraokes, povo que habitava a ilha de Manhattan antes da chegada dos espanhóis. De acordo com seus princípios, cabia às crianças escolherem o adulto do sexo masculino que cumpriria a função habitualmente atribuída, por nós, ao pai. Uma vez feita a escolha, não só o adulto a considerava uma podia recusá-la. Somente a própria criança poderia desfazer o pacto e trocar de “pai” (Dupuis, 1989).”

Inadmissível, portanto, que a lei ou a medicina estabeleçam quem é o pai, se somente uma pessoa pode decidir sobre a sua própria vida, que rumos quer dar a ela.

O direito de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível, conforme determina o art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ninguém poderá decidir a respeito em seu lugar, nem os pais, nem a medicina, nem a lei. Portanto, por que personalíssimo, pertence exclusivamente ao filho, que pode exercê-lo quando quiser. Somente o filho tem o poder de disposição sobre o seu direito de filiação, como bem entender e quando atingir a maioridade.

Sendo assim, somente o filho poderá decidir quem é seu pai, seja o pai biológico ou o afetivo, no momento em que tiver capacidade para isso. Esse é o único requisito indispensável para fazer tal escolha, nos casos em que existe discussão a cerca da paternidade: que tenha atingido a maioridade.

A partir da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁷, que conferiu ao filho adotivo o direito de ter reconhecida a paternidade biológica, entendemos que foi oportunizada a discussão do tema.

Dessa forma, foi aberto espaço para reflexão, surgindo novas possibilidades no direito de filiação, sem ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, ou melhor, tornando viável a aplicação do mesmo. Neste sentido, Claudia Lima Marques, Maria Cláudia Cachapuz e Ana Paula da Silva Vitória se posicionam: “ acima de um direito de busca às suas origens, permite tal entendimento jurisprudencial que se passe a destacar a adoção de um princípio de igualdade entre os vínculos de paternidade estabelecidos, conferindo ao filho, em razão de sua individualidade o direito de optar pela adoção do vínculo da paternidade que entenda ser mais relevante.”⁸

Também, Reinaldo Pereira e Silva entende que “o critério da afetividade, quando implementado e enquanto contribuição para o aprimoramento da sociedade familiar, deve priorizar mais a vontade do filho do que a vontade do pai.”⁹

Com isto, preferimos nortear o nosso trabalho, apresentando um novo formato para a questão da filiação x paternidade.

⁷ A ementa desta decisão está citada na seção seguinte e consta na nota de rodapé nº 306.

⁸ MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia e VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno. *RT* 764/22-23.

⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e . Ascendência biológica e descendência afetiva: indagações biojurídicas sobre a ação de investigação de paternidade. In: SILVA, Reinaldo Pereira; AZEVÊDO, Jackson Chaves (Coords.) *Direitos de família: uma abordagem interdisciplinar*, p. 184.

A paternidade obtida através da escolha do filho é aquela que deve prevalecer, quando não for reconhecido espontaneamente ou voluntariamente, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana; do direito ao conhecimento da origem biológica e, principalmente, da igualdade na filiação.

Seção 1

Possibilidade de averiguar o pai biológico na adoção

Conforme já previa o art. 348 do Código Civil de 1916, e segundo o art. 1.604, do novo Código Civil, o filho ao ser registrado pelo pai e pela mãe, não possui ação para investigar a paternidade diversa da que consta no registro de nascimento. Esta a regra, mas comporta exceções como o erro ou a falsidade do registro.

A norma do art. 47, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, obriga que o nome do pai biológico ou verdadeiro seja apagado, no caso da adoção plena, para inclusão de terceira pessoa no lugar, ou seja, dos pais adotivos.

Por outro lado, não há legislação que proíba, no direito brasileiro, a busca e o conhecimento da ascendência biológica. E, o art. 227, § 6º, da Constituição Federal e o art. 27, do E.C.A., sustentam essa afirmação, uma vez que o direito de filiação pode ser exercido 'sem qualquer restrição', seja tal restrição, em relação à qualidade do filho ou do pai.

Diante do princípio de igualdade entre os filhos, previsto no art. 227 § 6º da Constituição Federal, não podemos mais entender que somente os filhos tidos por consangüinidade podem promover ação de investigação de paternidade.

A adoção plena em tudo igualou o filho, conforme Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 39 a 52 e é irrevogável, conforme art. 48, do mesmo Estatuto. No entanto, é discutível o critério jurídico de filiação estabelecido aqui, eis que os pais podem registrar o filho adotivo em seu nome, inclusive alterando o seu prenome, incluindo os avós maternos e paternos adotivos, apagando com isso todo o passado, ou seja, a origem do filho adotivo.

Entendemos que esta questão por estar intimamente relacionada ao presente trabalho, deve ser examinada e questionada.

Esta não nos parece a melhor solução.

Entendemos que, somente o filho poderá decidir a esse respeito, se quer buscar a verdade biológica por meio de averiguação oficiosa ou através da ação de investigação de paternidade, ao atingir a maioridade, se desejar. Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente obrigue o filho maior de 12 (doze) anos a dar o seu consentimento na adoção, cremos porém, que com tal idade, não tem ele maturidade suficiente para entender a complexidade do ato e suas repercussões futuras.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, após os 12 (doze) anos a pessoa é considerada adolescente e segundo o Código Civil é ainda absolutamente incapaz com esta idade. Como então, submetê-la a ato de tamanha responsabilidade e gravidade, sem que na maioria das vezes tenha compreensão desse ato?

Daí defendermos a escolha do filho, somente após os 18 anos de idade, após atingir a maioridade civil ou nos casos de emancipação.

Assim, o filho que não escolhe o pai jurídico e obviamente o pai biológico, poderia escolher o 'pai afetivo', de acordo com o seu interesse.

A Constituição Federal e a Lei nº 8.560/92, não fazem distinção quanto aos filhos, inclusive a Lei trata dos filhos havidos fora do casamento, onde estão inseridos também os filhos adotivos. Por isso, referida Lei deve ser aplicada aos filhos adotivos havidos na forma plena, que desejam o reconhecimento dos pais biológicos, não só pelo princípio da igualdade mas porque a Lei nº 8.560/92 é especial e posterior a Lei nº 8.069/90 (E.C.A), derogando os artigos que tratam da adoção plena nesta parte, que forem incompatíveis com a mesma, com é o caso do artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece que a adoção plena é irrevogável, portanto imutável.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é neste sentido :

“Os deveres erigidos em garantia constitucional à criança e ao adolescente, na Carta de 1988, em seu art. 227 , se sobrepõem às regras formais de qualquer natureza e não podem ser relegados a um plano secundário, apenas por amor à suposta intangibilidade do instituto da adoção.. Opor, à justa pretensão da menor adotada em ver reconhecida a paternidade biológica, os embaraços expostos na sentença, é o mesmo que entender que alguém, registrado em nome de um casal, seja impedido de investigar sua verdadeira paternidade, porque a filiação é tanto ou mais irrevogável do que a adoção. No entanto, a todo o momento, deparamos com pessoas registradas

como filhos de terceiro, que obtêm o reconhecimento da verdadeira paternidade e têm, por conseqüência, anulado o registro anterior. Sentença cassada, para que outra seja proferida enfrentando o mérito da causa.”¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça, em relação a possibilidade de o adotado promover ação de investigação de paternidade para conhecer o seu pai biológico entendeu que esse tipo de reconhecimento biológico da paternidade não fere a norma do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 48), que dispõe que a adoção é irrevogável, decidindo:

“Como efeito da adoção a lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com os pais e parentes. Todavia, em muitos casos persiste a respeitável necessidade psicológica de o adotado conhecer os verdadeiros pais. Nesse sentido, há precedente do STJ admitindo a possibilidade do reconhecimento do vínculo biológico de paternidade, através de ação de investigação de paternidade, ao fundamento de que esse fato não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art. 48 do ECA, que determina ser a adoção irrevogável. Para aquela Corte, inexistente, em nosso direito, norma proibitiva, prevalecendo o disposto no art. 27 do ECA.”¹¹

Conforme Claudia Lima Marques¹², neste caso o filho pode optar pelo vínculo de paternidade, pois a tendência pós-moderna é o acesso dos filhos à descoberta de sua origem e a possibilidade de opção por uma qualificação exata.

Aliás, saliente-se que em países como a Argentina, já houve a preocupação com esse assunto, tendo em vista a Lei de Adoção nº 24.779 de 01.04.97, que consagrou o direito do adotado conhecer sua realidade biológica (art. 328 C. C. argentino). No Brasil não há previsão legal.

Em qualquer hipótese, a filiação biológica não será exatamente idêntica a filiação adotiva, mesmo aplicando-se o princípio jurídico da igualdade, porque a primeira, possui pelo menos um elemento que a diferencia da outra, e que é da natureza humana: o laço de sangue e este não pode ser apagado nem pela vontade das partes, nem pela lei, já que imutável.

¹⁰ Rel. Des. Eliseu Gomes Torres. Apelação 595.118.787 TJRS, 8ª C.Cível. *RJTJRGS* 176/76. Em sentido contrário: *RT* 745/361.

¹¹ STJ, RESP 5.280/RJ, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. Em 22.10.91. *RSTJ* nº 26/406.

¹² MARQUES, Claudia Lima. Obra citada, p. 31.

Por fim, deve ser invocado aqui, o art. 7º, da Convenção Internacional da ONU- Organização das Nações Unidas, sobre os direitos da criança, que estabelece que a criança tem o direito de conhecer seus pais e ser criada por eles.

Assim, mesmo entendendo que em algumas situações atuais, como demonstra a jurisprudência, esteja havendo um retorno, de certa forma a importância da verdade biológica, no momento em que já existem ações de filhos adotivos que desejam ter acesso ao conhecimento de sua origem biológica, essa situação vem ao encontro da nossa tese, de que deve prevalecer a paternidade escolhida pelo filho. Essas ações revelam que não basta também ter sido adotado por alguém, que figurou no registro como pai durante anos, sem que o filho pudesse manifestar o seu desejo, qual seja o de ter conhecimento dos seus pais biológicos. Essa situação reforça o nosso posicionamento, pois a questão central é uma só: a escolha da paternidade é do filho e ninguém pode fazê-la em seu lugar, nem a lei atribuindo-lhe uma paternidade fictícia, nem o exame de DNA, atribuindo-lhe paternidade biológica, mas apenas o filho pode sentir, desejar e escolher a pessoa que considera seu verdadeiro pai.

Com isso, de forma simples, legal e justa, entendemos possível desatar o nó que envolve a filiação e o seu reconhecimento.

Seção 2

Direito de renunciar ao nome do pai no registro civil

O filho ao obter o reconhecimento da paternidade terá direito de usar o nome paterno, porém não há dispositivo legal que o obrigue a usá-lo.

No novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10.01.2002, existe a seguinte previsão legal, no art. 16: *“toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”*

Diante dessa norma, verificamos que o filho tem ‘direito’ ao nome do pai e não ‘dever’ de registrar e usar o nome paterno, após o reconhecimento oficioso ou judicial da paternidade.

Pelo princípio da igualdade entre homem e mulher não há mais o poder exclusivo do pai na relação familiar, o patriarcalismo foi banido do Direito de Família brasileiro, motivo pelo qual não há mais como exigir que o filho leve obrigatoriamente o nome do pai no registro.

Os direitos do pai e da mãe são iguais perante a lei, não sendo mais o direito brasileiro fundado no patriarcalismo, não há mais como obrigar-se o filho a acrescentar ao seu nome, o patronímico do pai no registro civil.

Também não se pode obrigar o filho, que foi reconhecido via processo judicial quando era menor, a aceitar incluir em seu registro de nascimento, o nome do pai que o rejeitou. É uma violência muito grande á honra e à dignidade desta pessoa, obrigá-la a usar o nome daquele que não a aceitou como filho ou a menospreza. Esses casos vem crescendo nos escritórios de advocacia e, embora não haja previsão legal ainda, para fazê-lo, entendemos que diante do princípio da igualdade entre homem e mulher, as dúvidas devem ser dissipadas e tal procedimento permitido judicialmente, para retificação do registro civil e retirada do nome do pai, quando houver o reconhecimento forçado, ou para na própria ação de investigação de paternidade movida pelo filho, renunciar ao nome do pai, na maioridade. Pois, a dor do filho é imensa ao ter que carregar o nome do pai que o fez sofrer e ainda ter que transmitir esse nome aos seus herdeiros futuramente, não se podendo obrigar o filho a isso.

Também, na hipótese de que o pai que reconheceu o filho através de averiguação oficiosa ou da ação judicial, não cumpra com os seus deveres, como : não visite o filho, não o alimente, não o acompanhe e oriente, enfim, abandone o filho, deve ser permitida a alteração.

O intuito da averiguação oficiosa pode ser apenas descobrir a paternidade, para que o nome do pai conste no registro de nascimento, tendo assim o conhecimento de sua origem e de seus ascendentes. Porém, o filho pode não desejar agregar ao seu nome, o sobrenome daquele que o rejeitou; pode não desejar usar e perpetuar o nome dele. Quer apenas, com a averiguação de paternidade ou com a ação de investigação de paternidade conhecer a sua origem, o que não implica necessariamente em carregar consigo o nome da pessoa que o abandonou e rejeitou.

O filho pode almejar apenas que conste o nome do pai no registro, quer conhecer a sua história, o que não o obriga a “aceitar” e incorporar ao seu nome, o patronímico do pai que o rejeitou, o que além de tudo é desumano.

Somente o filho poderá decidir se quer ou não, se deve ou não usar o nome do pai, após atingir a maioridade, quando já adquiriu capacidade e discernimento para a escolha.. A lei não pode interferir sobre um direito fundamental, personalíssimo e que portanto, só diz respeito à pessoa e à personalidade do próprio filho.

CONCLUSÃO

Esta análise teve por objeto o exame de DNA na averiguação oficiosa de paternidade, com enfoque do tema na responsabilidade de 'ser' o pai e em contrapartida, no direito de 'ser' o filho.

Na introdução, procuramos estruturar tal problema, que enseja divergências na doutrina e na jurisprudência, promovendo algumas indagações a respeito do exame de DNA, relacionado à filiação e à verdadeira paternidade.

Ao analisarmos o exame de DNA, na averiguação oficiosa de paternidade, conforme a Lei nº 8.560/92, a doutrina e a jurisprudência, pudemos constatar que tal exame, conforme afirmam os *experts*, gera certeza quase absoluta¹ para incluir ou excluir a paternidade, já que o índice de infalibilidade é de 99, 9999%, podendo gerar alguma dúvida apenas, e tão somente, em relação a forma, como, quando, onde e por quem é realizado.

As decisões judiciais nesta matéria permanecem gerando certas dúvidas, daí porque a nossa investigação a respeito desse tema fundamental para o Direito de família.

Dessa forma, ao concluirmos, voltamos aos questionamentos iniciais, destacados na introdução e desenvolvidos no decorrer do trabalho, a respeito do exame de DNA, da filiação e da paternidade, procurando elaborar algumas soluções, dentro do Direito Civil, em especial do Direito de Família, com amparo na Constituição Fe-

¹ Em matéria de exame de DNA, a certeza absoluta só é admitida para a exclusão da paternidade e não para a inclusão.

deral, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei nº 8.560/92 e no Código Civil. Agregamos as questões de acordo com o tema abordado.

Questão 1. O exame de DNA é prova definitiva da paternidade?

Como afirmamos linhas atrás, o exame de DNA é uma das mais modernas técnicas científicas para a comprovação da paternidade, com critério de certeza quase absoluto da paternidade, segundo especialistas de 99,999%, o que permite questionar a eficiência e perfeição deste exame, diante de fatores intrínsecos e extrínsecos. Assim, a forma de realização do exame pode ser questionada, isto é, se foram observados todos os cuidados necessários para que o resultado seja o mais correto possível.

Assim, como exame científico que é, não pode ser questionado, pela grande certeza que traz, porém poderá ser questionado, como um meio de prova pericial, que como qualquer outro poderá ser falível, dependendo da forma, métodos, pessoas, órgãos e locais que o realizaram, atribuindo-lhe valor relativo, nestes aspectos.

De qualquer forma, segundo o nosso entendimento neste trabalho, em defesa da nossa tese, a da paternidade escolhida, entendemos que mesmo sendo válido e incontestável tal exame, esse dado genético pode não servir e não ser desejado pelo filho, que não aceita o pai biológico, inobstante o exame confirmar a paternidade.

Questão 2. O suposto pai pode negar-se a se submeter ao exame de DNA?

Questão 3. Tem o suposto pai direito de não realizar prova pericial contra si próprio?

Mesmo tendo o Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* nº 71.373, originário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entendido que o suposto pai não deve ser submetido à força ao exame de DNA, para comprovação da paternidade, por estarem sendo feridos os seus direitos constitucionais de preservação da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo, discordamos e elencamos 15 aspectos os quais julgamos fundamentais para proteger a filiação, quais sejam:

1. Infringência ao princípio de igualdade entre os filhos

2. Infringência ao princípio de igualdade entre o homem e a mulher²;
3. Infringência ao poder familiar
4. Liberdade de concepção
5. Direitos recíprocos entre pais e filhos
6. Atribuição do Poder Judiciário³
7. Ofensa ao princípio da paternidade responsável
8. Desrespeito à garantia constitucional de convivência da criança e do adolescente
9. Assistência do Estado
10. Violação da intimidade ou integridade física do suposto pai⁴
11. Busca da verdade real⁵

² Na primeira hipótese, como afirmamos no desenvolvimento do trabalho, o pai que se nega a realizar o exame de DNA estará ferindo o princípio de igualdade entre os filhos, se tiver outros filhos reconhecidos, eis que estará negando ao filho não reconhecido todos os direitos inerentes ao reconhecimento, assim haverá discriminação de tratamento entre os filhos reconhecidos e os não reconhecidos. Na segunda hipótese, também como afirmamos no decorrer do trabalho, haverá descumprimento do princípio da igualdade entre o homem e a mulher no caso de a mulher (mãe) haver reconhecido o filho e o homem (pai) não, pois neste caso a mãe estará assumindo sozinha todos os encargos, não só da maternidade, como da paternidade que existe e deve cumprir sua parte em igualdade, conforme dispõe a Constituição Federal e o Código Civil, quando trata do poder familiar (art. 1.634). Com isso, não desconhecemos a situação contrária de que a mãe possa negar a maternidade e do mesmo modo infrinja o princípio de igualdade.

³ No sentido de que o Poder Judiciário deve determinar o exame quando necessário ou requerido pelas partes, permitindo a investigação, através de todos os meios admissíveis em direito, inclusive através da prova pericial de DNA.

⁴ Mesmo que o Supremo Tribunal Federal tenha firmado o entendimento de que existe violação da intimidade e integridade física do suposto pai ao exame, entendemos que o acesso à intimidade do pai é justo, restrito ao processo e sem publicidade, eis que ocorre em segredo de justiça. Também cremos que a pessoa pode manter sua intimidade enquanto não compartilhá-la com outra pessoa ou enquanto não ferir o direito de outra pessoa, neste caso o filho ao conhecimento de sua ascendência, *no caso de este ser o único procedimento possível*, eis que de outra forma o direito do filho, enquanto menor está sendo ferido. A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 227 e seus parágrafos e nos artigos 3º, 4º e 5º, respectivamente, promovem a doutrina da proteção integral, estabelecendo a prioridade dos direitos da criança e do adolescente frente aos adultos. Como afirma Tânia da Silva Pereira, no artigo Direito da criança e do adolescente a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental, *Obra citada*, p. 674: "Prevalece, portanto, tanto na doutrina como na jurisprudência a possibilidade de identificação dos pais, com vistas às suas responsabilidades na criação dos filhos." Além do mais como analisam José Renato Silva Martins e Margareth Vetus Zaganelli, na obra citada, p. 160: "(...) o bem maior a ser tutelado é a vida, entre a integridade física e a identidade, dentro de um princípio da proporcionalidade de valores, a identidade de um filho sem pai há que preponderar sobre aquela. O art. 227 da Constituição Federal assegura à criança ou ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida e à dignidade, entre outros, e é dever da família, da sociedade e do próprio Estado assegurar tal direito; Assim sendo, podemos afirmar, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é a única solução para o tema em questão. Ele é o axioma do direito constitucional, e o valor maior a ser tutelado, mesmo em detrimento da intimidade e/ou integridade física, é o da personalidade e/ou identidade, (...)".

⁵ A verdade real foi empregada no sentido de verdade biológica, eis que obtida através do exame de DNA, pois neste caso, o que o filho está buscando com o processo de averiguação oficiosa ou de reconhecimento judicial da paternidade é a paternidade biológica.

12. Prevalência do direito de personalidade do filho⁶
13. Obediência ao princípio constitucional de proteção das relações familiares pelo Estado
14. Doutrina da proteção integral do filho menor
15. Reconhecimento irrestrito do estado de filiação

Assim, o suposto pai não pode deixar de realizar tal prova, mesmo porque ela é importante para o processo e não só para as partes, embora o interesse maior seja do filho, pois os efeitos do reconhecimento interessam especialmente a ele, atingem o seu direito à vida, à personalidade e até mesmo à felicidade. A descendência pode gerar problemas genéticos e de saúde para o filho, além de provocar incesto e problemas de endogenia entre parentes, motivo pelo qual é necessário o conhecimento da sua origem.

Questão 4. A recusa do suposto pai de se submeter ao exame de DNA implica, necessariamente, em confissão ficta?

Questão 5. A confissão ficta é presunção fática ou jurídica? Se jurídica qual o seu valor, para o mundo do direito?

A recusa do pai, em submeter-se ao exame de DNA, gera confissão ficta, segundo a doutrina, mas hoje é insuficiente para resolver a questão da paternidade, pois a confissão deixou de ser presunção fática para ser jurídica, com valor maior no Direito de Família, sendo que o novo Código Civil prevê expressamente, assim como o anterior Código já o fazia, a presunção como um meio de prova admissível em direito, no art. 212.

Também os artigos 231 e 232, dispõem sobre a prova pericial, quando há recusa à realização do exame médico, o que deve ser aplicado ao suposto pai que nega-se a realizar o exame de DNA, nas averiguações oficiosas de paternidade e nas ações de investigação de paternidade.

⁶ Durante o trabalho não desconhecemos o direito de personalidade também do pai, é inegável, porém diante dos princípios constitucionais (art. 227) e infraconstitucionais (Lei nº 8.069/90) diferenciadores, que privilegiam o interesse da criança quando contraposto com o do adulto, entendemos que deve ser privilegiado o interesse do menor nas questões de paternidade, inclusive para permitir o seu direito ao conhecimento da própria origem.

Não temos dúvida de que a confissão ficta deixa de ser presunção fática e passa a ser jurídica, fundada nessas novas normas, apresentando por isso, valor jurídico no mundo do direito, devendo trazer unificação para a matéria.

Questão 6. A submissão ao exame (mesmo com resultado positivo) não cria laços paterno-filiais, mas só garante efeitos (menores) de ordem pessoal (direito ao nome do pai, direito de visitas) e de ordem econômica (pensão alimentícia)?

O exame de DNA, comprova a paternidade biológica, possibilitando o reconhecimento da paternidade, gerando efeitos patrimoniais e pessoais para o filho, mas não garante a verdadeira paternidade, que para nós não é esta determinada pelo exame, mas é a paternidade escolhida, também na forma da paternidade responsável, que não deixa de ser, como todas as outras, mas é somente aquela em que o direito de filiação é pleno.

O filho não é apenas o descendente, mas é gerado e desejado ou, apenas desejado, como é o caso das adoções, das inseminações artificiais heterólogas e da posse do estado de filho, em que a filiação é socioafetiva, onde a relação paterno-filial é visível, pois os laços não são de sangue, mas de afeto e solidariedade.

Questão 7. O direito fundamental do filho de ter acesso a sua origem deve prevalecer diante dos princípios da dignidade, da integridade física e incolumidade do suposto pai?

Questão 8. O conhecimento de sua ascendência é direito de personalidade do filho?

Em relação aos conflitos de interesses, o do pai com o do filho, diante dos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da incolumidade do corpo, do suposto pai, em contraposição ao direito fundamental do filho, de ter acesso ao conhecimento da sua origem, vinculado ao seu direito de personalidade; em especial através do princípio da proporcionalidade, verificamos que os direitos do filho devem se sobrepor aos direitos do suposto pai, pelo método da ponderação dos valores. Os direitos do filho, são protegidos constitucionalmente e infraconstitu-

cionalmente, através do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei nº 8.560/92, bem como do Código Civil.

Daí extraímos que o filho poderá averiguar quem é seu pai biológico, mesmo no caso da 'adoção plena'⁷, conforme estabelecia o ordenamento jurídico anterior ao novo Código Civil e de acordo com o entendimento da jurisprudência até então, porque não há no direito brasileiro, legislação que proíba a busca e o conhecimento da ascendência biológica e, o art. 227, § 6º, da Constituição Federal, bem como o art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sustentam tal afirmação, podendo o direito de filiação ser exercido sem qualquer restrição, seja em relação à qualidade do filho ou do pai.

Questão 9. O filho gerado é idêntico ao filho gerado, mas não desejado? Como ficam os filhos diante do princípio da igualdade constitucional?

Diante das indagações formuladas, importante e necessário reestruturarmos o quadro da filiação no Direito de Família, já que o filho poderá ser : o descendente, o filho gerado e desejado ou o filho desejado, dependendo da maneira como é tratado pelos pais. Na primeira hipótese, o descendente é o sucessor hereditário, com todos os direitos correlatos; na segunda hipótese, é além disso, filho, com direitos decorrentes da filiação, ocupando o lugar de filho, com cuidado e amor do pai e, na terceira hipótese, é o filho desejado, cujo pai não é biológico, mas o considera como verdadeiro filho, dá amor e afeto. Nesta situação, o parentesco advém de "outra origem", que não a consangüínea. São os filhos adotivos, tidos por inseminação artificial heteróloga e os que estão na posse do estado de filho (paternidade socioafetiva).

Por isso entendemos que os filhos havidos fora do casamento, "não são iguais" aos filhos havidos de um casamento, a relação já é diferente desde o início, pois o filho havido fora do casamento necessita requerer o seu reconhecimento, que pode ser voluntário, através da Lei nº 8.560/92 ou judicial, através da ação de investigação de paternidade, conforme arts. 1.607 e ss. do Código Civil. Depois, mesmo provando a paternidade, esses filhos normalmente são rejeitados e discriminados

⁷ Salientamos que após a entrada em vigor do novo Código Civil, a adoção é única, não existindo mais a forma plena (como era tratada pela Lei anterior, doutrina e jurisprudência).

pelos pais que o abandonaram, o que importa em desigualdade e desrespeito ao princípio da paternidade responsável.

Além disso, a doutrina e a jurisprudência que impedem a realização do exame de DNA pelo suposto pai, também estão discriminando os filhos havidos fora do casamento, pois não permitem que eles sejam ao menos “igualados em direitos”, com os demais filhos.

Questão 10. Quais são os efeitos benéficos da efetiva relação paterno-filial?

Questão 11. O exame de DNA determina o pai ou apenas o genitor?

O exame de DNA, face a tudo que foi escrito, pode determinar o pai, se este aceitar reconhecer o filho advindo de relação extraconjugal, voluntariamente, igualando-o em direitos com os demais filhos, inclusive em amor e afeto, construindo uma relação paterno-filial que não havia e não era benéfica, pois o único laço que existia era o biológico. A paternidade biológica, normalmente, apenas define o genitor, o descendente e não o pai, atribuindo apenas efeitos-direitos ao filho. A paternidade verdadeira, vai além da biológica e da jurídica e alcança a paternidade socioafetiva, que para nós é a paternidade escolhida pelo filho, onde a paternidade responsável é plena, beneficiando pai e filho, unidos por afeto e solidariedade..

Questão 12. A não confirmação da paternidade gera, para o suposto pai, direito à indenização por danos morais e materiais?

Questão 13. A não aceitação do filho pelo pai, ao negar-se à realização do exame de DNA para confirmação da paternidade, gera para o filho direito de indenização pelos danos materiais e morais sofridos ?

A indenização por danos materiais e morais, nos casos de averiguação e investigação de paternidade em que o suposto pai nega-se a realizar o exame de DNA e, portanto de assumir o filho, poderá ocorrer de duas formas:

1. Quando o exame de DNA, apresenta resultado negativo, excluindo a paternidade do suposto pai investigado, que pode ou não ter sido obrigado à força à realização do exame, conduz ao ressarcimento de todos os danos, inclusive morais e psicológicos, além dos materiais, que sofreu.

2. Quando o pai nega-se a realizar o exame e a paternidade é confirmada por outros meios de prova, inclusive através da presunção que conduz à confissão. A ausência e a omissão do pai, além de todas as necessidades materiais que sofreu ao longo da sua existência devem ser ressarcidas, na tentativa de fornecer ao filho àquilo que lhe foi negado, prejudicando-o em relação aos demais filhos havidos de casamento.

Questão 14. O mero exame de DNA, resgata e garante a paternidade?

Mesmo diante da descoberta fantástica do exame de DNA, este, por si só, não resgata e garante a paternidade, porquê:

1. O filho reconhecido judicialmente pode não desejar ter como pai àquele que o abandonou e rejeitou. Pode não querer ter o seu nome e transmiti-lo aos seus descendentes, perpetuando o parentesco;
2. Os filhos podem ser classificados como: descendentes, gerados e desejados e, desejados, não bastando ser filho biológico para que a paternidade seja concretizada na forma afetiva;
3. O filho maior, de acordo com o art. 4º da Lei nº 8.560/92, deve consentir no reconhecimento da paternidade e o filho adotivo, também, de acordo com o art. 45, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve dar o seu consentimento na adoção, a partir dos doze anos.

Por isso sugerimos aqui, uma nova forma de paternidade: a paternidade escolhida pelo filho, fundamentando nesses dispositivos legais, permitindo que o filho possa optar pelo seu direito de filiação, escolhendo o pai que deseja que conste no registro, se for havido fora de casamento, quando atingir a maioridade. Somente assim, a paternidade ocupará verdadeiramente o seu papel, já que somente o filho poderá sentir e desejar quem é seu pai, mais ninguém, nem a medicina, nem a biologia, nem a Lei ou a natureza. Somente dessa forma, encontraremos o direito pleno de filiação, no Direito de Família brasileiro. Nem uma fórmula da natureza, da genética ou da lei, serão capazes de atribuir a paternidade desejada pelo filho, senão a que ele próprio escolher.

4. O art. 1.593, do Código Civil, ao definir o parentesco, deixou a norma aberta, permitindo que a filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filho, deixe de ser uma ficção para tornar-se uma realidade que se impõe. Não restam mais dúvidas, de que os filhos havidos de “outra origem”, que não a consangüínea e a adotiva, podem ser considerados os havidos por inseminação artificial heteróloga, os que estão na posse do estado de filho (aspecto socioafetivo) e demais formas que podem constituir uma família, dando a mesma outra configuração, pois passa a estruturar-se em laços de afeto, solidariedade e desejos múltiplos – entre eles: o de o pai escolher o filho e/ou de ser escolhido por ele.

Portanto, para nós é na paternidade escolhida que encontramos o direito pleno de filiação.

Temos como possível estabelecer como verdadeira paternidade, a escolhida pelo filho, diante do direito fundamental do filho, em analogia ao instituto da adoção, onde o pai escolhe o filho, o filho também poderá escolher quem deve ser o seu pai.

Somente o filho, após atingir a maioridade civil, ou seja, 18 anos, poderá decidir a respeito, se quer buscar a verdade biológica por meio da averiguação oficiosa. Assim, o filho poderá optar pela filiação biológica ou pela adotiva e/ou afetiva.

Portanto, por mais que o direito legisle, por mais que a natureza imponha quem é o pai, somente uma pessoa poderá sentir e desejar quem é seu verdadeiro pai: o que gera, o que cria ou o que registra. Ninguém mais tem o direito de fazê-lo. O direito de filiação é personalíssimo, conforme determina o art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente logo, somente o filho tem o poder de disposição sobre ele, ninguém mais pode fazê-lo em seu lugar, nem seus pais, nem a medicina, nem a lei.

Da mesma forma, somente o filho poderá renunciar ao nome do pai no registro civil, dentro do critério de optar pelo que mais lhe interessa, pode não desejar ter o nome do pai acrescentado ao seu, pessoa que o rejeitou, lhe causando infelicidade e desafeto. O filho pode desejar apenas que conste o nome do pai no registro, conhecer sua história, o que não o obriga a aceitar o nome do pai que o rejeitou. Somente o filho poderá decidir, se quer ou não usar o nome do pai, nestas situações.

Finalizando, em anexo, procuramos comparar o conteúdo da Lei nº 8.560/92, com o Novo Código Civil. Este Código, quanto ao reconhecimento dos filhos, reproduz em grande parte a Lei, revogando apenas dispositivos que forem incompatíveis, o que não ocorre. Assim, a Lei se mantém por seus próprios e jurídicos fundamentos e objetivos.

Por fim, também, em anexo, sugerimos legislação a respeito do exame de DNA, na averiguação e na investigação de paternidade, bem como, sugerimos regulamentação específica para normatizar a paternidade plena, ou seja, aquela escolhida pelo filho.

ANEXO I

COMPARAÇÃO DA LEI DE AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DA PATERNIDADE COM O CÓDIGO CIVIL

A pergunta que se impõe é esta: o que muda? O novo Código Civil revogou a Lei nº 8.560/92?

Conforme se verifica no texto do novo Código Civil, quanto ao parentesco, no que diz respeito à filiação e à paternidade, poucas alterações ocorreram.¹

Cabe destacar, inicialmente, que a matéria relativa à filiação está presente no art. 1.596, do capítulo denominado “Da Filiação”, do novo Código Civil, que reproduz o art. 227, § 6º da Constituição Federal, dispondo:

“Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Com este artigo o Código Civil insere tema que inexistia no Código civil anterior, que foi disciplinado inicialmente no art. 227, § 6º, da Constituição Federal e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 20 .

¹ FACHIN, Rosana , Do parentesco e da filiação. In: Dias, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*, p. 119.

O Código Civil novo, não dispôs sobre a averiguação oficiosa da paternidade especificamente, mas apenas repetiu alguns dispositivos previstos na Lei, sem modificações ou acréscimos, sendo que tal Lei deverá ser aplicada naquilo que não foi revogado pelo Código Civil, nem contraria o mesmo.

Nessa linha de raciocínio Heloisa Helena Barboza , “ parece razoável afirmar que a Lei nº 10.406, de 2002, revogará as disposições que com ela forem incompatíveis, ainda que constantes de ‘lei especial’, alcançando, igualmente, as matérias que tenha regulado inteiramente. A questão, contudo, é complexa, (...)”²

No novo Código Civil, segundo entendimento de Rosana Fachin, com o qual concordamos, “ o teor da lei 8.560/92 aparece, enfim, numa cópia integral, com os mesmos defeitos já criticados na redação da lei. Incorporou sem aprimorar o texto já vigente.”³

Quanto ao reconhecimento dos filhos, dispõe o novo Código no capítulo III, denominado “Do Reconhecimento dos Filhos”, os seguintes artigos que interessam ao debate da questão:

“Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.”

Este artigo traz a expressão “ filho havido fora do casamento”, inserida pela Lei nº 8.560/92, para substituir a expressão “filhos ilegítimos”, abolida pelo princípio da igualdade constitucional da filiação. O art. 1º, da Lei nº 8.560/92, dispõe: “ o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito...”.

O art. 1.607 é disposição geral, que não se refere só ao pai ou a mãe, mas a ambos, que poderão conjunta ou separadamente fazer o reconhecimento do filho que tiveram fora do casamento.

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

- I – no registro do nascimento;
- II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
- III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

² BARBOZA, Heloisa Helena. O Direito de família e o Código Civil de 2002: algumas considerações gerais. In: *Revista Forense*, vol. 364, nov.2002, p. 159. Acrescenta na mesma página: “ Apenas a título de exemplo da apontada complexidade, basta lembrar que o novo Código civil incorporou diversos dispositivos de diferentes leis, por vezes não ‘absorvidas’ integralmente, ainda no que se refere a determinada seção ou capítulo. É o que se constata com relação à (...)Lei de Investigação de Paternidade (8.560/92) (...) .”

³ FACHIN, Rosana. *Obra citada*, p. 126.

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

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Este artigo é idêntico ao art. 1º, da Lei nº 8.560/92, apenas acrescentou-se o parágrafo único.

“Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.”

A Lei nº 8.560/92 não apresenta artigo idêntico, mas semelhante, quando também estabelece a irrevogabilidade do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, no *caput*, do art. 1.609, dispondo: “ o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável ... “.

O Código Civil não disciplinou a cerca do procedimento de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, com isso entendemos que a Lei nº 8.560/92 permanecerá vigente, pois dispõe de procedimento específico, nos casos de reconhecimento de paternidade dos filhos menores (art. 2º da Lei 8.560/92).

O Código apenas revoga os dispositivos que forem incompatíveis. Como não é esse o caso da referida Lei, esta se manterá por seus próprios fundamentos e devido ao seu objetivo e alcance.

ANEXO II

QUADRO COMPARATIVO ENTRE A LEI Nº 8.560/92 E O CÓDIGO CIVIL

LEI Nº 8.560/92	CÓDIGO CIVIL
<p>Art. 1º . O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:</p> <p>I – no registro de nascimento;</p> <p>II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;</p> <p>III – por testamento ainda que incidentalmente manifestado;</p> <p>IV – por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.</p>	<p>Art. 1.609 . O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:</p> <p>I – no registro de nascimento;</p> <p>II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;</p> <p>III – por testamento ainda que incidentalmente manifestado;</p> <p>IV – por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.</p> <p>Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.</p>
<p>Art. 2º. Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida o oficial remeterá ao</p>	

<p>juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.</p> <p>§ 1º. O juiz sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.</p> <p>§ 2º. O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.</p> <p>§ 3º. No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.</p> <p>§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de 30 (trinta) dias a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.</p> <p>§ 5º. A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.</p>	
<p>Art. 3º. É vedado legitimar e reconhecer filho no ato do casamento.</p> <p>Parágrafo único. É ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo do nascimento do filho.</p>	
<p>Art. 4º. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento.</p>	<p>Art. 1.614. o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos 4 (quatro) anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.</p>
<p>Art. 5º. No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, a sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e</p>	

ao estado civil destes.	
<p>Art. 6º. Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.</p> <p>§ 1º. Não deverá constar, em qualquer caso, o estado civil dos pais e a natureza da filiação, bem como o lugar e cartório do casamento, proibida referência a presente Lei.</p> <p>§ 2º. São ressalvadas autorizações ou requisições judiciais de certidões de inteiro teor mediante decisão fundamentada, assegurados os direitos, as garantias e interesses relevantes do registrado.</p>	
<p>Art. 7º. Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.</p>	
<p>Art. 8º. Os registros de nascimento, anteriores a data da presente Lei, poderão ser retificados por decisão judicial, ouvido o Ministério Público.</p>	
<p>Art. 9º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.</p>	
<p>Art. 10. São revogados os arts. 332, 337 e 347 do Código Civil e demais disposições em contrário.</p>	<p>Os dispositivos citados referem-se ao Código Civil de 1916.</p>

ANEXO III

SUGESTÕES DE LEGISLAÇÃO

1. NORMATIZAÇÃO DO EXAME DE DNA NA AVERIGUAÇÃO OFICIOSA E NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Tendo em vista não haver legislação específica que trate do exame de DNA, na averiguação oficiosa de paternidade e nem na ação de investigação de paternidade, o que tem provocado inúmeras discussões e dúvidas nos operadores jurídicos, entendemos necessário que algumas questões atinentes a essa matéria sejam normatizadas, para que possa, se não acabar com todas as dúvidas, ao menos definir de forma mais clara os parâmetros dessa prova judicial.

Lei nº

Dispõe sobre o exame de DNA, na averiguação de paternidade e na ação de investigação de paternidade.

Art. 1º. DNA (ADN) é o ácido desoxirribonucléico, material genético encontrado no núcleo das células, que contém as informações que determinam as características hereditárias e transmissíveis de cada indivíduo.

Art. 2º. O exame de DNA poderá ser realizado sempre que as partes desejarem, nas questões relativas à filiação, seja judicial ou extrajudicialmente.

Art. 3º. O exame de DNA é obrigatório, devendo se submeter a ele, todas as partes envolvidas no procedimento de averiguação ou no processo de investigação da paternidade.

Parágrafo único. Devem ser respeitados os princípios de igualdade entre homem e mulher e de igualdade dos filhos, não importando qual a parte que requereu o exame.

Art. 4º. As partes devem comparecer no dia, hora e local determinados para realização do exame de DNA, salvo motivo de natureza grave, a ser apreciado judicialmente.

Art. 5º. As partes devem fornecer o material genético necessário para a realização do exame.

Parágrafo único. A parte que não concordar com o exame, poderá requerer uma nova perícia, como contraprova, que será realizada as suas expensas.

Parágrafo único. Em caso de contradição ou divergência dos laudos, deverá ser possibilitado a parte interessada um terceiro e último exame, em laboratório da confiança do juízo.

Art. 6º. O interesse do filho menor, deve ser resguardado nas questões judiciais que necessitam a realização do exame de DNA.

Art. 7º. A parte que causar danos materiais ou morais à outra, em virtude de entraves, artimanhas ou fraudes na realização do exame, deverá responder civil e criminalmente pelos danos que causou.

Parágrafo único. Qualquer pessoa que procurar impedir a realização do exame, incidir em conluio ou fraude com uma das partes, responderá civil e criminalmente por seus atos.

Art. 9º. O exame de DNA deve ser realizado em segredo de justiça.

Art. 10. Revogam-se as disposições em contrário.

Esta lei entrará em vigor trinta dias após a sua publicação.

2. NORMATIZAÇÃO DA PTERNIDADE ESCOLHIDA

Entendemos desnecessária a criação de regulamentação expressa, para a concretização e aplicação da tese aqui defendida, em que o filho tem direito pleno de filiação, através da escolha do verdadeiro pai, única pessoa que pode fazer isso com propriedade e consciência do que é melhor para si, ninguém mais pode fazê-lo, nem a mãe, nem o pai, nem a lei.

É possível colocar em prática esta tese, nas decisões judiciais, diante das normas e princípios¹ que já possuímos e que foram analisados, quais sejam: princípio da igualdade entre o homem e a mulher; princípio da igualdade entre os filhos de qualquer condição, princípio da dignidade da pessoa humana; princípio do maior interesse do filho, princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, estabelecidos constitucionalmente, além do direito fundamental ao conhecimento da própria origem, bem como através de analogia ao art. 45, § 2º, da Lei 8.069/90(E.C.A.). O Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina o instituto da adoção e mais es-

¹ Segundo Pietro Perlingieri, em *Perfis do Direito Civil*, p. 4, as normas constitucionais ditam princípio de relevância geral – são direito substancial, e não meramente interpretativas;... É importante constatar que também os princípios são normas.....” No mesmo sentido o entendimento de Paulo Bonavi-

pecificamente, a escolha do filho adotado pelos pais adotivos, devendo dar o seu consentimento na adoção, se maior de 12 anos de idade, bem como o art. 4º, da Lei nº 8.560/92, determina que o filho maior não deve ser reconhecido se não consentir com o reconhecimento e, finalmente o art. 1.593 do Código Civil, reconhece o parentesco resultante de “outra origem”. Em consequência desse dispositivo, a filiação não necessariamente deve ter origem na consangüinidade, nem na adoção, mas pode constituir-se em vínculo de afeto e portanto, ser produto de escolhas.

Esses princípios e normas são suficientes, pois bastam para que o juiz decida nas ações de averiguação ou investigação de paternidade, buscando a filiação plena, ou seja, a paternidade que o filho deseja.

Assim, entendemos totalmente dispensável formular uma legislação específica a esse respeito, sendo possível julgar com acerto a questão da paternidade com a normatização já existente e em vigor. Alguns dispositivos que servem de embasamento legal : art. 1º, III; art. 5º, I; art. 226, § 5º; art. 226, § 7º; art. 227, caput e § 6º, da Constituição Federal, art. 15, art. 16, V; art. 17; art. 20; art. 25; art. 26 ; art. 27 e art. 45, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente; art. 4º, da Lei nº 8.560/92 e art. 1.593, do Código Civil. Porém, para os adeptos do positivismo, sugerimos a seguinte legislação:

Lei nº

Dispõe sobre a paternidade plena, nas averiguações oficiosas e nas ações de investigação de paternidade.

Art. 1º. A paternidade plena é caracterizada pela escolha do filho, maior de 18 anos de idade ou emancipado, na verificação da paternidade, seja judicialmente, seja extrajudicialmente.

Art. 2º. A paternidade plena pode constituir-se ou não, pela paternidade biológica, podendo configurá-la apenas a paternidade socioafetiva, isoladamente.

des, na obra citada, p.247, afirmando que os princípios além de fundamentarem o sistema jurídico são normas.

Art. 3º. O exame de DNA poderá ser requerido pelas partes ou requisitado judicialmente, para a verificação da paternidade plena, bem como todos os demais meios de prova admissíveis em direito.

Art. 4º. O pai socioafetivo, se não for concomitantemente o pai biológico, deverá dar o seu consentimento na formalização e no registro civil da paternidade escolhida pelo filho.

Art. 5º. Revogam-se as disposições em contrário.

Esta Lei entrará em vigor trinta dias após sua publicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal por violação de deveres pessoais entre cônjuges. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 802, p. 11-26, agosto 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Maria Chistina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- ALMEIDA, Maria de Lourdes Rachid Vaz de. O DNA e a prova na ação de investigação de paternidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coords.). **Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- ALMEIDA, Silmara Jung de Abreu Chinelato e. Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade-DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 331-363.
- ALVES, Gláucia Correa Retazomo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 213-229.
- AMARAL, Francisco. A prova genética e os direitos humanos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade-DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.101-113.

- AMARAL, José Amir do. Investigatória de paternidade (a “exceptio plurium conben-tium” frente ao avanço científico). **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 63, p. 218-223, mar. 1995.
- AMARANTE, Aparecida. Responsabilidade civil por dano à honra. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista dos Tribunais**, v. 797, p. 11-26, mar. 2002.
- AZEVEDO, Jackson Chaves de. **Direitos da família: uma abordagem interdisci-plinar**. São Paulo: LTr, 1999. p. 13-28.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O Direito de família e o Código de 2002: algumas consi-derações gerais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 364, p. 151-159, novembro 2002.
- BARROS, Cristiane Gouveia de. Dano moral e ônus da prova na jurisprudência do I colégio recursal cível do estado de Pernambuco. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes temas da atualidade-DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**. . Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.95-126.
- BARROS, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. v. 2.
- BARROS, Sérgio Resende de. Direito ao afeto. **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte, IBDFAM, n. 8, p. 35, maio 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de janeiro: Reno-var, 2001.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- BILAC, Elisabete Doria. Mãe certa, pai incerto: da construção social à normatização jurídica da paternidade e da filiação. In: SILVA, Reinaldo Pereira e BOEIRA, Al-fredo Gilberto (Coords.). O perfil do DNA como prova judicial-uma revisão crítica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 714, p. 290-297, abril 1995.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**.3^{ad}.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Reparação civil por danos morais**, 2^a ed. São Paulo: Revista dos Triu-nais, 1994.

- BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse do estado de filho-paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BORGHI, Hélio. A situação dos filhos havidos fora do casamento e a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, n. 643, p. 239-241.
- BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BÍSCARO, Beatriz R. **Régimen de filiación y patria potestad: Ley 23.264**. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de julho de 1990.
- _____. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 de dezembro de 1992.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos contornos do direito de filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. **Revista da AJURIS**, n. 78, p. 193-215, jun. 2000.
- CAHALI, Francisco José. Dos alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2.ed. Belo Horizonte, 2002, p. 193-205.
- CAHALI, Yussef Said. **Reconhecimento do filho extramatrimonial**. Rio de Janeiro: Livro de Estudos Jurídicos, 1996. v. 7.
- _____. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO, Orlando de. Les droits de l'homme dous le droit civil portugais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. XLIX, 1973.

CARVALHO NETO, Inácio. **Separação e divórcio: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 1988.

CAROSI, Eliane Goulart Martins. **O Direito do filho à visita dos pais**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

_____. As relações familiares e o direito de família no século XXI. OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Temas de direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.183-212.

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

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**, 10ª ed., Lisboa: Livraria Clássica [s.d.].

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 31-56.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. A teoria constitucional e o Direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). **Seleção Jurídica – ADV-COAD**, São Paulo, 1994, p. 45 e ss.

CÓDIGO civil argentino. Buenos Aires: AZ, 1989.

CÓDIGO civil espanhol. Madrid: Civitas, 1981.

CÓDIGO civil francês – Código de Napoleão de 1804. Rio de Janeiro: Record, 1962.

CÓDIGO civil português. Lisboa: Moraes, 1977.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade responsável: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar**. Curitiba: Juruá, 1998.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo Direito da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8069/90: estudos sócio-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 17- 44.

COSTA, José Rubens. Direito indisponível à verdade histórica – exame compulsório de DNA. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 357, p. 99-105, set.-out. 2001.

- COSTA, Maria Isabel Pereira da Costa. A filiação e a nova Constituição Federal. **Revista da AJURIS**, n. 45, p. 109-117, mar. 1989.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 230-264.
- CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Comentários ao art. 4º do estatuto. In: CURY, Munir (Coord.) et alii. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V. II e III.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.
- _____. I diritti della personalità. In: **Tratato di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1973. v.4, t. I.
- DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito de filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.
- DIAS, Maria Berenice. A investigação da paternidade e a questão da prova. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de Caxias do Sul**, Caxias do Sul, n. 10, p. 90-93, dez. 1999.
- DI LELLA, Pedro. **Paternidad y pruebas biológicas**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 5: Direito de família.
- DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. Direito à indenização do detentor da guarda dos filhos pelo não exercício do direito de visita. *Revista da AJURIS*, n. 83, p. 83-93, set., 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Em nome do pai (Estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família contemporâneo**: Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado, Interdisciplinariedade. Belo Horizonte: Renovar, 1997. p. 585-604.

_____. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 163-176.

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

_____. (Coord.). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei n. 8.560/92**. Curitiba: Genesis, 1995.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

_____. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda. **Repertório de direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.2, 1995, p.170-185.

FARIAS, Cristiano Chaves. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol.808, p. 57-71, janeiro e fevereiro 2003.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo : Saraiva, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- FRANÇA, R. Limongi. Direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 567, p. 9-15, jan. 1983.
- FRANK, Rainer. L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement en droit allemand. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Cidade, n. 4, p. 905-908, 1995.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 1, mês. 1992.
- GADOTTI, Moacir. Amor paterno, amor materno: o quanto é necessário, o quanto é insuficiente: reencontro com a dialética do amor paterno. In: SILVEIRA, Paulo. **Exercício da paternidade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999. p. 93-111.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 89-118.
- GIORDANO, João Batista Arruda. Reflexões sobre o Direito de família no novo Código Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, vol. 29, p. 183-191, setembro 2002.
- GONTIJO, Segismundo. Guarda de filhos – um instituto materno sepultado pela moderna ciência do comportamento. **ADV-COAD**, Informativo semanal, n. 44, p. 97.
- GRISARD FILHO, Waldir. Guarda compartilhada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. **Repertório de doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 414-448, 1999.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Dicionário de direito de família: verbetes com jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA – IDEF (Coord.). **Direito de família e interdisciplinariedade**. Curitiba: Juruá, 2001.
- ISQUIERDO, Renato Scaldo. A tutela da criança e do adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 518-549.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, cap. 4 e 5, p. 78-158.

LAPOINTE, Manon. L'identification par l'analyse génétique dans le système de preuve pénale canadien: à la recherche du difficile équilibre entre la poursuite de la vérité et les droits fondamentaux de l'accusé. L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme, p. 228-230.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito (não sagrado) de visita. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. V. 3, p. 66-93.

_____. **Famílias monoparentais: a situação de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. O exame de DNA: reflexos sobre a prova científica da filiação. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. V. 4, p. 188-221.

_____. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e penais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e penais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.61-85.

_____. **A Monografia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões**, vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A genética no limiar da eugenia e a construção do conceito de dignidade humana. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fun-**

- damentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 551-570.
- LEIRIA, Maria Lúcia Luiz. Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano XXVI, n. 78, p. 217-229, jun. 2000.
- LIMA NETO. Francisco Vieira. Obtenção do DNA para exame: direitos humanos “versus” exercício da jurisdição. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e penais.** Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 115-123.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53-82.
- LOSEKANN, Luciano André. Paternidade: elo biológico ou afetivo? **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 83, p. 243-259, set. 2001.
- LUZ, Valdemar P. da. **Curso de Direito de Família.** São Paulo: LTr, 2002.
- MADALENO, Rolf. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 766, p. 69-87, ago. 1999.
- _____. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 287-309.
- MARQUES, Cláudia Lima Marques. Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em Direito brasileiro pós-moderno à descoberta da origem. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.27-60.
- MARQUES, Claudia Lima Marques; CACHAPUZ, Maria Cláudia e VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 764, p. 11-30, jun. 1999.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Exame de DNA como meio de prova. In : LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 125-132.
- MARTINS, Luciana Mabilia. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princí-**

- pios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 337-371.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 789, p. 21-47, jul. 2001.
- MARTINS, José Renato da Silva e ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou o direito à identidade? In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.151-162.
- MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Les empreintes génétiques et la filiation: la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes? L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme, p. 418.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. T. IV: direitos fundamentais.
- MINYERSKY, Nelly. Responsabilidad por el reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de Atribución. In: **La responsabilidad – Homenaje al professor e doctor Isidoro H. Gomdemberg.** Buenos Aires. Abeledo – Perrot, 1995.
- MONTGOMERY, Malcolm. **O novo pai.** 6. ed. São Paulo: Gente, 1998. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 217-233.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 779, p.47-63, set. 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 65, p. 21-32, 1991.
- MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

- MORAES, Walter. O direito de visitas. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**, n.15, p. 345-343, agosto, 1992.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- MUZA, Gilson Maestrini. Da proteção generosa à vítima do vazio. In: SILVEIRA, Paulo (Org.). **Exercício da paternidade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999. p. 143-150.
- MUZIO, Patrícia Arés. Paternidade (ser pai)... Para que serve? In: SILVEIRA, Paulo (Org.). **Exercício da paternidade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999. p. 165-174.
- NEGRÃO, Theotonio. **Código civil e legislação civil em vigor**. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Investigação de paternidade, coisa julgada e ação rescisória. **Boletim Paulista de Direito**, Disponível em: <http://www.bpdireito.adv.br>.
- NOGUEIRA, Jaqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.127-168.
- OLIVEIRA, Guilherme. **Estabelecimento da filiação**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- OLIVEIRA, J. M. LEONI LOPES DE. **A nova lei de investigação de paternidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- OLTRAMARI, Fernanda e OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do Direito de família. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, vol. 27, p. 116-127, junho 2002.
- PARSEVAL, Geneviève Delaisi. **A parte do pai**. Trad. Lígia A. Waranabe e Theresa C. Stummer. Porto Alegre: LPM, 1986.

PENA, Sérgio Danilo J. Determinação da paternidade pelo estudo do direito do DNA: estudo da arte no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 243-259.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. V. 5.

_____. Reconhecimento da paternidade e seus efeitos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Algumas questões de Direito de Família na nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 63, p. 252, janeiro 1989.

PEREIRA, Sérgio Gisckow. O dano moral no direito de família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: dano moral: aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.405-418.

_____. O Direito de família e o novo Código Civil: principais alterações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 804, p. 43-53, outubro 2002.

_____. A guarda conjunta no direito brasileiro, In: **Revista da AJURIS**, março, 1996.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente: Lei 8.069/90 – “estudos sócio-jurídicos”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.135-151.

_____. Direito da criança e do adolescente a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 639-693.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: uma introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RASKIN, Samuel. A análise de DNA na determinação da paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 311-330.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 2.

REIS, Clayton. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. O verdadeiro sentido da indenização dos danos morais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 49-94..

REVISTA DA AJURIS – ASSOCIAÇÃO DE JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL, 27/126, junho, 2002.

REVISTA DE DIREITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 10/200, 1991.

REVISTA JULGADOS DO TRIBUNAL DE ALÇADA DO RIO GRANDE DO SUL, 98/408.

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 162/203.

_____, 187/290.

REVISTA DO PARANÁ, 66/206.

REVISTA SÍNTESE DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL, 16/103.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, 633/69.

_____, 737/390.

_____, 750/336.

_____, 755/369

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 6.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 1972.

- SALZANO, F. M. **A genética e a lei: aplicações à medicina legal e à biologia social**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1983.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Quem são os pais? O DNA e a filiação, proposta de solução ou início dos dilemas? In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 203-216.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SIDOU, J. M. Othon (Org.). Academia Brasileira de Letras Jurídicas. **Dicionário jurídico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- SILVA, Antonio Fernando Amaral e. O Estatuto, o novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e da juventude. **Do avesso ao direito**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Reinaldo Pereira e; AZEVEDO, Jackson Chaves de (Coord.). **Direitos da Família: uma abordagem interdisciplinar**. São Paulo: LTr, 1999.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 235-259.
- _____. Ascendência biológica e descendência afetiva: indagações biojurídicas sobre a ação de investigação de paternidade. In: SILVA, Reinaldo Pereira e; AZEVEDO, Jackson Chaves de (Coord.). **Direitos da Família uma abordagem interdisciplinar**. São Paulo: LTr, 1999. p. 168-184.
- SILVA, Luís Martins da. **O dano moral e sua reparação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999..

- SILVA FILHO, Artur Marques. Novas técnicas de determinação do vínculo genético. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 655, p. 54-63, maio 1990.
- SILVEIRA, Paulo. **Exercício da paternidade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999. p.27-39.
- SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. Curitiba: Juruá, 7ª ed., 1999.
- SOARES, Orlando. **Comentários à constituição da república federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTr, 1998.
- SUANNES, Claudia Amaral Mello. Sobre a importância das figuras parentais na estruturação da personalidade da criança, parecer: aspectos psicológicos em caso de maus tratos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 15.
- SZANIAWISKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O menor, esse desconhecido. In : TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- _____. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense. 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47-69.
- _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: TEPE-DINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, p. 21-32, 1991.

- TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sangüíneos na determinação da paternidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 63, p. 324-333, mar. 1995.
- _____. O poder e as limitações dos testes sangüíneos na determinação de paternidade II. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 15-26.
- VASCONCELOS, Vera M. R. de. Desenvolvimento humano, psicologia e cultura. In: SILVEIRA, Paulo (Org). **Exercício da paternidade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999. p. 41-45.
- VERUCCI, Florisa. O direito de ter pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 87-100.
- VERRUNO, Luís; HASS, Emilio J. C; RAIMONDI, Eduardo H.; LEGASPE, Eduardo. **Manual para la investigación de la filiación: actualización médico-legal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- VIANA, Marco Aurélio S. A tutela da criança e do adolescente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. **Curso de direito civil: Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. v. 2.
- _____. **Da ação de investigação de paternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 379-390.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil. Direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 271, p. 45-51, julho, agosto, setembro 1980.
- WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. V. 4.

WELTER, Belmiro Pedro. Obrigatoriedade do exame genético DNA. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, p. 148-155, jan. 1998.

_____. Dano moral na separação, divórcio e união estável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, p. 128-135, maio 2002.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Reflexões sobre o novo código civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 16, p. 96-115, mar.-abr. 2002.