

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NO CASO DE PAI GÊMEO UNIVITELINO:
Uma análise à luz dos direitos do menor investigante.

Valéria Edith Carvalho de Oliveira

Belo Horizonte
2009

Valéria Edith Carvalho de Oliveira
A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NO CASO DE PAI GÊMEO UNIVITELINO:
Uma análise à luz dos direitos do menor investigante.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães

Belo Horizonte
2009

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

O48i Oliveira, Valéria Edith Carvalho de
A investigação de paternidade no caso de pai gêmeo univitelino: uma análise à luz dos direitos do menor investigante / Valéria Edith Carvalho de Oliveira. Belo Horizonte, 2009.
133f.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Testes de paternidade. 2. Gêmeos. 3. DNA. I. Magalhães, Rodrigo Almeida II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.632

Valéria Edith Carvalho de Oliveira

A investigação de paternidade no caso de pai gêmeo univitelino: uma análise à luz dos direitos do menor investigante.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Rodrigo Almeida Magalhães (Orientador) – PUC Minas

Belo Horizonte de de 2009.

“Sim, tenho saudades. Sim, acuso-te porque fizeste o não previsto nas leis da amizade e da natureza nem nos deixaste sequer o direito de indagar”.

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

Esta dissertação realiza um estudo acerca da investigação de paternidade partindo da análise de um caso concreto que se apresenta diante da impossibilidade de apontar uma solução que não parta de uma interpretação sistemática. A pesquisa usa da contribuição da medicina na solução dos casos relativos à investigação de paternidade, através da realização do DNA, mas também expõe as limitações atuais deste conhecimento, no caso da identificação paterna, se os supostos pais são gêmeos univitelinos. Em que pese a dificuldade, ela não é capaz de escusar o Direito de apresentar uma resposta para os conflitos decorrentes das situações incógnitas.

Este trabalho tem como objetivo analisar o caso partindo das considerações sobre os princípios, valores e regras norteadores do ordenamento jurídico brasileiros a partir da análise dos direitos do menor investigante, mas sem desconsiderar os direitos atinentes aos investigados.

Palavras-chave: investigação. Paternidade. DNA, Gêmeos.

ABSTRACT

This dissertation carries out a study about the inquiry of paternity starting from the analyzes of a concrete case that was presented faced with the impossibility of aim a solution that did not start from a sistematic interpretation. The research had that use of the contribution of the medicine to solve the relative cases of inquiry the parternity, through the achievement of the DNA but expor the present limitations of that knowledge, in case of paternal identification, of the suppose identifical twins parents.

Beyond this difficulty, it is impossible to excuse the Right to show an answer for the resulting conflicts of the incognita situations. That work has the directing judicial brazilian rules.

From the analyzes of the under age investigating person but without ignoring the right of parents.

Keywords: inquiry, paternity, DNA, twins.

LISTA DE ABREVIATURAS

Cód. – Código

Art. – Artigo

Ed. – Edição

Resp – Recurso especial

Ap- – Apelação

LISTA DE SIGLAS

STJ – Superior Tribunal de Justiça

DNA – Tradução na língua inglesa para Ácido Desoxiribonucléico

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

CPC – Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE QUANDO OS INVESTIGADOS SÃO GÊMEOS UNIVITELINOS: UM CASO REAL.....	13
3 O DIREITO DOS INVESTIGADOS, GÊMEOS UNIVITELINOS, A PARTIR DAS CONSIDERAÇÕES RELATIVAS ÀS PROVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	17
3.1 As provas na ação de investigação de paternidade.....	22
3.1.1 <i>Provas médico-legais</i>	29
3.1.1.1 <i>Provas médico legais não genéticas</i>	30
3.1.1.2 <i>Provas médico legais genéticas</i>	31
3.2 A presunção do vínculo paterno-filial na ação de investigação de paternidade.....	42
4 HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE NO BRASIL.....	47
5 OS DIREITOS DO MENOR INVESTIGANTE, NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, QUANDO O SUPOSTO PAI É GÊMEO UNIVITELINO.....	73
5.1 O Direito ao pai como um Direito Fundamental.....	75
5.2 O princípio da dignidade humana e os direitos dele decorrentes.....	86
5.2.1 <i>O direito à identidade pessoal</i>	93
5.2.2 <i>O direito à integridade psíquica</i>	98
5.3 O melhor interesse da criança.....	101
5.4 Os efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes do reconhecimento da paternidade.....	106
5.4.1 <i>O direito ao nome</i>	107
5.4.2 <i>O direito aos alimentos</i>	109

5.4.3 O direito à sucessão.....	113
5.4.4 Os efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes do reconhecimento da paternidade a partir de possíveis soluções para o caso real.....	114
6 CONCLUSÃO.....	119
REFERÊNCIAS.....	125

1 INTRODUÇÃO

A filiação é um fenômeno que apresenta facetas como os deveres e direitos em função do vínculo paterno filial estabelecido e o aspecto social e afetivo. Entretanto é, sobretudo um fenômeno biológico, físico, e diante da existência comprovada do fato de ser filho, um vínculo jurídico se estabelece dando ensejo a direitos e obrigações inescusáveis.

Em que pese o padrão de comportamento socialmente esperado apontar para o reconhecimento voluntário de um filho, mesmo que nascido fora do casamento de seus pais, isto nem sempre ocorre, ocasionando, não raras vezes, um reconhecimento compulsório da paternidade.

Os avanços nos estudos genéticos têm possibilitado, com alto grau de precisão, a identificação da ascendência de um indivíduo, elemento que se soma na investigação destinada a estabelecer o vínculo jurídico entre duas pessoas, pai e filho, impondo-lhes todas as conseqüências relacionadas ao fato. No entanto, nem sempre os fatos controversos, as situações conflitivas, encontrarão imediata solução jurídica.

A complexidade e intensidade das relações humanas parecem exigir cada vez mais do Direito respostas que ele não tem. Há uma aparente ausência de normas que angustia aqueles que lidam diariamente com o Direito. Apesar dos inegáveis benefícios advindos com a evolução novas exigências se impõem aos cientistas, exigências estas que afetam principalmente seu modo de trabalhar, ao ordenamento jurídico e à proteção da pessoa.

O presente trabalho apresenta uma interface entre Direito e Medicina tomando por base a real possibilidade da identificação paterna, com altíssimo grau de precisão, através do exame de DNA. A descoberta desta técnica pela comunidade biomédica foi indiscutivelmente motivo de comemoração para o Direito, principalmente para ações relativas à investigação de paternidade, maternidade, ou qualquer outra em que o conflito se instaurasse sobre esta incerteza.

Esclarece que não se quer com estas colocações supervalorizar o tão propalado exame, mas apenas reconhecer sua contribuição para o Direito. No entanto, apesar do

referido avanço há ainda situações em que nem toda a tecnologia disponível consegue apresentar a contribuição desejada. Situações inesperadas, decorrentes destas limitações no desenvolvimento daquilo que se imaginava capaz de apresentar respostas definitivas, surpreende os pensadores da comunidade jurídica e propõe pensar, ou repensar, o Direito.

Nesta esteira a presente dissertação é desenvolvida com base em um caso real, que tramita perante a 9ª vara de família desta capital, mas que ainda não foi concluído. Ainda assim, identifica uma excelente oportunidade para um debate acerca das possíveis soluções, pela riqueza de idéias facultadas pelo caso e pela ausência de uma solução legal imediata bem como pela ausência de construção doutrinária ou jurisprudencial a respeito.

O trabalho será desenvolvido tendo como parâmetro um caso concreto, relativo à investigação de paternidade, que expôs a questão demandando do judiciário uma solução com a qual a medicina não pode contribuir. Lado outro, a oportunidade do debate é aumentada e enriquecida pela dificuldade da aplicação de uma solução positivista.

Para o estudo, que faz um recorte na biparentalidade, dando foco na busca do estado de filiação em relação à paternidade, diante da maternidade certa e definida, esta dissertação será dividida em quatro capítulos de desenvolvimento do tema tendo cada um o escopo seguinte:

O segundo capítulo trará as informações relativas ao caso real que servirá de base para a presente dissertação.

Ao longo do terceiro capítulo se fará uma análise dos direitos dos réus, gêmeos univitelinos, na ação de investigação de paternidade, tomando por base as provas apresentadas no processo. O capítulo será desenvolvido a partir do estudo das provas no ordenamento jurídico brasileiro, reduzindo o foco para a questão das provas, especificamente na ação de investigação de paternidade e, finalmente, identificando a pertinência e aplicação da matéria ao caso apresentado, sob o enfoque dos direitos dos investigados. Este capítulo trabalhará ainda, de modo detalhado, o conteúdo sobre as provas médico-legais, tendo em vista que um dos meios de prova existentes, o exame de DNA, será ponto central para a discussão proposta. As descobertas científicas

proporcionadas pela biologia e medicina tiveram considerável influência sobre as ações de investigação de paternidade. Representaram significativo avanço, mas como se verá nem todos os segredos da natureza foram ainda desvendados, fato que não autoriza o judiciário a furtar-se a uma resposta diante da complexa situação desenhada pela vida.

O quarto capítulo percorrerá um caminho que tem início com o histórico da investigação de paternidade no Brasil, momento no qual se poderá perceber que a angústia de muitos filhos por desconhecerem seus pais biológicos não se apresentou, durante alguns períodos da história, como motivo de grande preocupação do Estado. Este capítulo servirá para melhor embasar o estudo dos efeitos do reconhecimento da paternidade, uma vez que permite identificar a evolução histórica destes no direito brasileiro.

O quinto capítulo fará uma abordagem dos direitos do menor, autor na ação de investigação de paternidade, quando os supostos pais são gêmeos univitelinos. Se fará um discurso sobre os direitos fundamentais para demonstrar que o direito ao pai é um direito fundamental, aprofundando os argumentos que possibilitam dar-lhes maior efetividade uma vez que são consagrados pela Constituição de 1988. No desenvolvimento do capítulo será dado destaque para o princípio da dignidade humana e os direitos dele decorrentes, bem como para o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo demonstrado como eles justificam uma solução favorável na demanda para o menor investigante. Ao final do capítulo será apresentado um estudo sobre os efeitos do reconhecimento da paternidade e as possibilidades de aplicação ao caso real conforme diferentes hipóteses de soluções apresentadas.

2 A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE QUANDO OS INVESTIGADOS SÃO GÊMEOS UNIVITELINOS: UM CASO REAL

Esta dissertação é desenvolvida a partir de um caso que tramita na 9ª vara de família da comarca de Belo Horizonte. Apesar de ainda não concluído apresenta rica possibilidade de debate. Refere-se à impossibilidade da identificação do ascendente biológico, especificamente do pai, através do exame de DNA, no caso do investigado ser gêmeo univitelino, e é o ponto de partida para o estudo.

A partir da propositura de uma ação de investigação de paternidade, proposta por um menor, representado por sua mãe, foi o réu, revel, condenado em primeira instância, sendo, portanto, reconhecido com pai do autor.

Todavia, em sede de apelação, a sentença foi anulada.

Os argumentos do apelante basearam-se, preliminarmente, na nulidade da sentença. No mérito, que a sua revelia ocorreu por inércia do advogado, comprovando a representação promovida junto à OAB. Ainda, alegou a fragilidade das provas constituídas, consistentes em dois depoimentos e, finalmente, que ele tem um irmão gêmeo univitelino, imputando a este a suposta paternidade, tendo por fundamento uma declaração prestada por este irmão, sob as penas da lei, que teve um breve relacionamento amoroso com a mãe da autora e que não tinha certeza sobre a sua paternidade com relação a menor. Vale esclarecer que este novo relacionamento trazido à luz no processo foi estabelecido sem o conhecimento da mãe do investigante, mas com a consciência e acordo prévio dos irmãos.

Em momento posterior, ela declarou que acreditava durante todo o tempo ter se relacionado com apenas um deles, mas não poderia confirmar, com certeza, diante da alegação, se somente com um deles se estabeleceu o relacionamento, dada a absoluta identidade física dos dois.

Considerando todas as variáveis expostas acolhe o relator a preliminar, anulando a sentença e determinando o retorno dos autos à origem, para prosseguimento, sugerindo a emenda da inicial com a inclusão no pólo passivo de ambos irmãos.

O processo ainda não transitou em julgado, mas já se demonstra rico o debate acerca das possíveis soluções, motivo pelo qual serão trabalhadas algumas hipóteses, nenhuma delas ocorridas até o presente momento pela fase em que se encontra o processo.

As argumentações giram em torno dos direitos das partes envolvidas: filho e supostos pais, quando se confrontam.

Uma análise inicial pode apontar para a impossibilidade de se estabelecer a paternidade de qualquer um dos investigados em relação ao autor, tendo em vista a identidade genética dos dois. Relevante é o fato da inexistência de outros meios de prova neste caso especificamente. A prova testemunhal é dificultada pela identidade física dos dois irmãos envolvidos, sobretudo para quem os conhecesse superficialmente, com é o caso da mãe do investigante. Ademais, a utilização de provas documentais como cartas e bilhetes trocados entre a mãe e o possível genitor do investigante, indício comumente utilizado nas ações de investigação de paternidade, mostrar-se-iam frágeis e insuficientes, pois apontariam apenas para a existência de um relacionamento da mãe do autor com o primeiro investigado, mas não seriam suficientes para demonstrar a inexistência das relações sexuais ocorridas com o segundo, sobretudo porque ele próprio as confessa, e muito menos para esclarecer sobre a paternidade.

O que fica claro no caso é que as relações sexuais se davam de maneira ilícita, uma vez que a mulher era ludibriada. Acreditava estar envolvendo-se com uma pessoa, enquanto na verdade o irmão do investigado, com o consentimento e conhecimento daquele, por ele se passava. A questão permite ramificações pela seara do direito penal. A conduta é tipificada pelo código penal, no art. 215, que assim a define: “ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”. No entanto adentrar por este caminho foge do debate proposto, motivo pelo qual apenas a título de informação apresenta-se este elemento.

Contudo, voltando à questão das provas, a impossibilidade de demonstrar a paternidade, se agrava pela insuficiência do exame genético do DNA, que se demonstra capaz de indicar a paternidade, mas no caso, identicamente, dos dois investigados. Isto porque a ciência, em seu atual estágio de evolução ainda não

conseguiu estabelecer nenhum ponto de diferenciação no DNA de irmãos gêmeos univitelinos. Qual a solução então? Excluir a paternidade dos dois, diante da ausência de provas?

Neste caso, como ficam os direitos fundamentais do autor, menor investigante? E a dignidade humana do menor, ofendida pela impossibilidade do reconhecimento paterno? A irresponsabilidade e a atitude criminosa dos investigados serviriam de escudo para que eles se esquivassem das obrigações em relação a um filho? Sobre estas obrigações são pontos que merecem ser tratados: o direito do menor aos alimentos, ao nome e seus direitos sucessórios. Ficaria o menor em desamparo, relativamente ao pai, quanto a estes direitos?

Estas questões tornam-se merecedoras da reflexão e do estudo dos operadores do Direito, uma vez que não apresentam regras explícitas no ordenamento jurídico vigente. Fica latente a insuficiência da legislação familista, por si só, para solucionar todos os novos desafios apresentados pelas constantes transformações sociais. Entretanto, esta lacuna legislativa só se torna realmente um problema se reduzirmos o Direito ao texto das leis positivadas. Deste ponto de vista interpretativo é realmente impossível para o ordenamento jurídico prever solução para todos os tipos de conflitos humanos presente e futuros.

Diante do preceito do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, não é possível que o juiz se abstenha de decidir, devendo, diante de uma omissão da lei fazê-lo de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. No caso em questão não será, então, necessária a produção legislativa de nova norma, pois existem princípios jurídicos que se amoldam ao caso concreto.

Podem existir lacunas na lei, mas não no sistema jurídico, porque este possui outras fontes, além dos textos legais, e, por isso, fornece ao aplicador do direito elementos para solucionar todos os casos. Na omissão da lei, cabe-lhe encontrar ou mesmo criar uma norma especial para o caso concreto. Trata-se, então, não apenas propriamente, da “interpretação” de uma norma preexistente, mas de “integração” de uma norma no ordenamento jurídico. (MONTORO, 2005, p.441)

Encontrar uma solução que pacifique conflitos e assegure os direitos das partes envolvidas, dentro de um ordenamento jurídico, são desafios que se apresentam, e a

proposta deste trabalho é pensar soluções jurídicas, a partir deste caso concreto, como maneira de contribuir para o engrandecimento do debate jurídico, uma vez que o Direito apresenta-se como uma fórmula de equilíbrio para solucionar impasses, regulamentar interesses conflitantes.

3 O DIREITO DOS INVESTIGADOS, GÊMEOS UNIVITELINOS, A PARTIR DAS CONSIDERAÇÕES RELATIVAS ÀS PROVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

“Etimologicamente o termo prova provém do latim *probo, probatio e probus*. *Probo* significa bom, reto, honrado, sendo possível, então, afirmar que o que resulta provado é autêntico ou corresponde à verificação ou demonstração da autenticidade”.(CAMBI, 2001, p.47).

A essência do termo está em demonstrar a verdade dos fatos alegados. Ampliando a aplicação do termo para o campo jurídico os fatos a serem comprovados seriam aqueles alegados em juízo.

“Prova, assim, é meio, é instrumento utilizado para a demonstração da veracidade entre o fato alegado e sua direta relação com o mundo da realidade material, de modo a criar, no espírito humano, convencimento de adequação”.(BURGARELLI, 2000, p.53).

Humberto Theodoro Júnior apresenta dois sentidos nos quais se pode conceituar a prova:

- a) um objetivo, isto é, como instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.);
- b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como a convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.(THEODORO JÚNIOR, 2008, p.480).

Em um processo judicial contencioso é inequívoca a necessidade de produção de provas que sejam capazes de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Como visto esta produção de provas presta-se a formar a convicção do juiz sobre fatos e situações. A lei processual regula em minúcias o procedimento para produção e utilização dos meios probatórios que vincula partes e juiz.

Destaca-se que o que se prova não é o direito e sim os fatos, que são o objeto dos meios de prova.

A prova utilizada para demonstrar os fatos pode ser direta ou indireta.

Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico se chega a uma conclusão respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina também prova indiciária ou por presunção. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.481)

Quanto aos fatos que devem se provados limitam-se àqueles relevantes para a lide, cabendo ao juiz deferir a produção de provas relativamente a cada um deles. Então, fatos notórios ou situações sobre as quais não haja controvérsia não dependem de prova. A justificativa para esta limitação está em preservar a celeridade do processo, evitando-se perder tempo com a produção de provas desnecessárias. É o que dispõe o artigo 334 do CPC:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:
I - notórios;
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III - admitidos, no processo, como incontroversos;
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Ressalva deve ser feita quanto aos direitos indisponíveis. Se alegados por uma parte não podem ser tomados como verdadeiros ainda que sobre eles não se tenha manifestado a outra parte. Quem alegou deve prová-los.

O juiz busca identificar no processo as provas que o convencerão da verdade, levando-o a decidir fundamentadamente na sentença. Esta verdade perquirida é a verdade real, contudo esta nem sempre aparecerá no processo, o que não autoriza o juiz a não decidir ou a prolongar o processo fora dos limites autorizados pela Lei processual. Cabe ao juiz decidir segundo as alegações e comprovações trazidas aos autos.

“O que não estiver no processo não cabe ao juiz considerar. Em conseqüência, deve-se reconhecer que o direito processual se contenta com a verdade processual, ou seja, aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade”. (THEODORO JUNIOR, 2008, p.483)

As provas pretendem demonstrar a verdade a ser alcançada dentro de critérios objetivos. A verdade absoluta, aquela que demonstra como o fato realmente ocorreu,

difícilmente será alcançada, cada uma das partes que vivencia um fato ou uma situação tem percepções particulares sobre este fato.

A verdade que se pretende provar no processo não é fim em si mesma é meio para demonstrar o direito pleiteado.

Portanto, estruturada a idéia de uma verdade relativa a ser buscada no processo, é necessário (...) ter a convicção de que a verdade não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização da justiça. Por conseguinte a verdade não deve ser perseguida a todo custo, sob pena de deixar de ser uma aspiração ética no ordenamento processual, passando a ser um dogma que entrevaria a concretização da garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa. (CAMBI, 2000, p.71)

Consoante ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (2008), diante das provas constituídas no processo o juiz deve se ater a três critérios para formar o seu convencimento: o critério legal, o critério da livre convicção e o da persuasão racional ou livre convencimento motivado.

O primeiro critério é extremamente formal. Cabe ao juiz analisar o valor de cada prova sob um critério hierárquico e deduzir o resultado.

O critério da livre convicção privilegia a convicção íntima do juiz. Permite que elementos estranhos aos autos interfiram na formação da decisão do juiz, a quem cabe decidir inclusive contrariamente às provas das partes.

O critério da persuasão racional, prevalente no sistema brasileiro, se dá a partir de uma análise lógica das provas existentes nos autos. A sentença deve encontrar lastro no que as partes demonstraram durante o processo.

O juiz é livre para formar o seu convencimento, entretanto deverá fazê-lo conforme as provas produzida e ainda fundamentar sua decisão e indicar os motivos que a embasaram.

No processo moderno, o juiz em atuação coerente com o interesse social e estatal de garantir que o processo se desenvolva de forma equilibrada, tem o poder de buscar a verdade real por atos de sua própria iniciativa. Esta atuação encontra respaldo no art. 130 do CPC¹

¹ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Entretanto, em alguns casos esta iniciativa do juiz encontra limitação. São eles: os casos de presunção legal de veracidade, quando não se trate de direitos indisponíveis, situação que torna os fatos alegados incontroversos e impede o juiz de novas investigações probatórias, por força dos disposto nos artigos 302 e 319 do CPC². Outra limitação é quando ocorre a confissão.

O Direito Brasileiro apresenta nos artigos 332 a 443 do CPC os meios legais de prova. O rol apresentado não é taxativo diante do permissivo legal de se constituir provas por outros meios que não os especificados nos referidos artigos, desde que moralmente legítimos.

Os meios reconhecidamente idôneos são: depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial, e encontram tratamento legal entre os artigos 342 a 443 do Código de Processo Civil. O Código Civil também faz referência aos meios de prova em seu art. 212³.

Humberto Theodoro (2008) destaca os meios moralmente legítimos, informados pelo art 332⁴ da Lei Processual, que são os indícios, e presunções, bem como a prova emprestada.

Questão merecedora de análise diz respeito ao ônus da prova. Como o próprio nome já diz, provar não é uma imposição legal, mas sim um ônus, uma faculdade que se não cumprida impõe à parte o risco da sucumbência. Este ônus fica evidente no art. 333 do CPC: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu

² Art. 302 CPC. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Art. 319 CPC. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

³ Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia.

⁴ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Então, cada parte deverá provar suas alegações se desejarem sucesso na demanda.

“A busca da ordem jurídica justa deve ser o objetivo primordial do direito”. (Blikstein 2008, p.96). Blikstein (2008) explica que essa ordem jurídica, como todos os princípios e regras constitucionais do processo, visa à realização plena da justiça que é algo que vai além da garantia de acesso à justiça, trata-se de uma efetiva proteção judicial e da ordem constitucional.

O direito à ordem jurídica justa só é garantido com uma prestação jurisdicional eficiente, para isso a tutela do Estado deve funcionar de modo a assegurar a ordem constitucional imposta com todos seus princípios e regras. Se isto foi garantido a ordem jurídica justa foi observada e como consequência a demanda submetida à jurisdição estatal teve solução eficiente.

Na busca da solução mais justa para o caso existem vários fatores que devem contribuir, como a atuação efetiva do juiz no processo, a adequação do direito material aos tempos de hoje e, principalmente, a transformação do processo em meio eficiente de solução dos litígios e não um óbice à sua própria finalidade. (BLIKSTEIN 2008, p. 95).

A exposição encontra fundamento legal no texto constitucional, no art. 5º, inciso XXXV, que prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Então, é dado ao indivíduo o direito de agir, provocando o judiciário como forma de ter garantido o seu direito, ou de ter analisada a sua pretensão, e como lado contrário de uma mesma moeda deve o Estado agir, vez que é detentor do monopólio jurisdicional. É dever do Estado primar pela ordem jurídica justa.

3 1 As provas na ação de investigação de paternidade

O tema investigação de paternidade foi tratado pela primeira vez pelo Direito Brasileiro no artigo 363⁵ do Código civil de 1916. De acordo com a legislação da época a única prova suficiente seria a confissão do pai, que deveria ser expressa e espontânea. As formas pelas quais esta confissão poderia ser feita eram reguladas pelo decreto 181 de 24.01.1890, no §1º do art.7º.

Posteriormente o tema recebeu novo tratamento no art. 27⁶ do ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), e no art. 2º § 5º da lei 8.560/92, que trata da investigação de paternidade.

Em 2002 o legislador entendeu ser dispensável regular novamente a matéria no Código Civil, uma vez que as duas legislações acima citadas já o haviam feito, e se contentou em legitimar a ação de investigação de paternidade no art. 1606 do Código Civil. Ressalvada as peculiaridades de uma ação de estado todas as normas relativas à prova prevista no CPC aplicam-se.

Nas ações investigatórias de paternidade admitem-se provas por todos os meios legais ou moralmente legítimos, consoante determinação do art. 332⁷ do Código de Processo Civil.

O CPC determina em seu art. 282, VI⁸, que já na petição inicial o autor deverá demonstrar as provas com as quais pretende provar a veracidade das suas alegações.

⁵ Art.363 Código Civil.Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I-se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai;

II-se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;

III-se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

⁶ Art. 27. ECA- O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

⁷Art. 332- CPC. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

⁸ Art. 282 CPC. A petição inicial indicará:

(...)

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados

A mesma oportunidade é dada ao réu que quando da sua defesa já deverá requerer a produção das provas que entenda necessária. O dispositivo legal a amparar este direito encontra-se no art. 300⁹ do CPC.

Durante a fase saneadora do processo o juiz verificará a pertinência das provas requeridas e deferirá ou não sua produção conforme a utilidade para o processo, mas não há qualquer óbice a uma participação efetiva do juiz no tocante às prova, devendo valer-se de todos os meios disponíveis para obter a identificação da paternidade, inclusive do exame de DNA.

Regra geral as provas são produzidas em audiência, salvo disposição especial em contrário. A prova pericial, se admitida, deverá ser produzida antes da audiência de instrução, ao contrário da prova oral que deve ser produzida em audiência no próprio Juízo ou através de cartas precatória ou rogatória. Já as provas documentais são oferecidas com a inicial ou defesa, salvo se se tratarem de documentos novos, que visem comprovar fatos novos, ou para contrapô-los aos produzidos nos autos.

Na investigação de paternidade esta prova pode ser documental, testemunhal ou pericial, mas o que é inequívoco é que os fatos devem ser provados, e para isto poderá o interessado produzir provas que forneçam indícios, presunções ou certezas, mas que servirão à apreciação do Juiz com o intento de tornar favorável a sentença.

O depoimento pessoal e a prova testemunhal são meios hábeis para retratar a realidade vivida pela mãe do investigante e pelo investigado. No caso do depoimento pessoal o investigado poderá inclusive confessar a paternidade, objetivo maior do investigante, porém poderá ser utilizada em benefício do próprio investigado.

Os direitos indisponíveis recebem um tratamento diferenciado. Dispõe o art. 351 do CPC: “Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”. Então, ainda que o réu confesse e confirme os fatos trazidos pelo autor, isto só servirá como fundamentação da sentença se analisado dentro de um conjunto probatório. Então, “a admissão por um homem, a respeito da paternidade de uma criança, deve ser necessariamente corroborada por outras provas, ou então, pela aceitação expressa da mãe da criança”. (SIMAS FILHO, 2007, p.136).

⁹ Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Quanto às provas testemunhais elas serão úteis para atestar se houve ou não um relacionamento do casal, sobre a conduta de ambos, sobre a existência ou não de um vínculo sócio-afetivo entre investigante e investigado e a existência da posse do estado de filho.

Na ação de investigação de paternidade a prova testemunhal tem notável importância dada a especialidade do fato que se intenta provar, como as relações sexuais, a má-fama, o *plurium concubentium*. Estas circunstâncias, normalmente, só são provadas por testemunhas. Com base nos depoimentos prestados a convicção do juiz se formará.

Há ainda os documentos que podem ser públicos, como certidões de nascimento, e particulares, como cartas, cartões e bilhetes. Estes últimos devem conter declarações que permitam presumir o relacionamento íntimo das pessoas envolvidas. Uma carta enviada pelo réu à mãe do autor pode, para fins probatórios, conter, por exemplo, uma referência ao filho que vai nascer ou à intenção de tornar mais sério o relacionamento através de uma união ou casamento. Mesmo que estes documentos não retratem informações deste teor, outras como demonstrações de afeto podem evidenciar a existência do relacionamento que se pretende demonstrar. Além destes documentos outros como contas de hotel, restaurantes, etc, podem servir para demonstrar que o investigado estava, ou não, em determinado local, na época da concepção do autor da ação.

É de livre formação o convencimento do juiz, mas ele terá que fundamentar sua decisão e o fará com base no que é existente nos autos. A partir desta consideração, durante todo o processo, as provas são analisadas até o momento decisório quando o juiz justificará a valoração de cada uma delas.

Na função da atividade jurisdicional e de acordo com os elementos constantes dos autos, o órgão judicial tem o poder de decidir e agir por si mesmo, de forma livre e independente, de acordo com o seu convencimento motivado. Nesse contexto, o art. 131 do CPC consagra o contexto do livre convencimento motivado, também chamado de princípio da avaliação da prova, princípio da apreciação da prova, princípio da livre convicção, ou princípio da persuasão racional, que se funda na relação existente entre o juiz e a prova. (CARVALHO, BARIONI, 2006, p.85)

As provas trazidas com o autor na Inicial devem ser capazes de demonstrar pelo menos que há possibilidade do réu ser seu pai. Algumas naturalmente terão maior valor probante que outras, mas todas contribuem para a prova do fato controverso.

Assim, na escala de maior valor, estão compreendidos os documentos oficiais, as escrituras públicas, certidões passadas em cartório; em escala média, as cartas manuscritas, bilhetes, recados; em menor grau, as cartas datilografadas, as fotocópias sem a necessária autenticação e os bilhetes ou recados sem assinatura. Quase desnecessário dizer que o valor probante de uma escritura pública em confronto com uma simples carta datilografada., é muito maior em relação a esta. Os documentos de menor valor probante fornecem, em sua maioria, indícios e presunções e, não raro, início de prova. (SIMAS FILHO, 2007, p.261).

Neste cenário ganham destaque as provas periciais, mais especificamente no caso da investigação de paternidade, o exame de DNA. Isto porque há fatos que pela sua própria natureza melhor são provados por técnicos. Por mais que provas documentais ou testemunhais tragam à luz indícios acerca do relacionamento existente entre o investigado e a mãe do investigante, a prova definitiva está no código genético, pelo menos até onde os conhecimentos atuais permitem compreender, é este o melhor entendimento.

Evidentemente não é uma prova absoluta, vários fatores podem interferir em sua dinâmica de modo a adulterar o resultado correto, mas independente disto ninguém duvida que se apresenta como um excelente meio de prova, em que pese a necessidade de ser considerado dentro de todo um conjunto probatório.

Mostra-se neste passo uma grande contribuição prestada pela medicina ao Direito oferecendo caminhos colaboradores para a solução de conflitos e angústias humanas, na expectativa da tutela jurídica que lhes assegurem os direitos violados.

Neste sentido tem se posicionado o STJ, conforme demonstra o trecho da voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no REsp 4.987-RJ (DJ 28.10.1991), a seguir transcrito:

A propósito, já tive ensejo de assinalar que o fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se. Neste sentido e pautando pela prevalência do princípio da verdade real, que inspira o legislador e o jurista moderno, decidi esta Turma, no REsp 4.987-RJ (DJ 28.10.1991), de que fui relator:

"Direito Civil – Ação Negatória de Paternidade – Presunção Legal (CC, art. 240) – 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 de 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 impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana" (RSTJ 26/378).

Ao concluir, pela pertinência com o tema, reproduzo considerações que expressei anteriormente:

"A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias.

A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mudanças do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria o notável DE PAGE, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e se manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.

Indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei (COUTURE) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valorização, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (RECASÉNS SICHES).

Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando contra legem, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.

Como afirmou DEL VECCHIO, a interpretação leva o juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou OROSIMBO NONATO na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém" (Apelação 68.829, TJMG, RT 618/169).

(...)

No pertinente à colheita do material do corpo do falecido para a eventual realização do exame, nada há de ilegal ou imoral, porquanto satisfeitas as condições impostas pela lei processual para a realização da produção antecipada da prova, inclusive com a nomeação de expert do Juízo, em razão da singular situação da espécie, demonstrando tais circunstâncias, em princípio, a preocupação com a busca da verdade real.

É de assinalar-se, ainda, que esta Turma, no REsp 38.451-MG (DJ 22.08.1994), em acórdão de que foi relator o Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, preconizou ser "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. (BRASÍLIA, Superior Tribunal de justiça)

No entanto o caminho para se chegar até o citado meio de comprovação de vínculo genético foi longo e importante para o Direito, merecendo ser objeto de explanação no tópico seguinte, mas não sem antes se trazer à luz algumas questões relativas ao ônus da prova.

No caso dos gêmeos univitelinos nenhum deles negou a versão dos fatos apresentada pelo autor. Não há por parte deles a alegação de inexistência de relações sexuais entre a mãe do investigando e os investigados e sim uma defesa baseada no fato de que as relações não foram exclusivas no período precedente à concepção do autor, deixando claro que se deram com os dois investigados.

Do ponto de vista do ônus probatório se os réus contestassem apenas negando o fato, restaria ao autor provar suas alegações. No caso os réus apresentaram um fato impeditivo do direito do autor: relações sexuais de sua mãe com pessoa além daquela a quem imputa sua paternidade no período antecedente à concepção. Como o autor não conseguiu fazer prova que indicasse qual é o seu pai, não seria surpreendente um julgamento que lhe fosse desfavorável, no sentido de indeferir-lhe o reconhecimento da paternidade pleiteado, bem como dos seus efeitos, sobretudo por trata-se de direito indisponível.

Restaria neste caso à mãe do autores entrar com uma ação criminal e outra indenizatória cível, para reparar os danos morais por ela sofrido em virtude da prática dos irmãos gêmeos

Ao filho restaria também ingressar com ação na vara cível para ver-se indenizado pelos danos morais decorrentes do fato da impossibilidade de ter seu pai identificado, pois, no caso os irmãos praticaram um ato ilícito, eivado de má-fé, ao enganar a mãe do menor para com ela manter relacionamento sexual. Causaram um resultado: a gravidez, aquele a quem ela atribuía a paternidade recusou-se a reconhecê-la e o prejuízo direto recaiu sobre o filho, sendo-lhe negado o estado de filiação paterna, pela impossibilidade da identificação do pai diante da condição de gêmeo univitelino.

Por outro lado, os réus admitiram como verídico os fatos trazidos pela inicial, pelo menos no tocante à existência do relacionamento entre sua mãe e o primeiro

investigado. Este fato, portanto, torna-se incontroverso, dispensando, portanto novas provas. No entanto o novo fato trazido, os relacionamentos com o outro irmão, não foram provados, há somente a alegação do fato, cabendo, portanto àquele que alegou comprová-lo, nos termos do art. 333.II

“A simples negação do fato constitutivo, naturalmente não reclama prova de quem a faz. O fato negativo, porém, aquele que funciona como fato constitutivo de um direito, tem sua prova muitas vezes exigida pela própria lei(...) Para ter-se o fato extintivo ou modificativo que, segundo o art. 333 II, desloca o ônus probandi para os réus, é necessário o confronto de dois fatos sucessivos: o primeiro alegado pelo autor, e o segundo, que parte da aceitação do primeiro, mas coloca na defesa um evento superveniente, cujo efeito anula ou altera as conseqüências jurídicas do fato incontroverso apontado na petição inicial. Não é a multiplicidade de versões diferentes que transfere, portanto o ônus da prova para o réu. É, isto sim, o concurso de eventos sucessivos, ambos interferindo no direito do autor, um para constituí-lo e outro para modificá-lo.”.(THEODORO JUNIOR, 2008, p.487-488).

No caso o acesso à verdade real pelo juiz fica extremamente prejudicado, sobretudo pela impossibilidade da identificação genética do pai, mas a alegação do autor é verossímil, sobretudo pelo exame genético que vincula o(s) gêmeo(s) ao autor. Quanto à alegação dos réus não há comprovação alguma. Há simplesmente a alegação dos dois que mantiveram relacionamento sexual com a mãe do autor.

Os réus ao trazerem aos autos, como argumento de defesa a existência de relacionamentos sexuais com o outro irmão gêmeo, sem o conhecimento e consentimento da mãe do autor, obrigam o autor a fazer prova negativa, a de que sua mãe não teve relações com uma pessoa que ela só vem a ter conhecimento desta possibilidade no curso do processo. Não seria razoável exigir do autor uma comprovação impossível, pela identidade física e genética dos gêmeos.

Diante da ausência da comprovação do fato alegado pelos réus e do fato de que eles não apresentam dúvidas sobre relacionamentos íntimos com terceira pessoa, entende-se possível reconhecer a paternidade do primeiro investigado em relação ao autor, pois é em relação a ele que são feitas as afirmações do autor. Caso houvesse a alegação de que a mãe do autor tivera, por ocasião da concepção, relacionamento com terceira pessoa, esta seria facilmente contestada pelo exame genético existente, que demonstra a ligação do menor com os gêmeos univitelinos.

Apesar da viabilidade do entendimento acima não se pode deixar de considerar que aquele a quem foi imputada a paternidade poderia alegar que o processo foi decidido sem que houvessem provas que demonstrassem a verdade alegada pelo autor e ainda, que tratando-se de direito indisponível, não seria possível presumir a paternidade.

3.1.1 Provas médico-legais

Muitas das infrações penais, circunstâncias ou condições que assegurem algum direito necessitam ser comprovadas para garantir o sucesso de uma demanda. Não raras vezes para isto serão necessários exames especializados, que serão solicitados a um perito.

As perícias médico-legais são os meios científicos de apuração de determinados fatos, através da aplicação de conhecimentos da Ciência Médica. O resultado destas perícias são as provas médico-legais.

Um filho pode ser reconhecido pelo pai voluntária ou forçosamente através de um processo judicial de investigação de paternidade. Nesta segunda hipótese necessária se faz a produção de provas. O investigador caminha no sentido de demonstrar que foi gerado a partir de um relacionamento entre sua mãe e o investigado, sendo este, portanto, seu pai, bem como o investigado tenta demonstrar que não é o pai, ou que tem dúvidas quanto à alegada paternidade.

Esteja certo um ou outro, ao juiz caberá decidir conforme as provas produzidas e carreadas aos autos.

A prova na investigação de paternidade é matéria de interesse não só dos juristas, mas também de profissionais ligados a áreas médicas e biológicas e porque não dizer a toda sociedade. Há muito tempo profissionais dessas áreas se dedicam à pesquisas sobre hereditariedade, através do estudo da genética, com destaque principalmente para as provas obtidas através da análise do sangue e do DNA de cada indivíduo.

Contudo, as provas médico-legais que podem ser utilizadas para comprovar ou excluir a paternidade de um indivíduo podem ser tanto genéticas quanto não genéticas.

3.1.1.1 Provas médico legais não genéticas.

Provas médico-legais não genéticas são as provas obtidas dentro de critérios da Ciência Médica a partir não da análise de material biológico humano, mas sim de constatações ligadas a concepção, gestação e nascimento de uma pessoa.

Dentro das provas médicas passíveis de utilização em uma ação de investigação de paternidade, destacam-se as seguintes provas médico-legais não genéticas:

1. Elementos relacionados com o ato gerador e suas conseqüências diretas:
 - a) dados biológicos sobre a duração da gestação;
 - b) verificação da ausência ou da possibilidade de coabitação (virgindade, impotência);
 - c) verificação da impossibilidade de fecundação (esterilidade);
 - d) inexistência de parto;
 - e) aplicação de métodos anticoncepcionais definitivos.
2. Elementos relativos à idade do filho:
 - a) para confronto com a época da coabitação (escore de Dubowitz – maturidade ao nascer em relação ao tempo de gestação);
 - b) para confronto com a data conhecida do parto. (FRANÇA, 2001, p.273)

Estas provas relacionam-se a elementos ligados à gestação e a alguns elementos que determinam a possibilidade de concepção de um ser humano. Apesar de, muitas vezes não se mostrarem suficientes para indicar ou excluir a paternidade em relação a uma pessoa especificamente, são provas que aliadas a outras podem alcançar o objetivo almejado.

Também são consideradas provas médico-legais não genéticas os métodos de morfologia externa e morfologia cromossômica, sendo que a primeira consiste na comparação através de fotografias de semelhanças entre mãe, filho e suposto pai. Este método foi abandonado devido as muitas possibilidades de alterações físicas das pessoas ao longo da vida bem como a real possibilidade de uma pessoa ser filha de

outra e, no entanto não possui com ela grandes semelhanças físicas. Já o método da morfologia cromossômica mostra que indivíduos de uma mesma população possuem alterações comuns nos cromossomos. Então, busca-se identificar estas semelhanças entre filho e suposto pai.

3.1.1.2 Provas médico legais genéticas

As provas médico-legais genéticas são constatações obtidas através de critérios científicos médicos que demonstram um fato, a partir da análise de material genético humano.

Segundo França (2001) elas são classificadas em pré-mendelianas e mendelianas.

As pré-mendelianas baseiam-se na comparação entre os caracteres hereditários do investigante e do investigado (suposto pai) e têm como princípio a semelhança. “Para a velha genética, hereditariedade significava semelhança”. (FRANÇA, 2001, p.273). Atualmente, os estudos da área em comento têm demonstrado que a hereditariedade se manifesta também pela diferença, uma vez que a combinação de genes do pai e da mãe pode dar origem a um terceiro caractere totalmente diverso dos originais. Para exemplificar, um pai branco e uma mãe negra podem gerar um filho mulato, característica referente à cor ausente tanto no pai quanto na mãe, se estudadas de forma isolada.

Para alguns, a influência do meio tanto pode, dentro de certos limites, tornar semelhantes os indivíduos originalmente diversos como, ao contrário, diversificar os que no começo se mostravam iguais. Os climas externos, os estímulos mecânicos, as doenças os vícios e até os artifícios da moda, atuando igual e demoradamente sobre várias criaturas, acabariam por conferir-lhes certos modos de família capazes de iludir ao observador mais arguto. Os vínculos genéticos não se traduzem necessariamente por semelhanças, nem as semelhanças têm por causa única os vínculos genéticos. Dessemelhanças se encontram entre pais e filhos. Incríveis graus de semelhanças aparecem, não raro, entre pessoas absolutamente estranhas aos outros (sósias). (FRANÇA, 2001, p.274).

França (2001) destaca também como prova pré-mendeliana os caracteres adquiridos, assim uma característica adquirida ao longo da vida por um indivíduo poderia passar como característica hereditária aos seus descendentes, informando que muitos estudiosos do assunto são contrários a esta hipótese como meio de prova.

E ainda, dentro do contexto das provas pré-mendelianas, existe a impressão materna, que “consiste na afirmação de que as mães transmitem aos filhos as impressões e influências nervosas captadas durante a gravidez, doutrina considerada, na atualidade, obsoleta”. (FRANÇA, 2001, p.274).

No que diz respeito às provas médico-legais genéticas mendelianas, são divididas em sanguíneas e não sanguíneas.

Antes de 1900 a crença era de que os caracteres hereditários eram transmitidos pelo sangue, e não pelos genes. A partir de 1900 os avanços da ciência lograram êxito em descobrir que caracteres hereditários dos indivíduos estavam presentes em códigos, que por sua vez situavam-se no núcleo das células.

A mudança na concepção vigente recebeu reforço de Karl Landsteiner, que em 1900, fez a seguinte descoberta:

Existem certas substâncias (antígenos) nos glóbulos vermelhos das pessoas, que são transmitidas a seus descendentes. Essas substâncias integram aquilo que se conhece hoje pela denominação genérica de Tipos ou Grupos Sanguíneos, que se reúnem para formar os sistemas sanguíneos. (SIMAS FILHO, 2007, p. 162).

As provas não sanguíneas mais discutidas são, segundo França (2001) o exame do pavilhão auricular, que se baseia na análise do lóbulo da orelha livre conforme estudo da possibilidade dos filhos o terem de acordo com os genes de seus pais; a anomalia dos dedos, que “no esquema de mendelinização proposto, um par de fatores, dos quais *B* é dominante, produz o dedo anormal, e o *b*, recessivo, produz o dedo normal”.(FRANÇA, 2001, p.275); a cor dos olhos e dos cabelos e da pele; e os dentes, através da ausência de incisivos com transmissão hereditária e “outras anomalias, como falta de esmaltina da dentina opalescente, dentes escuros, diastema e dupla dentadura estão em estudo mediante organização de árvore genealógica”. (FRANÇA, 2001, p.276).

Quanto às provas genéticas sanguíneas França (2001) destaca dentre as mais usadas a determinação dos grupos sanguíneos (Sistema ABO), fatores M e N, Rh e rh e Hr, haptoglobina, grupos P e sistema HLA.

Existem atualmente cinco métodos para verificar os caracteres hereditários presentes no sangue de uma pessoa:

a) Determinação de marcadores eritrocitários – feitas nas células vermelhas do sangue (eritrócitos ou hemácias), numa variada gama de sistemas, sendo os mais conhecidos e utilizados, ABO – Rh (C, c, D, E, e) – MNSs – KELL – Duffy – Kidd.

b) Determinação de marcadores cromossômicos – feita nos leucócitos, ou glóbulos brancos, onde se examinam coincidências de faixas ou bandas, de coloração diversa, sendo as mais utilizadas, as bandas “C” polimórficas.

c) Determinação de marcadores séricos e enzimáticos – efetuadas na parte líquida do sangue e do soro, sendo as mais utilizadas, as determinações de haptoglobinas (Hp) e a Fosfoglicomutase (PGM).

d) Determinação de marcadores leucocitários – feita nas células brancas do sangue (leucócitos), sendo utilizado o mais polimórfico sistemas conhecido, o sistema HLA (antígeno leucocitários de histocompatibilidade), nos *loci* A e B.

e) Determinação dos marcadores de DNA – efetuada no material genético existente no núcleo da célula. (SIMAS FILHO, 2007, p. 163-164)

Em sucinta explicação sobre os grupos sanguíneos (sistema ABO) França (2001) elucida que:

Quando as hemácias do sangue humano são colocadas em uma solução salina normal, elas se mantêm em suspensão distribuídas na massa líquida. Se a essa suspensão juntarmos um pouco de soro de sangue humano, podem acontecer dois fatos: ou a suspensão não se altera, ou então, ao contrário, os glóbulos se juntam, formando aglomerados mais ou menos compactos. Diz-se que, no primeiro caso, não houve aglutinação e que, no segundo, houve. Essa experiência repetida com glóbulos de milhares de criaturas humanas tratadas com soros de proveniência igualmente vária mostram que certos soros aglutinam os glóbulos de determinados indivíduos, ao passo que outros não produzem essa aglutinação. Do exame do fenômeno da aglutinação nasceu a concepção dos *grupos sanguíneos*. Assim, pertencem ao mesmo grupo os sangues que não se aglutinam entre si e que possuem, em relação ao sangue dos outros grupos, as mesmas propriedades aglutinantes. As primeiras observações a respeito dessa importante propriedade foram efetuadas por Landsteiner, em 1900, constatando a existência de três grupos. O quarto grupo, mais raro, foi descoberto em 1902 por Von Decastelo e Iturli. (FRANÇA, 2001, p.277)

Aos grupos sanguíneos descobertos foi dada a seguinte nomenclatura internacional: Grupo O, Grupo A, Grupo B e Grupo AB.

Esses grupos são estáveis, o que significa que um indivíduo permanecerá com o mesmo tipo sanguíneo até morrer, independente de influências exteriores ou interiores como mudança de clima, alimentação, doenças de quaisquer tipos, agentes físicos, como eletricidade, ou químicos, como a ingestão de medicamentos.

As propriedades aglutinantes do sangue são transmitidas por herança.

Olteinberg e Epstein foram os primeiros a estudar o fenômeno em 1908. Herdam –se os aglutinógenos correspondentes aos grupos sanguíneos mediante três fatores ou “genes” diferentes “O, A, B) que se combinam aos pares: OO-AO-AA-OB-BB-AB. Cada indivíduo possui um desses pares. Os fatores A e B são dominantes sobre O. Mas, quando unidos um ao outro, dão um grupo diferente, AB. Temos assim a constituição genética de quatro pares.

Grupo O – formado pelo par de fatores OO.

Grupo A – Constituído pelos pares AA ou AO.

Grupo B – Formado pelos pares BB ou BO.

Grupo AB – Formado pelo par AB. (FRANÇA, 2001, p.277)

Prosseguindo na explicação sobre as provas genéticas sanguíneas, em 1927, foram descobertos por Landsteiner e Levine, dois aglutinógenos, além dos já conhecidos, nas hemácias humanas: os aglutinógenos M e N.

Com respeito a esses três tipos de sangue humano, podem ser encontrados:

1º) O tipo M, que tem aglutinógeno M.

2º) O tipo MN, que tem os aglutinógenos M e N.

3º) O tipo N, que tem os aglutinógenos N.

As aglutininas para as reações com os aglutinógenos M e N são artificialmente obtidas durante a imunização de coelhos em que se injetam glóbulos humanos portadores de um ou de outro dos referidos elementos. As propriedades aglutinantes relacionadas com os aglutinógenos M e n transmitem-se por hereditariedade. Há três constituições genéticas:

- Tipo M, constituído pelo par MM.
- Tipo N, constituído pelo par NN.
- Tipo MN, constituído pelo par MN. (FRANÇA, 2001, p.278)

A partir desta descoberta foi possível inferir algumas leis, confirmadas pela observação, e, segundo França (2001), recomendadas pela Comissão Médico-Legal da Associação Médica Norte-Americana.

1ª.) Os aglutinógenos M e N não podem aparecer no sangue do filho, a não ser que existam no sangue de pelo menos um dos pais.

2ª.) Um genitor do tipo M não pode ter filho do tipo N; um genitor do tipo N não pode ter filho do grupo M.

[...]

Verificada a impossibilidade por uma das quatro leis mencionadas anteriormente, dir-se-ia, com segurança, que o acusado não é o pai da criança apresentada. Verificada a possibilidade, dir-se-ia apenas que o acusado se acha entre os indivíduos que biologicamente podem ser os pais da criança apresentada. (FRANÇA, 2001, p.278).

Até este momento ainda não era possível afirmar a paternidade de alguém, mas apenas excluí-la, o que já representava um avanço crescente à medida que novas propriedades do sangue eram descobertas.

Em 1940, Landsteiner e Weiner, descobriram outro fator do sangue: o Rh.

O novo fator foi chamado assim por ter sido preparado no sangue dos *macacus rhesus*. No homem de raça branca, foi encontrado em 85% dos casos, sendo estes chamados *Rh* positivo, e ausente em pessoas da mesma raça em 15% dos casos, sendo estes denominados *Rh* negativo. (FRANÇA, 2001, p.279)

Continuando com as pesquisas chegou-se ao fator Hr.

Levine encontrou anticorpos com especificidade diferente das aglutininas conhecidas Rg. Aglutina todos os sangue *Rh* negativo e, ainda, alguns *Rh* positivo, daí a designação de *Hr*, por ter sido encontrado de modo contrário ao *Rh*.

Race na Inglaterra, descobriu uma aglutinina idêntica à de Levine e chamou-a *Hr'*. Mourant, em 1945, descobriu nova aglutinina e denominou-a *Hr''*. Finalmente, Diamond, em 1946, determinou um soro que apresentava propriedades contrárias e chamou-as *Hr^o*.(FRANÇA, 2001, p.279)

Grande avanço no campo da genética veio com a descoberta das haptoglobinas.

Com a descoberta de O. Smithies da utilidade do gel de amilo como suporte de migração das proteínas do soro sanguíneo, abriu-se novo campo da genética. Henningsen, em disputas de paternidade envolvendo dois ou mais indivíduos, conseguiu, com o auxílio das haptoglobinas, 18 por cento de exclusão que não foram possíveis nos sistemas *ABO*, *Rh* e *MN*.

Trata-se de proteínas que se incorporam à hemoglobina liberada pelas hemácias destruídas. Atualmente, as haptoglobinas são identificadas em gel de poliacrilamida, inclusive com a possibilidade de determinar os homo- e os heterozigotos.

Inicialmente foram descritos três tipos fundamentais por Smithies: tipo *I*, tipo *IA* e tipo *IIB*. Estudos realizados posteriormente indicaram que os elementos obedeciam a um simples controle genético, e Walker sugeriu a mudança das designações para o símbolo *Hp* e que os genes fossem representados por *Hp1* e *Hp2*. O grupo 1 passou a ser designado por 1-1(*Hp1-1*) com genótipo *Hp1/Hp1*; o grupo *IIA* passou a ser 2-1 (*Hp2-1*) com o genótipo *Hp2/Hp1*; e , finalmente, o tipo *IIB* passou a chamar-se tipo 2-2 (*Hp2-2*) com o genótipo *Hp2/Hp2*, com uma incidência de 17, 48 e 35 por cento, respectivamente.

Ao nascer, 92 por cento das pessoas não são passíveis de sofrer determinação; entre um e dois meses, 52 por cento o são. No indivíduo adulto, é possível a ausência das haptoglobinas, explicação esta não suficientemente esclarecida. (FRANÇA, 2001, p.279).

Existe ainda a possibilidade da prova médico legal sanguínea através do sistema dos grupos P.

Os resultados obtidos por este sistema devem ser vistos com muita reserva, pois, além da dificuldade de obter soros, a paternidade só poderá ser excluída com certa segurança quando o suspeito e a mãe não apresentarem qualquer traço do antígeno *P1* e o filho o tenha desenvolvido, ou quando diante de um cruzamento *P2 X P2* com filho *P1*. (FRANÇA, 2001, p.279).

Sistema diverso é o HLA, descrito com precisão por França.

Este sistema fundamenta-se nas propriedades antigênicas existentes na superfície de todas as células nucleadas do organismo humano, excetuando-se, é claro, as hemácias por não conterem núcleo. Este sistema é conhecido por *Human Leucocyte Antigen (HLA)*, porque os anticorpos produzidos por um organismo receptor são capazes de destruir os leucócitos.

Os primeiros antígenos *HLA* foram localizados por um par de genes encontrados no *locus A* do cromossoma 6 humano. Hoje, são conhecidos 19 fatores *HLA* da série *A*.

Depois foram sendo descritas outras séries: a *B* (20 fatores), a *C* (5 fatores), a *D* (8 fatores) e outros fatores não identificados.

Esses fatores são tipados por meio de reações sorológicas com soros cujos anticorpos *HLA* são conhecidos no sangue a ser estudado. O resultado é positivo pela reação antígeno-anticorpo revelada pela destruição de linfócitos, com exceção da série *D*, cujo método é mais complexo.

Cada indivíduo tem dois fatores de cada série, levando-se em conta que é portador de 2 genes para cada locus: um no cromossoma materno e outro no cromossoma paterno.

Hoje, algumas manifestações verificadas em transfusão de sangue, mesmo compatíveis nos sistemas *ABO*, *Rh - rh* e *MN*, são vistas como reações imunológicas por incompatibilidade do *HLA*. O mesmo se diga a respeito da rejeição em transplantes realizados entre indivíduos *HLA* incompatíveis.

A hereditariedade do sistema *HLA* é autossômica, dominante e monofatorial. Isto quer dizer: ele é transmitido tanto para o homem como para a mulher, não existem genes recessivos e não existe a combinação de genes com genótipos e fenótipos intermediários. (FRANÇA, 2001, p.279).

No início do século XX já era conhecimento notório que a transmissão das características hereditárias se faz pelo gene e não pelo sangue, sendo aceito como fato que pais e filhos podem ter tipos sanguíneos diferentes.

Todos os métodos médicos legais até aqui citados conseguiam estabelecer unicamente a exclusão da paternidade. A possibilidade de estabelecê-la só foi possível com o exame de DNA.

A importância desta descoberta para a ação de investigação de paternidade foi muito grande, sobretudo pela simplicidade do exame e alta confiabilidade dos resultados.

Com efeito, até então todos os exames conhecidos permitiam oferecer certeza cientificamente comprovada apenas quanto à exclusão do vínculo. O próprio exame de H.L.A. (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), considerado revolucionário quando do seu desenvolvimento, em 1972, gera apenas presunção de paternidade, muitas vezes “fortíssima”, conduzindo, porém, a resultados falsos em 65, de cada 1000 pessoas testadas. Índice baixo se comparado à confiabilidade do DNA, que permite atingir um grau não inferior a 99,98% de certeza, tanto de determinação quanto na exclusão da paternidade, quando todos os cruzamentos de seqüências são devidamente testados. (MORAES, 2008, p. 6)

Comumente encontram-se diversas denominações para o exame de DNA: “prova genética. Exame genético. Teste genético. Prova de DNA. Teste de DNA. DNA *fingerprintr*. Impressões digitais de DNA. Exame de paternidade”. (ARRUDA; PARREIRA, 2000, p.15).

Arruda e Parreira (2000) descartam a utilização do termo hematológico justificando que esta expressão se aplica aos exames de sangue e, apesar do exame de DNA ser feito através do sangue não é este o material a ser analisado e sim o ácido desoxirribonucléico, que é encontrado no interior das células do sangue.

Discordam dos termos prova, exame ou teste genético, “já que vários exames hematológicos utilizados em perícias judiciais aplicam as leis mendelianas, obtendo resultados através dessas regras genéticas”. (ARRUDA; PARREIRA, 2000, p.15). Sendo assim, é possível afirmar que exames hematológicos, baseados em regras genéticas, são espécies do gênero das provas genéticas.

O uso da expressão DNA *fingerprints*, ou impressões digitais de DNA é descartado pelos citados autores sob a justificativa de que “as impressões deixadas pela auto-radiografia do ácido desoxirribonucléico em nada se parecem com impressões digitais, sendo, na verdade, parecidas com os códigos de barras utilizados para identificar produtos no comércio varejista”. (ARRUDA; PARREIRA, 2000, p.16).

A posição dos defensores desta terminologia nos é apresentada por França (2001):

Seus defensores afirmam que a possibilidade de se encontrarem duas pessoas iguais por este método é de uma em 10 trilhões, fazendo com que este sistema se constitua numa verdadeira impressão digital, e por isso foi chamada pelos ingleses de DNA *fingerprints*. Cada indivíduo é geneticamente diferente de todos os outros. (FRANÇA, 2001, p.280).

Quanto à designação “exame ou teste de paternidade” entendem ser a expressão muito restrita uma vez que esta perícia pode ter vários outros propósitos além da investigação de paternidade.

Segundo França (2001) o exame de DNA pode ser utilizado na identificação de suspeitos, em investigações criminais, através da análise em materiais biológicos encontrados no local do crime, mostrando-se suficiente para apontar autores ou excluir falsas imputações, podendo ainda ser utilizado com eficiência para identificar vítimas em casos de grandes mutilações ou carbonização, e ainda em exumações.

Diante destas considerações entende-se ser mais adequada a expressão que indica o material específico em análise: o ácido desoxirribonucléico, conhecido pela sigla ADN, indicação no idioma nacional das siglas correspondentes ao ácido desoxirribonucléico, ou DNA, conforme designação na língua inglesa, sendo esta última a designação mais popularmente conhecida.

A abordagem sobre a terminologia do DNA torna-se crucial para melhor compreensão do trabalho vez que as possibilidades acerca do resultado do exame deste material é ponto de partida para a discussão ora proposta.

Em 1984 o cientista inglês Alec Jeffreys, trabalhava com pesquisa sobre as características do DNA humano. “Seu trabalho consistia na pesquisa do gene que se expressa especificamente no músculo humano, responsável pela codificação da mioglobina”. (ARRUDA; PARREIRA, 2000, p.23). Como resultado ele conseguiu demonstrar que algumas regiões do DNA humano, que ele chamou de “minissatélites” apresentavam-se diferentemente para cada ser humano. O processo por ele criado para investigar o DNA humano foi intitulado DNA *fingerprint* (impressão digital de ADN).

Este cientista logo percebeu que sua descoberta poderia ser de grande valia para a seara forense e o foi efetivamente em 1986, quando solicitado para contribuir na investigação de um crime em uma cidade do interior da Inglaterra, Midlands Leste. O êxito obtido na solução do caso fez com que o exame recebesse destaque mundial.

“Até 1988, já havia sido demonstrado que os exames de ADN eram superiores a quaisquer outros para determinação de parentesco biológico, não sendo capazes de excluir a paternidade somente nos casos em que irmãos gêmeos zigotos estavam envolvidos”. (ARRUDA; PARREIRA, 2000, p.24).

Neste ponto é interessante destacarmos que não se trata de um exame de sangue, mas sim um exame feito no sangue. Este sim interessa ao Direito, tendo em vista a precisão dos resultados apresentados, conforme o fim perseguido na investigação de paternidade.

Para melhor compreender a sistemática do exame de DNA seguem as explicações:

Esse método consiste no estudo do material genético básico das pessoas – o DNA, representado por uma substância orgânica existente nos cromossomos que, por sua vez, são encontrados no interior das células. As moléculas de DNA existentes no interior dos cromossomos no núcleo das células compõem-se de duas “fitas” que se encaixam como um “fecho *éclair*”, ou seja, existe um alinhamento perfeito e específico pela complementariedade química entre as duas “fitas”. Essa seqüência específica dos dentes do “fecho *éclair*” constitui uma mensagem química escrita em código genético nos milhares de genes existentes em nossas células.

Este código genético é responsável pelas características de cada pessoa e é representado pelo arranjo de quatro blocos de aminos já referidas como *bases*: adenina (A) guanina (G) citosina (C) e timina (T). A adenina sempre se junta à timina, e a citosina, à guanina. E assim essas combinações podem repetir-se muitas vezes, em cada célula, cuja ordem dará as características exclusivas de cada indivíduo. [...]

Desse modo, ao se conhecer a seqüência de bases de um determinado trecho, pode-se conhecer com segurança a seqüência do trecho correspondente a outra cadeia complementar, obtendo-se um padrão de bandas, que constitui suas “impressões digitais genéticas do DNA”. (FRANÇA, 2001, p.280).

Em termos semelhantes é a explicação de Arruda e Parreira (2000):

O corpo humano tem mais ou menos 100 trilhões de células, cada qual tendo em seu interior um núcleo. No núcleo das células estão contidos os cromossomos humanos, que são em número de 46, sendo 23 provenientes da mãe e 23 do pai. Nos cromossomos estão os genes, responsáveis pelas instruções da formação morfológica e fisiológica de um ser. Em cada um

desses cromossomos existem, aproximadamente, 100 mil genes. Os genes são feitos de ácido desoxirribonucleicos (ADN), no formato de um polímero, isto é, uma longa fileira de unidades básicas. Essas unidades são chamadas de nucleotídeos ou bases nucleotídicas, e são de quatro tipos: *adenina (A)*, *timina (T)*, *citocina (C)* e *guanina (G)*. Esses nucleotídeos formam filamentos, e a molécula completa do ADN é constituída de duas fitas paralelas presas uma a outra, formando uma espécie de zíper curvado em espiral, cuja figura é mais conhecida como *dupla-hélice*. Nessas fitas moleculares unidas, a *adenina* sempre se prende com a *timina*, e a *citocina* sempre se emparelha com a *guanina*. Como em uma palavra escrita, em que a ordem das letras forma a palavra, na molécula de ADN a ordem desses quatro elementos determina a informação genética. (ARRUDA; PARREIRA, 2000, p.27).

No final da década de oitenta laboratórios privados, aqui no Brasil, já realizavam o exame de DNA, com o fim de comprovação de paternidade em processos judiciais, meio de prova este admitido como eficaz para comprovação dos fatos.

O advento da tipagem de DNA (*DNA Fingerprinting* ou *impressões digitais do DNA*) ocasionou uma evolução inequívoca na descoberta da origem biológica, podendo ser considerado hoje como o mais poderoso elemento esclarecedor da verdade a serviço dos juizes e profissionais ligados à área do direito de família. Isso, porque, com ele, tornou-se possível não só estabelecer com alto grau de precisão a identidade genética das pessoas, como também determinar sua genealogia.

O avanço trazido pelos estudos científicos do método DNA representou a entrada em cena de questões práticas relacionadas ao ser humano, dentre as quais cita-se a de que cada pessoa pode ser considerada individualmente por meio de sua tipagem DNA, sendo possível reconhecer o seu padrão nos ascendentes e descendentes. (ALMEIDA, 2003, p.88-89).

Nos últimos tempos a perícia médica passou a ter importância considerável diante dos avanços tecnológicos ocorridos nas áreas médica e biológica, sobretudo em pesquisas envolvendo a genética. A possibilidade da identificação da origem biológica através do exame de DNA, representou a possibilidade de produção de prova robusta, para aqueles que desejavam comprovar a sua paternidade.

Os critérios que somados nos dão os fundamentos lógicos para admitir um método científico como prova judicial, são:

- o exame ou teste científico deve ser pertinente ao fato que se quer comprovar (usa-se um termômetro para medir e provar uma temperatura e um teodolito para medir uma distância, e não o contrário);
- os princípios científicos que servem de premissas para o resultado devem ser inquestionáveis, isto é, universalmente aceitos (a água solidifica-se a zero graus centígrados e ninguém discorda disso, mas não há consenso quanto aos princípios da homeopatia);

- devem existir meios para que o emprego desses princípios possam ser feitos em condições que não interfiram nos resultados dos testes (o material colhido para exames bacteriológicos deve ser guardado em recipiente esterilizado – se o recipiente estiver infectado com bactérias inutilizará o exame).
- Aplicados esses princípios aos exames de ADN, constataremos que:
 - são pertinentes a muitos dos fatos que se procura provar em processos judiciais (parentesco biológico; origem de sangue, de esperma etc.);
 - existe consenso universal quanto à maioria dos princípios científicos em que se fundamenta (as leis de hereditariedade, a capacidade de se ler seqüências do ADN com o uso de sondas genéticas e a capacidade de se comparar duas amostras de ADN);
 - os métodos aplicados para a realização dos exames podem ser feitos sem que ocorram interferências estranhas que comprometam os resultados. (ARRUDA; PARREIRA, 2000, p.88).

O exame de DNA “vem sendo defendido como um método de excelência, pelo fato de admitir estabelecer a paternidade, ou maternidade, contrariamente aos outros métodos tradicionais, que são unicamente de exclusão”. (FRANÇA, 2001, p.280).

As conclusões deste exame são baseadas no fato científico de que seu caractere genético representa uma combinação dos caracteres genéticos de seus pais. Chegar a esta conclusão só foi possível graças aos avanços dos estudos da genética.

Foi-se, pois, o tempo em que a paternidade era de ser considerada “fato oculto e incerto”, ou presumido, devendo, em conseqüência, sua investigação ser permitida somente com as “cautelas e rigor de provas” A certeza científica, oferecida pelo exame de DNA, para determinação da paternidade encontra hoje um único obstáculo: a recusa do suposto pai a entregar o material necessário ao teste. (MORAES, 2008, p 6)

À afirmação acima acrescenta-se ainda um outro obstáculo: a existência de um irmão gêmeo monozigótico.

Em que pese todos os meios de prova disponíveis pelas ciências biológicas nenhum deles conseguiu até hoje precisar a paternidade no caso de gêmeos univitelinos.

Arruda e Parreira, citando o pesquisador Alec Jeffreys, explicam que:

Até 1988, já havia sido demonstrado que os exames de ADN eram superiores a quaisquer outros para determinação de parentesco biológico, não sendo capazes de excluir a paternidade somente nos casos em que irmãos gêmeos homozigotos estavam envolvidos. (ARRUDA; PARREIRA, 2000, p.24),

Aproximando do caso em tela, é trazido à baila o caso dos gêmeos univitelinos, portadores de DNA idêntico.

Para melhor compreensão do tema seguem alguns esclarecimentos.

Existem dois tipos de gêmeos: os **monozigóticos, univitelinos** ou **idênticos**, que são geneticamente iguais, porque se originam de um só zigoto, formado pela fecundação de um óvulo por um espermatozóide, e os **dizigóticos, bivitelinos** ou **fraternos**, que se originam de dois óvulos fecundados por dois espermatozoides.

Os **gêmeos monozigóticos (MZ)** são do mesmo sexo e possuem genes idênticos. Teoricamente, qualquer diferença entre eles deve ser atribuída ao ambiente, no mais amplo sentido. (BORGES-OSÓRIO; ROBINSON, 2002, p.320).

A confirmar os conhecimentos sobre a identidade genética dos gêmeos monozigóticos, estão os dizeres a seguir transcritos:

Estimando-se que os seres humanos variam em cerca de 1/300pb, devem existir aproximadamente 10 milhões de polimorfismos no nível do DNA, o que torna cada indivíduo um ser geneticamente único – com exceção dos gêmeos MZ, que apresentam as mesmas impressões digitais do DNA. Assim, qualquer variação encontrada no padrão de bandas do DNA de um par de gêmeos indica gemelaridade dizigótica. (BORGES-OSÓRIO; ROBINSON, 2002, p.326).

Em suma, o exame de DNA não permite identificar a paternidade de uma pessoa em relação a outra se o suposto pai for um gêmeo monozigótico. Isto se dá pelo fato deles terem DNA idêntico. E é neste ponto que se apresenta a questão: qual a solução a ser proposta, se há indícios que os dois investigados mantiveram relacionamento íntimo com a mãe daquela que alega ser filha e aquela não tem certeza de qual dos investigados é o pai. Seria certo que eles se beneficiassem de um “capricho da natureza”, seria a melhor solução imputar a paternidade a uma deles, com a possibilidade de um erro, mas garantindo o melhor interesse do menor? Qual o interesse deve prevalecer diante deste conflito de direitos? É na busca de encontrar estas respostas que tem seqüência o presente estudo.

3.2 A presunção do vínculo paterno-filial na ação de investigação de paternidade

Há na ação de investigação de paternidade uma peculiaridade quanto à produção de provas. Regra geral, consoante o art. 333 do CPC, cabe ao autor provar fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do seu direito. A peculiaridade citada reside no fato de que nesta ação o ônus da prova é bipartido. O autor deve provar que o réu é seu pai, a partir de uma investigação, e, se este não concordar, deverá provar que não o é. Alguns fatos relatados pelo autor na inicial precederam ao seu nascimento, o que o impossibilita de afirmar a ocorrência destes fatos, mas que não impede seu intento de investigar o fato e conseguir do juiz a declaração da sua paternidade.

Lado outro, quando o réu nega a paternidade ou os fatos que a tornam possível, cabe a ele trazer comprovação plena aos autos, “Nega o namoro, o concubinato... Declara que as relações com a mãe do autor, não foram exclusivas e desta forma, que tem o ônus, o dever de provar, é justamente ele...!” (SIMAS FILHO, 2007, p.100)

A prova pericial torna-se necessária diante da existência de um fato cuja comprovação dependa de conhecimentos técnicos ou científicos específicos.

No entanto, seria impensável um juiz que detivesse todos os conhecimentos de maneira a capacitá-lo para certificar-se cientificamente de todos os fatos que permeiam as questões apresentadas em um processo judicial. Porém, a ausência destes conhecimentos específicos não são motivos para que o juiz se exima de decidir, logo, o caminho é recorrer àqueles que detém o conhecimento e as informações científicas e técnicas necessárias sobre um fato específico de maneira a possibilitar uma melhor avaliação do caso pelo juiz.

Humberto Theodoro Júnior nos informa que:

Nas causas sobre filiação (investigatórias ou negatórias) é tão importante e necessária a prova técnica relativa aos vínculos genéticos que os tribunais entendem correto o juiz determinar sua realização mesmo após encerrada a fase de ouvida das testemunhas, uma vez que se trata de matéria de interesse público, capaz de justificar a providência até mesmo de ofício. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p.124).

Este permissivo decorre do compromisso do juiz, nas ações de estado, que deve ter com a verdade real. Se a prova apresentada não convence o juiz de que o caminho

para o qual aponta é o correspondente à verdade, deve buscá-la por outros meios. E se tem como recurso a prova técnica, muito adequada à natureza da causa, não há porque não lançar mão dela.

Então, o juiz determina que o investigado submeta-se a um exame pericial, apto a produzir prova acerca da paternidade ou não. Entretanto, este pode não querer ou não poder realizar o exame.

Essa justificativa pode decorrer de vários fatores: em virtude de convicções religiosas, segundo as quais não se permite o exame de sangue; por problemas de saúde, que possam ser agravados pela realização do exame médico; por outro aprova já realizada no curso do procedimento, que descaracterize o fato que se pretenda provar com o exame médico; ou por outro motivo que torne desnecessária ou muito difícil a realização da prova. (CARVALHO, BARIONI, 2006, p.89)

A análise das motivações acima expostas torna-se relevante para a aplicação da presunção, pois o Direito não pode dar guarida à má-fé, que indiscutivelmente pode ser pano de fundo de uma estratégia para impedir a apuração da verdade, que possa garantir o direito de outra pessoa. Não sendo o caso não tem lugar a presunção expressa pelo Código Civil, devendo o autor constituir provas por outros meios, lembrando que o exame pericial de DNA não se produz apenas com a análise de material sanguíneo. A identificação genética pode ser obtida também através de outros meios como saliva, bulbo capilar, etc.

“As presunções e indícios propriamente ditos são modalidades de prova indireta, entendidos mais claramente como a aceitação de um fato pelo resultado de operação mental, e não da produção de uma prova efetivamente”. (BLIKSTEIN, 2008, P.123).

A presunção pode ser entendida como “a dedução que se tira de um fato certo, para a prova de um fato desconhecido. A presunção não é exatamente uma prova, e sim, um processo lógico, pelo qual a mente atinge uma ‘verdade legal’”. (SIMAS FILHO, 2007, p.139).

Outra conceituação é apresentada por Theodoro Júnior:

Considera-se presunção legal o mecanismo por meio do qual o ordenamento jurídico estabelece imperativamente a consequência que se deve extrair da comprovada existência de certo fato. Estabelecendo-se, assim, por vontade da lei, a veracidade de um fato não conhecido e não verificado no feito, mas

sempre a partir de um dado certo (indício), sobre o qual se assenta a ilação conducente ao juízo de verossimilhança em torno do fato que não se chegou a comprovar diretamente. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p.126)

Na ação em comento é ilustrativo o exemplo da comprovação de relacionamento sexual entre a mãe do investigante e o suposto pai. Por suposto é uma prova que apresenta certa fragilidade, mas que, dentro do conjunto probatório, é de grande importância para se chegar à constatação da paternidade.

Os indícios são considerados “a circunstância conhecida e provada, que tendo relação com o fato, autorize por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. (SIMAS FILHO, 2007, p.149).

Na ação investigatória de paternidade os indícios e presunções, juntamente com as demais provas compõem um conjunto probante que servirá de base para a decisão judicial, isto equivale a dizer que as provas indiretas podem adquirir força probatória nesta ação, após cuidadosa avaliação do juiz.

O Código Civil trata de maneira diversa os fatos ligados a direitos indisponíveis, autorizando a presunção pelo juiz da existência de fatos.

Dispõe os arts. 231 e 232 do Código Civil respectivamente que: “aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa” e “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. (BRASIL, 2002) E ainda a súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Isto significa que o pai que se negar a realizar o exame de DNA poderá ter sua paternidade declarada em face daquele que ingressou com a ação de investigação de paternidade.

Se não houve possibilidade de produzir provas por este meio, por impedimento provocado pelo suposto pai, poderá o juiz, diante da existência de outros elementos comprobatórios, presumir a paternidade investigada. Chama atenção aqui o verbo indicado na regar legal: “poderá”. O que se admite é uma possibilidade de suprimento da prova não produzida, que como dito, estará vinculada a existência de outras provas.

Tais disposições admitem prova em sentido contrário.

Por outro lado, pretende-se compatibilizar a idéia do direito indisponível – por natureza colocado fora do campo da renúncia ou transação das partes – à atitude desleal de uma das partes, quando seja absolutamente indispensável a concordância dessa parte para a formulação da prova (CARVALHO, BARIONI, 23006, p.86)

E o caminho apresentado pelo legislador, apesar da regra ser a desvinculação do agir das partes do resultado do processo, é de assegurar que a atitude de uma, no sentido de recusar-se a contribuir para a solução do caso, impeça o reconhecimento do direito de outra, discutido em juízo.

Um dos argumentos de defesa daquele que não queira submete-se ao exame pode estar na dignidade humana, cláusula geral de tutela, da qual se infere o direito à integridade física, mas a singeleza do exame, como dito, e a possibilidade de realizá-lo com outro material humano que não o sangue, não permite identificar ofensa à integridade física de alguém.

No caso dos gêmeos univitelinos não houve recusa dos réus em submeterem-se ao exame de DNA. Houve sim, revelia do primeiro investigado, em primeira instância e, em segundo momento, a determinação do retorno dos autos à primeira instância com a continuidade do processo, e emenda da inicial, incluindo-se o outro irmão gêmeo univitelino na lide. Neste segundo momento, nenhum dos irmãos se recusa a submeter ao exame de DNA, entretanto é fato que tal exame não é capaz de estabelecer diferenças genéticas entre um e outro, apontando sim a paternidade, mas dos dois em relação ao filho. Em conseqüência, diante da certeza da identidade genética dos irmãos, eles não se recusam a realizar o exame, mas sabem que com isto só conseguirão comprovar que não é possível identificar qual deles é o pai. Submeter-se ao exame expressa a notória intenção de nada comprovar especificamente.

Neste caso não haveria que se falar em presunção de paternidade, com fundamento na súmula 301 do STJ¹⁰ e nos artigos 231¹¹ e 232¹² do Código Civil, pois são taxativos ao determinar a presunção no caso de recusa de submissão ao exame

¹⁰ Sum 301- Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

¹¹ Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

¹² Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

genético, o que não ocorreu no caso, porém não há impedimento legal para adotar-se a presunção da paternidade, seja em relação ao primeiro investigado ou aos dois.

4 HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE NO BRASIL

Quando se fala em paternidade não raras vezes vem à mente idéias como afeto, responsabilidade, cuidado e interesse. Porém, nem sempre quem se torna pai, no aspecto biológico, concretiza em ações o significado destas palavras.

Este comportamento pouco comprometido foi favorecido durante muito tempo pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro que estruturou-se, já no Código de 1916, distinguindo duas espécies de filiação: a legítima e a ilegítima, sendo esta composta pelos filhos nascidos fora do casamento, denominados, incestuosos, adulterinos e naturais, e aquela, pelos nascidos na constância do casamento.

Neste último caso, a presunção é de que o marido seja o pai, e basta a certidão de casamento para se obter o registro do nascimento do filho, com o nome do pai. Deste ato instauram-se me decorrência direitos e obrigações para ambos que figuram nos pólos desta relação paterno-filial, como o de alimentos, guarda e educação.

Por outro lado, diante da rejeição do pai o Direito não poderia, permanecer silente, então, assegura o direito do filho buscar a identidade do seu pai e ainda a produção de todos os efeitos decorrentes do vínculo paterno-filial existente. O caminho jurídico apresentado, para possibilitar a concretização da árdua tarefa de provar que é filho de determinada pessoa, passa pela investigação de paternidade.

A investigação de paternidade é uma ação de estado, que tem, atualmente, previsão expressa na Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Tem natureza declaratória, pois no plano biológico o vínculo entre investigador e investigado, se existente, já é fato desde a concepção.

Essa ação visa o reconhecimento do estado de filiação pelo filho e, se procedente, acaba por esclarecer a origem biológica do indivíduo, apesar de muitas vezes não atender à expectativa do investigador, que, em realidade, é ter um pai, que não tenha existência restrita ao registro.

Todavia, um processo de paternidade não é fácil de se enfrentar...! Os especialistas são unânimes em afirmar que os filhos investigantes terão seqüelas emocionais! Mesmo com resultado positivo, o pai que rejeita esse

filho “forçado”, pode desencadear, com tal proceder, na criança ou adulto, graves conseqüências psicológicas”! (SIMAS FILHO, 2007 p.28)

Reconhecida a paternidade os efeitos podem ser verificados tanto na esfera patrimonial quanto extrapatrimonial ao refletirem sobre o parentesco e os direitos sucessórios. Estes reflexos acabaram por demandar a busca de soluções para problemas como nome de família, prestação alimentícia e direito sucessório.

As respostas apresentadas pelo Direito a estas questões ao longo da história muito variaram, conforme histórico traçado a seguir.

Durante o período colonial o Direito brasileiro era orientado pelas Ordenações Filipinas, que decretadas em 11 de janeiro de 1603, tendo sido iniciadas por Filipe I, concluídas por Filipe II e ratificadas em 29 de janeiro de 1643. Eram uma compilação jurídica marcadas pelas influências do Direito Romano, Canônico e Germânico, e apresentavam como característica marcante o patriarcalismo e patrimonialismo. O direito na colônia atravessou as mesmas fases do Direito na metrópole.

Para melhor compreender as disposições vale esclarecer quanto aos conceitos adotados à época.

No tocante à classificação das filiações existentes identifica-se a legítima, a ilegítima e a adotiva.

A adotiva encontra seu fundamento exclusivo na lei; é uma filiação puramente civil. Ao contrário da filiação legítima, ou da ilegítima, que decorrem do fato natural da procriação, ao qual o direito reconhece efeitos, distinguindo as duas categorias conforme há, ou não, casamento entre os progenitores. (FONSECA, 1958, p.39)

Para Caio Mário da Silva Pereira são:

Legítimos, os concebidos na Constancia do casamento, ainda que anulados, se putativo; (...) ilegítimos, os nascidos de pessoas não casadas, ou provindos de casamento nulo não putativo; adotivos, os que, por força de lei são considerados filhos de pessoas que não são seus progenitores. (PEREIRA, Caio Mário, 2006, p.2)

No mesmo sentido Orlando Gomes e Nélson Carneiro para quem “a fonte normal da legitimidade encontra-se no casamento. Todo aquele que foi concebido e nasceu na constância de casamento válido é filho legítimo”. (GOMES, CARNEIRO, 1958, p.25)

No entanto era possível que filhos concebidos fora do casamento fossem legitimados.

Outra fonte da legitimidade é a legitimação. Há filhos concebidos, ou nascidos, antes do casamento dos pais. Se estes se casam, legitimam o fruto de sua união livre. A legitimidade, no caso, resulta de uma ficção da lei. Não obstante, os legitimados são rigorosamente equiparados aos legítimos de origem. (GOMES, CARNEIRO, 1958, p.25)

“Dos antigos modos de tornar legítimos os filhos que o não eram, conhecidos do direito romano, o único que subsistiu em nosso direito atual foi êsse: *a legitimação por subsequente matrimônio*”. (FONSECA, 1958, p.40)

Lado outro a ilegitimidade era resultante do fato dos pais não serem casados.

São ilegítimos todos os filhos que descendem de pais que não querem, ou não podem casar. Quando nenhum impedimento legal obsta ao matrimônio dos progenitores, a filiação é dita *natural simples*. Quando existe impossibilidade jurídica de consórcio, a filiação toma o nome de espúria. (GOMES, CARNEIRO, 1958, p.77)

Fonseca, em manifesta concordância, posiciona-se da seguinte maneira: “entre os filhos *ilegítimos*, que alguns também chamam *naturais* em sentido amplo, incluem-se tanto os nascidos de relações sexuais entre pessoas não ligadas pelo vínculo matrimonial, como os resultantes de casamentos nulos e não putativos”. (FONSECA, 1958, p.41).

E continua discorrendo com detalhes sobre as diversas classificações:

Dividem-se, de acôrdo com a tradição de nosso direito, em *naturais* simplesmente, ou em espécie, e *espúrios*. Êstes, por sua vez, subdividem-se em *adulterinos* e *incestuosos*, excluída, com a separação entre a Igreja e o estado, a antiga classe dos *sacrílegos*.

Para dar uma definição exata dos filhos *naturais*, em sentido estrito, parece preferível proceder por exclusão. Como tais consideram-se os provenientes de uniões sexuais livres, que não sejam adulterinos nem *incestuosos*, ou, em outros termos, aquêles cuja concepção não é devida a um adultério ou a um incesto.

Adulterinos são os filhos procriados em consequência de relações sexuais que constituam adultério.

Incestuosos, finalmente, são os filhos de pessoas parentes em grau tal que não se poderiam casar.(FONSECA, 1958, p.41).

Uma das conseqüências do reconhecimento da paternidade e da sua legitimidade era a garantia, ou não, do direito à herança paterna.

Neste aspecto distinções eram feitas entre filhos ilegítimos de nobres e filhos ilegítimos de plebeus. Estes, desde que não houvesse parentesco ou impedimento entre seus pais, poderiam concorrer à herança juntamente com os demais filhos legítimos, resguardado o direito do pai de dispor de um terço da herança conforme sua vontade. Aqueles teriam tratamento diverso, definido no Livro IV, Título 92, que, conforme nos informa Cruz (2001), descrevia o direito conforme se segue:

Se algum homem houver ajuntamento com alguma mulher solteira, ou tiver uma só manceba, não havendo entre eles parentesco ou impedimento que não possam ambos casar, havendo de cada huma d'ellas filhos, os taes filhos são havidos por naturaes. E se o pai for peão suceder-lhe-ão e virão à sua herança igualmente com os legítimos, se os o pai tiver. E não havendo filhos legítimos, herdarão os naturaes todos os bens e herança do pai, salvo a terça, se o pai tomar, da qual poderá dispor como lhe aprouver. (CRUZ, 2001, p.18)

A origem destas determinações é informada por Fonseca (1958):

Assim prescrevendo, nada mais fêz o texto, aliás, do que reproduzir a regra anteriormente adotada na Ordenação manuelina do Livro IV, tít. 71, pr., a qual, por sua vez, tivera por fonte a Ordenação afonsina do Livro IV, tít. 98, inspirada esta em uma lei dos tempos de D. Dinis, que consolidara costume imemorial de Portugal. (FONSECA, 1958, p. 72)

Quanto aos filhos espúrios era inexistente o direito de herança, ressalvada a possibilidade de ser instituído herdeiro através de testamento, porém lhe era assegurado o direito de investigar sobre sua paternidade, com o propósito de pleitear alimentos.

É o que se previa no Livro IV, Título 99, Pará. 1.^o, das Ordenações Filipinas: ‘ E se o filho não for nascido do legítimo patrimônio, quer seja natural, quer seja espúrio, e de qualquer outra condição, a mãe será obrigada a criá-lo de leite até três annos; e todo outra despesa assi no dito tempo, como depois, será feita à custa do pai, como dissemos no filho legítimo. E se nos ditos três annos a mãe fizer com o filho alguma despesa, que o pai he obrigado fazer, poderá em todo caso cobrá-la- ei havê-la do pai, pois a ella fez em tempo, que elle tinha essa obrigação’ .(CRUZ, 2001, p.18)

Com esta informação passa-se a conhecer o tratamento dado a um outro direito decorrente do vínculo paterno-filial: o direito aos alimentos, sendo então aos filhos espúrios assegurado o direito a alimentos. Igual garantia não existia no tocante à herança.

Então, a investigação de paternidade ilegítima, por esta ocasião, era admitida pacificamente pelas Ordenações Filipinas, com as referidas limitações quanto aos seus efeitos.

Somente a partir de 1822, com a independência, os ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal seguiram caminhos próprios.

Também merece destaque que, uma vez independente o país, seu Direito também tinha que tomar rumo próprio, de acordo com as necessidades de seu povo. Quanto à organização do Estado, não era possível esperar. Surge, já em 1824, a Constituição do Império. O Direito Privado teria que esperar mais. Contudo, a situação de dependência em relação ao Direito da antiga metrópole, também nessa seara, era incômoda e inadequada. (ROBERTO, 2003, p.56).

Por esta ocasião, as idéias iluministas, propagadas pela Revolução Francesa, sobretudo os princípios da igualdade e da fraternidade, já se refletiam nos ordenamentos jurídicos de várias partes do mundo.

O liberalismo congregava a sociedade (economistas, juristas e políticos) em torno do *laissez-faire*. O liberalismo não era só doutrina econômica. Encontrava fundamentos religiosos (a idéias cristã do homem como valor supremo, dotado de direitos naturais) e fundamentos políticos (oposição ao *ancien régime*, por demais opressivo).

A teoria jurídica se assentava sobre alguns dogmas:

- 1º) oposição entre o indivíduo e o Estado, que era um mal necessário, devendo ser reduzido;
- 2º) princípio moral da autonomia da vontade: a vontade é o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações etc.;
- 3º) princípio da liberdade econômica;
- 4º) concepção formalista de liberdade e igualdade, ou seja, a preocupação era de que a liberdade e a igualdade estivessem genericamente, garantidas em lei. Não importava muito garantir que elas se efetivassem na prática. (FIUZA, 2003, p.25)

Especificamente no direito de família, alteração considerável foi sentida na condição jurídica dos filhos ilegítimos “sobretudo como resultado do sistema proibitivo

da investigação de paternidade ilegítima, adotado no Cód. Napoleão”. (FONSECA, 1958, p.43).

Dos países europeus, Portugal foi um dos que mais demorou a ceder às influencias do iluminismo. Este movimento teve início na Europa, no século XVIII e apresentou como vetor a razão, propondo uma luta contra o autoritarismo e a abolição das velhas tradições jurídicas.

Como conseqüência, só em 1867 foi promulgado o primeiro Código Civil português, determinando o fim das ordenações Filipinas em Portugal.

Em que pese a substituição ocorrida em Portugal, no Brasil ainda continuaram vigentes até o advento do Código Civil de 1916.

Muito ainda se havia que caminhar para romper algumas barreiras, que podem ser enumeradas como o atraso gerado pelo fato do Brasil ser tanto tempo regido pelas Ordenações Filipinas, o excesso de leis editadas para complementá-las e a necessidade de buscar uma identidade jurídica que atendesse as necessidades dos brasileiros.

Em outubro de 1823, foi promulgada pelo governo imperial lei que determinou a manutenção das Ordenações Filipinas e demais normas advindas de Portugal que vigoravam até 26 de abril de 1821, enquanto não fossem alteradas por outra lei e enquanto não fosse organizado o código civil brasileiro.

Proclamada a nossa Independência, continuaram em vigor no Brasil, por força do art. 1º. Da lei de 20 de outubro de 1823, enquanto não se organizasse um novo Código, ou não fossem revogadas, as ordenações, leis, decretos e alvarás portugueses, pelos quais nos regêramos até 25 de abril de 1821. (FONSECA, 1958, p.108).

Assim, a investigação de paternidade era admitida, como o era nas Ordenações Filipinas, garantido o direito ao investigante, suposto filho, ilegítimo, de provar, por todos os meios, incluídos indícios, para formar o convencimento do juiz, admitida como defesa a exceção *plurium concubentium*.

Como vimos, no velho direito português não se negavam direitos sucessórios aos filhos de plebeus que concorriam com os legítimos em igualdade de condições, que fossem perfilhados, quer houvesse a sua paternidade sido judicialmente declarada, só tendo, entretanto, os *espúrios* direitos a alimentos.

Esta classe compreendia, então, além dos filhos *incestuosos* e *adulterinos*, a categoria dos *sacrílegos*.

Os filhos naturais de nobres, porém, não lhes sucediam *ab intestato*; e, mesmo para a sucessão testamentária, sofriam certas restrições que já tivemos ocasião de assinalar. (FONSECA, 1958, p.109).

Em 1824, a primeira Constituição brasileira estabeleceu em seu art. 179 a igualdade de todos perante a lei. Porém, pairava grande dúvida entre os estudiosos da época¹³ sobre a revogação ou não dos preceitos das ordenações Filipinas que eram contrários ao princípio da igualdade estabelecido, sobretudo para fins sucessórios, uma vez que era nítida a distinção entre filhos de peões e nobres.

As dúvidas que existiam acabaram por dar ensejo a Lei 463 de 1847.

Para dirimir dúvidas reinantes a respeito do princípio da igualdade encartada na Carta Constitucional do Império, editou-se a Lei 463, de 2 de setembro de 1847, com o seguinte teor: “ Art. 1º. Aos filhos naturais dos nobres, ficam extensivos os mesmos direitos hereditários, que pela Ord.,Liv.IV,tít.92, competem aos filhos naturais de plebeus.

Art. 2º O reconhecimento do pai feito por escritura pública antes de seu casamento, é indispensável para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo ele com os filhos legítimos do mesmo pai.

Art. 3º. A prova da filiação natural, nos outros casos, só se poderá fazer por um dos seguintes modos: escritura pública ou testamento. (CRUZ, 2001, p.19)

Ficou claro que o princípio da igualdade não tinha sido respeitado, ao menos no que tange aos direitos sucessórios dos filhos de nobres e peões. Mas persistia ainda outra dúvida: a inovação alcançaria também os direitos alimentares?

Quanto aos debates travados à época, de um lado PERDIGÃO MALHEIROS entendia que ‘a lei não inovou a legislação anterior quanto à prova da filiação para outros efeitos de direito, entre os quais os alimentos e o estado, sustentando que, na ação de investigação de paternidade eram admissíveis todas as provas, mesmo conjecturais, e, nem se exige tanto rigor, como para sucessão’. Do outro lado, TEIXEIRA DE FREITAS critica o ponto de vista de PERDIGÃO MALHEIROS, sob o fundamento de que ‘a prova da filiação natural – nos outros casos – só pode ser feita por escritura pública ou testamento, é de evidência que se refere a mais de um caso, e, portanto, compreende alguma coisa mais do que o caso oposto ao executado, no art. 2º e em seguida completa: ‘Esse artigo 3º. Não diz simplesmente que a filiação natural só pode ser provada por escritura pública ou testamento, quando não concorrerem à herança paterna filhos legítimos do mesmo pai; o que diz é que – em todos os

¹³ Perdigão Malheiros manifestou-se contra a tendência liberal em comentário à Lei 463 datado de 1847. Andrade Figueiras também posicionou-se no mesmo sentido.

outros casos – a filiação natural deve ser provada por um dos mencionados meios.

Em final PERDIGÃO MALHEIROS, aderido por LAFAYETTE reforça novos argumentos dentre os quais os de que ‘a privação do direito de pedir alimentos somente poderia resultar de disposição expressa’. Predominou tal argumento junto aos demais juristas da época, que o aceitaram, destacando-se, dentre outros, ESTEVÃO DE ALMEIDA, ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA e LINO DE MORAIS LEME. (CRUZ, 2001, p.20)

No tocante a esta Lei, relevante ressaltar o histórico do seu projeto.

O projeto da Lei 463, no caso projeto nº 53, de 1846, intencionava estabelecer a igualdade quanto aos direitos sucessórios entre os filhos naturais de nobres e plebeus, tendo em vista a igualdade propagada pela Constituição do Império. Seu único artigo era assim redigido: “Fica derogada a Ordenação, Livro 4º, tít. 92, na parte em que estabelece distinção entre filhos naturais de nobres e peões, em relação ao direito hereditário”. (FONSECA, 1958, p. 111).

Esta redação, no entanto, não esclarecia se os filhos dos nobres adquiririam o direito ou se os filhos dos peões o perderiam.

Isto levou o deputado Rodrigues dos Santos a propor a seguinte emenda substitutiva: “os filhos naturais dos nobres têm os mesmos direitos hereditários que competem aos dos plebeus, de que trata a Ordenação, Livro 4º, tít. 92, que fica nessa parte revogada”. (FONSECA, 1958, p. 111) Possível identificar a intenção dos legisladores de ampliar direitos.

Durante as discussões desta nova emenda o deputado Souza França fez nova proposta para o texto legal: “Para que o filho natural possa partilhar a herança de seu pai juntamente com os legítimos, será necessário que obtenha dêle o reconhecimento por escritura pública outorgada em época anterior ao seu casamento. Nos outros casos se fará a prova de filiação natural, ou por testamento exclusivamente; e neste último caso será a herança considerada a todos os respeitos como legado, podendo o pai natural reduzi-lo e impor-lhe as condições que lhe aprouver no mesmo testamento”. (FONSECA, 1958, p. 111).

A partir daí o projeto sofreu ainda duas emendas, propostas pelo Marquês de Olinda nos termos apresentados a seguir:

- 1º) de exigir-se também o reconhecimento prévio para que o filho natural pudesse concorrer à herança materna;
- 2º) de estender-se a restrição aos filhos havidos durante a viuvez, quando em concurso com os legítimos;

3º) de salvaguardar os direitos dos filhos legitimados por subsequente casamento.(FONSECA, 1958, p.113)

Estas emendas foram rejeitadas sob os argumentos seguintes:

Quanto à primeira só haver conveniência de referir-se a lei às sucessões paternas, por ela especialmente visadas; quanto à segunda, não poder, no caso, haver surpresa para as famílias, porque, falecendo a mulher, estava o marido obrigado a dar partilha aos filhos, podendo, enquanto vivo, livremente dispor de sua meação; e quanto à terceira, sua inutilidade, pois, no cã, o filho ficaria inteiramente equiparado aos legitimados. (FONSECA, 1958, p.113)

Ao final a emenda como apresentada por Rodrigues dos Santos, com a emenda de Souza França, foram com uma pequena alteração de redação aprovadas na Câmara e senado ficando assim:

Art. 1º. Aos filhos naturais dos nobres ficam extensivos os mesmos direitos hereditários, que pela Ordenação, Livro 4º, tít. 92, competem aos filhos naturais de plebeus.

Art. 2º O reconhecimento do pai feito por escritura pública antes de seu casamento, é indispensável para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo êle com os filhos legítimos do mesmo pai.

Art. 3º A prova de filiação natural, nos outros casos, só se poderá fazer por um dos seguintes modos: escritura pública ou testamento.

Novamente a Lei surgida continuava dando margem a muitas dúvidas. Uma delas era no sentido de saber se:

Tendo estabelecido direito novo quanto à prova de filiação, seus dispositivos referiam-se apenas a direitos hereditários, excluindo, para êsse efeito, os antigos meios probatórios admitidos; ou, ao contrário, abrangiam também a ação alimentar, de modo que a investigação de paternidade ilegítima estaria inteiramente vedada. (FONSECA, 1958, p.114)

Doutrinadores liberais e conservadores debatiam e posicionavam-se diversamente quanto a isto, aqueles defendendo a igualdade dos direitos com base no preceito constitucional e estes a paz das famílias, sem, no entanto, chegarem a um consenso.

Alinhado com os primeiros, Perdigão Malheiros e Lafayette, são alguns dos doutrinadores da época, citados por Fonseca (1958) sustentavam que apenas se alterara a prova de filiação natural paterna para efeitos sucessórios; permanecendo da mesma forma, isto é, em consonância com a legislação anterior para efeitos de direito como alimentos e o estado, sendo admitidos para prová-los todas as provas, ainda que conjecturais.

Quanto aos conservadores, nova ilustração é feita por Fonseca (1958) com o nome de Teixeira de Freitas. O argumento destes pensadores era que “os motivos determinantes da lei haviam sido a *impossibilidade de prova de paternidade ilegítima* e a conveniência de evitar os *perigos e escândalos* das ações de investigação de paternidade”. (FONSECA, 1958, p.114). Assim sendo a prova de paternidade da filiação natural só poderia ser feita por *escritura pública* de reconhecimento ou *testamento* nos termos do art. 3º.

Desta vez as dúvidas que surgiram foram quanto à possibilidade de concorrência sucessória legal entre os filhos naturais do viúvo, legalmente reconhecidos, com os legítimos e quanto à possibilidade do reconhecimento poder constar de escritura pública específica para este fim. Esta última polêmica abriu um debate sobre o valor probante do assento de batismo.

“A jurisprudência, hesitante a princípio, firmou-se afinal no sentido de que tais assentos não valiam como escrituras públicas, nem bastavam, por si, para fazer prova cabal de filiação, mesmo em face da legislação anterior”. (FONSECA, 1958, p. 119)

O Decreto 3.069, de 17 de abril de 1863, permitiu que os filhos dos não católicos fossem reconhecidos pelo pai no assento de nascimento, tendo este assento validade de escritura pública.

Sobre este assunto:

A opinião restritiva de Teixeira de Freitas não se manteve irredutível a quaisquer concessões. E o regulamento aprovado pelo dec. Nº 3.069, de 17 de abril de 1863, obra sua, dispondo sobre o registro de nascimento das pessoas não-católicas, a cargo dos escrivães dos juízos de paz, considerou a confissão do pai, no ato do registro, título hábil para determinar o vínculo de paternidade natural (art. 45,§5º), observando êle mesmo, em nota à 3ª edição da *consolidação*, que o art. 3º da lei de 1847 estava nessa parte modificado. (FONSECA, 19658, p.120).

Quanto aos filhos espúrios continuaram sem o direito à sucessão paterna, mesmo que reconhecidos pelo pai, situação só excepcionada quando instituídos através de testamento, sem prejuízo de herdeiros necessários. Quanto aos alimentos, estariam garantidos desde que comprovada a filiação.

Em 24 de janeiro de 1890 foi instituído pelo Governo Provisório da República o Decreto 181, que regulamentou o casamento civil estatuidando em seu art. 7º §1º que a paternidade se provaria por confissão espontânea ou pelo reconhecimento do filho em escritura pública, ou no ato de nascimento, ou em outro documento autêntico emanado do pai. Inovação não houve para os filhos adulterinos e incestuosos, que apesar de terem direito a alimentos não adquiriram direitos sucessórios.

Então, durante a vigência das Ordenações Filipinas foi possibilitada a investigação de paternidade, sem proibições, mesmo sendo o investigador filho espúrio, desde que para fins alimentares. As restrições surgiam no tocante aos direitos sucessórios.

Era natural, portanto, que a doutrina, não só em consequência de tais restrições, como também pela incerteza reinante quanto à possibilidade de ser intentada com êxito a ação alimentar, quanto a paternidade não houvesse sido voluntariamente reconhecida, ou não decorresse indiretamente de uma sentença, como v.g., nos casos de nulidade de casamento ou de contestação de paternidade legítima, sentindo a injustiça dessa situação, procurasse remediá-la, encetando a campanha pela melhoria da condição dos filhos ilegítimos, a qual encontrou depois no autor do projeto primitivo do Cód. Civil um dos seus mais esclarecidos e eficiente adeptos. (FONSECA, 1958, p.122).

A então nova Constituição, de 1824, determinara ainda, como citado, a organização de um Código Civil.

Jurista e doutrinadores da época, a exemplificar: Clóvis Bevilácqua, Epitácio Pessoa, Andrade Figueiras, começaram a trabalhar no projeto do noticiado Código, porém, antes que ele ficasse pronto, o que só aconteceria quase um século depois, duas Constituições ainda surgiriam.

No entanto, nem a Constituição de 1934 nem a de 1937 representaram mudança no panorama até então desenhado, em que pese os debates sobre o tema serem exaustivos.

O autor Jose Aparecido da Cruz destaca a posição de Carlos Ribeiro para quem “a redação dada ao art.147 da Constituição de 1934, quando se referia aos filhos naturais, o fazia de maneira irrestrita permitindo entendimento de inclusão dos filhos adulterinos e, em consequência, seu reconhecimento”. (Cruz, 2001, p.24)

Era a redação do artigo citado: “o reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos”. (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1937 reforçou o debate com a redação do seu art. 126 que tinha a seguinte redação: aos filhos naturais, facilitando-lhes, o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais. Para muitos juristas da época este artigo teria revogado os artigos 358 e 363 do Código Civil, porém prevaleceu o pensamento do qual foi expoente Orlando Gomes, citado por Cruz (2001, p.25) a seguir traduzido:

Se o preceito constitucional manda que a lei facilite o reconhecimento, não inovou, porque ‘só se pode facilitar aquilo que, sendo possível, é difícil. Ora, se os espúrios não podem ser reconhecidos, como se pode facilitar seu reconhecimento? Seria necessário permiti-lo anteriormente. (...) a carta constitucional já encontrou uma situação legal definida pelo código: os filhos espúrios não podem ser reconhecidos. Ela, apenas, manda que a lei facilite o reconhecimento dos filhos naturais. Quais? Aqueles, evidentemente, que por lei são reconhecíveis, ficando de fora os que a lei já não permitia que gozassem da declaração de estado. (CRUZ 2001, p.25)

É o mesmo Doutrinador que aduz as seguintes considerações sobre a matéria, destacando sua posição doutrinária à época:

O reconhecimento é o título de estado do filho ilegítimo. Qualquer que seja a sua forma, condiciona o nascimento das relações jurídicas que se consubstanciam no *status*.

Não produz, no entanto, o efeito de integrar o indivíduo numa família legítima, motivo porque sua eficácia é mais limitada do ponto de vista da aplicação das regras que disciplinam as relações de parentesco legítimo. Em vários sistemas jurídicos, a limitação alcança e compreende direitos inerentes ao estado de filho legítimo, de modo que o reconhecimento não investe o filho ilegítimo em todos as prerrogativas de que gozam os que possuem aquele *status*. Alguns circunscrevem os seus efeitos a um vínculo exclusivo entre o pai e o filho. Outros não admitem que resulte do termo de nascimento. E, em geral, não atribuem valor à posse de estado na filiação ilegítima.

Entre nós nenhuma diferenciação se admite entre o estado de filho natural e o de filho legítimo, salvo, como é óbvio, quanto a princípios que têm aplicação peculiar. Assim, não se aplicam à filiação natural a presunção de paternidade,

nem a de concepção; a primeira, porque falta a base, que é o casamento dos pais; a segunda, porque é evidentemente estabelecida em favor da legitimidade. (GOMES, CARNEIRO, 1958, p.293)

Em fase preliminar, ainda no projeto, juristas e legisladores com os mais diversos pensamentos tentavam infrutíferamente acordar sobre a igualdade de tratamento aos filhos legítimos, ilegítimos e naturais. Após várias modificações e emendas e após quase um século, em 1916, o nosso primeiro Código Civil estava finalmente elaborado, sob a autoria de Clóvis Bevilácqua.

As codificações surgiram como fruto do racionalismo, propagado pelo liberalismo.

Assim é possível perceber que o Código foi feito em um tempo, e conforme os anseios e interesses desta época, e acabou por reger a vida da sociedade em outro totalmente distinto tanto histórica, política, econômica e socialmente, ou seja quando foi feito imperava uma nítida separação entre público e privado, conforme os ares do Liberalismo. Quando promulgado as exigências sociais já demandavam a intervenção estatal de maneira a conformar realidade totalmente nova.

Este Código apoiava-se em três pilares fundamentais: propriedade, autonomia da vontade e família. Deixava transparecer os ideais liberais das elites européias. A questão patrimonial era o ponto central, até mesmo no direito de família, que se apresentava hierarquizado e patriarcalista, construído com base no casamento e monogamia, coerente com o intuito de conservação do patrimônio dentro de uma unidade familiar. Nesta esteira, o afeto e o amor e demais valores existenciais eram elementos sem importância.

Orlando Gomes, citado por Roberto aponta algumas características deste código:

A primeira é seu conservadorismo, especialmente nas regras sobre família. Filhos menores de 21 anos não poderiam casar sem o consentimento dos pais. É o marido o chefe da sociedade conjugal e somente a ele compete administrar os bens particulares da mulher, autorizar que ela exerça alguma profissão, fixar o domicílio do casal.

Outra característica do Código, apontada por *Orlando Gomes*, é a completa rejeição de aspectos sociais em seu conteúdo. Mesmo sendo a discussão do projeto contemporânea de inúmeras propostas para regulamentar, por exemplo, a proteção do trabalhador, o Código permaneceu infenso às novas idéias. Em momento algum ele se afastou de seu proposital individualismo. (GOMES, *apud* ROBERTO, 2003, p.74-75)

No citado instrumento jurídico era clara a valorização do patrimônio em detrimento do indivíduo.

O Patrimônio representava a dimensão econômica do indivíduo. E ele só existia na medida em que possuía. Sua proteção era estabelecida enquanto proprietário.

Uma das grandes preocupações dos juristas que elaboravam o primeiro Código Civil Brasileiro, no que tange aos aspectos paterno-filiais, foi o preconceito existente entre os filhos ilegítimos de plebeus e nobres que causava distinções, destoantes com os preceitos inovadores da época.

No projeto primitivo do Código Civil, o ato de reconhecimento do filho adúltero ou incestuoso não fazia qualquer menção à procedência da paternidade se originada de relação sexual reprovada. Tal disposição estava assim expressa: "No ato do reconhecimento do filho adúltero ou incestuoso, é vedado, sob pena de nulidade, fazer qualquer menção da qual se induza que ele proceda de um concúbito reprovado". (Art. 421). (CRUZ, 2001, p.22)

Ao passar pela comissão revisora, nomeada pelo ministro Epitácio Pessoa, este dispositivo sofreu alteração para substituir as expressões "filhos adúlteros e incestuosos" para filhos espúrios.

Sofreu ainda nova alteração na Câmara, após as quais recebeu a seguinte redação: Art. 358. Os filhos incestuosos e adúlteros não podem ser reconhecidos.

Porém, o art. 363 do mesmo Código veio a permitir ação de investigação de paternidade dos filhos ilegítimos contra os pais ou seus herdeiros que não coubessem nas disposições do art. 183, ns. I a IV, o que vale dizer que o aludido Código não concebeu faculdade aos espúrios para demandar a paternidade, mais precisamente aos filhos de pessoas impedidas de se casarem, pelos impedimentos consignados nos referido artigo. (CRUZ, 2001, p.24)

No caso, a investigação de paternidade, nos termos do referido artigo, só era reconhecida como direito ao filho ilegítimo se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai; se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ele; ou se existir escrito daquele a quem se atribuir a paternidade, reconhecendo-a expressamente, resumido: o reconhecimento da filiação dos ilegítimos só era permitida nos casos de "concubinato,

rapto, relações sexuais e existência de escrito paterno do qual resulte inequivocamente o reconhecimento da filiação paterna” (FONSECA, 1958, p.128).

Então, por disposição civilística brasileira a partir de 01 de janeiro de 1917, quando entrou em vigor o Código Civil estava proibido o reconhecimento da paternidade, ainda que voluntariamente, para os filhos adulterinos e incestuosos. Estes só poderiam intentar ação de investigação de paternidade para fins de alimentos.

Quanto aos direitos sucessórios a norma foi ditada pelo art. 1605, que estabelecia o seguinte: para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos. No parágrafo primeiro veio uma distinção: havendo filho legítimo, ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento.

Em que pese a manutenção de um tratamento desigual pelo Código Civil entre filhos legítimos e ilegítimos, reconhecíveis ou não, algumas leis deixavam transparecer que o caminho que apontava para o futuro passava pela supressão desta distinção, igualando a condição de todos os filhos. Significativa contribuição foi dada pela Lei de Acidentes de Trabalho, decreto Lei 7.036, de 10 de novembro de 1944, que considerava todos os filhos, sem distinção alguma como beneficiários.

Arnoldo Medeiros da Fonseca constatou a proteção às famílias estabelecidas pelas leis sociais, como se infere a seguir:

Nos últimos anos numerosas leis sociais têm procurado proteger as famílias dos trabalhadores na indústria e no comércio sem atender a qualquer distinção entre filhos legítimos e naturais, reconhecidos ou não. Referimo-nos à lei de acidentes no trabalho e às leis referentes a caixas ou institutos de aposentadorias e pensões. (FONSECA, 1958, p.135)

No mesmo sentido foram as leis do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriais e a que organizou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários (Decreto-lei 367, de 31 de dezembro de 1936), bem como a lei do Instituto de aposentadoria e Pensões dos Comerciantes (Decreto-lei 2.122, de 09 de abril de 1940), a do Instituto de Aposentadoria e Pensões da Estiva (Decreto-lei 1.355, de 19 de junho de 1939) e a lei do Montepio dos Militares (Decreto-lei 196, de 22 de janeiro de 1938).

Esta última “admitia como beneficiário o filho de militar desquitado, nascido depois da sentença de desquite, mesmo que fosse considerado adúltero” (CRUZ, 2001, p.26).

Esta última disposição nos remete a um tema muito controverso também nesta época: qual a condição do filho havido do cônjuge desquitado? Natural ou adúltero? As opiniões, diante da inexistência de um posicionamento do legislador, se dividiam em duas vertentes uma liberal e outra conservadora.

Os argumentos dos liberais, como Filadelfo Azevedo, Tito Fulgêncio, Arnaldo Medeiros e Pontes de Miranda entendiam que como o desquite cessava a sociedade conjugal, deixando de existir o dever de fidelidade, sendo assim, o desquitado não estaria cometendo adultério ao relacionar-se sexualmente com outra pessoa. Conseqüentemente os filhos advindos deste relacionamento seriam naturais e não espúrios. Em sentido contrário eram os argumentos conservadores. Ficou clara a receptividade pelo legislador dos argumentos liberalistas no decreto-lei 4.737, de 24 de setembro de 1942, que dispôs em seu art. 1º que: “o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação”.

Como a questão não era esgotada tão rapidamente outras dúvidas surgiram e uma delas foi se o reconhecimento ou a investigação de paternidade seriam possíveis no caso, além do desquite, da morte e da anulação do casamento.

Várias eram as correntes que se formavam acerca deste assunto. Nelson Carneiro, então jurista e político, apresentou à Câmara dos Deputados, em 1947, um anteprojeto de lei, posicionado de forma intermediária entre as diversas correntes, dispondo sobre o reconhecimento dos filhos tidos fora do casamento, após a dissolução deste.

Tal projeto tinha por finalidade ajustar o Dec.- lei 4.737/42, ampliando o entendimento de que não só os filhos adúlteros do desquitado poderiam ter a paternidade reconhecida, como também todos os ilegítimos filhos, qualquer que fosse o término da sociedade conjugal.

Em linhas gerais, a cessação da sociedade conjugal pelo desquite; pela morte da cônjuge virago ou, ainda, pela anulação de casamento ensejaria ao pai desquitado ou viúvo, nos dois primeiros casos, e ao ex-marido, no último caso, reconhecer a paternidade dos filhos adúlteros.(CRUZ, 2001, p.30)

Como exposto eram claras as divergências existentes sobre a conveniência ou não de se permitir a investigação de paternidade ilegítima, bem como a extensão dos seus efeitos.

Fonseca nos apresenta didática exposição dos argumentos que serviam de base aos que tinham posição proibitiva.

A impossibilidade de obter provas diretas da paternidade; o valor relativo de indícios ou conjecturas que, embora graves e concordantes, não proporcionam certeza absoluta; o perigo de testemunhos complacentes ou subornados; o temor de explorações por parte de mulheres perdidas ou imprudentes; um religioso favor para a paz e a tranqüilidade das famílias. (FONSECA, 1958, p.140)

Prossegue enumerando outras razões:

Além disso, invocou-se, a par de outras razões de menor importância: o exemplo do antigo direito francês; a proteção devida ao casamento e à família legítima; os efeitos sociais perniciosos que, sobre a moralidade pública, podia exercer a investigação de paternidade ilegítima, como argumentos para vedá-la, ou restringi-la. (FONSECA, 1958, p.141).

Estes fundamentos acabaram por nortear o legislador, que optou por um reconhecimento livre e espontâneo, acreditando que o valor moral e o senso de dever advindo com a paternidade falaria mais alto naqueles que sabiam e sentiam serem pais.

Rebatendo o posicionamento proibitivo Fonseca (1958) cita a responsabilidade do pai para com os filhos, sob o argumento de que estes não teriam culpa da conduta desregrada de seus pais e de que “aqueles que impõe a outrem uma existência, não a podem abandonar à sua má sorte, aos rigores da miséria e da fome, exonerados pelo direito de qualquer compromisso”. (FONSECA, 1958, p.149).

Continua destacando a falta de razoabilidade ao se imputar os deveres e obrigações somente à mãe, uma vez que o filho é consequência de um ato que envolveu igualmente também o pai. Por fim, destaca, se referindo ao propagado interesse social, que:

Não há nenhum interesse social que se oponha a investigação de paternidade natural.

Sem dúvida que é preciso prestigiar o casamento e proteger a família legítima. Mas isso não pode conduzir ao sacrifício do direito do filho, como já acentuamos.

Na verdade, se o sistema oposto, favorece a imoralidade masculina, por outro contribui pelo desamparo, legalmente autorizado, da mãe e do filho, para aumentar a mortalidade e a criminalidade infantis, os abortos e infanticídios. (FONSECA, 1958, p.150).

Completando sua exposição o autor assevera que o fundamento da ação de investigação de paternidade está no laço de sangue advindo da procriação.

A procriação estabelece entre os pais e os filhos direitos e deveres recíprocos, que a natureza impõe, a moral sanciona e a lei consagra. É um fato jurídico de excepcional importância, do campo do direito de família.

A paternidade, o laço de sangue decorrente da procriação em suma, é que constitui, portanto, o verdadeiro fundamento da ação do filho; donde decorre a necessidade de ficar a *filiação* cumpridamente comprovada. (FONSECA, 1958, p.164).

Depois de muitos debates e emendas, o Congresso da época aprovou a Lei 883, de 21 de outubro de 1949, que tratava do reconhecimento dos filhos ilegítimos¹⁴.

¹⁴ Foram os seguintes os termos da lei:

Art. 1º Dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare filiação.

§ 1º Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.

§ 2º Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos.

Art. 2º Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições.

Art. 3º Na falta de testamento, o cônjuge casado pelo regime de separação de bens terá direito á metade dos deixados pelo outro, se concorrer à sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma desta Lei.

Art. 4º Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo.

Parágrafo único. Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação.

Art. 5º Na hipótese de ação investigatória da paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta, interposto recurso.

Art. 6º Esta Lei não altera os Capítulos II, III e IV do Título V, do Livro I, parte especial do Código Civil (arts. 337 a 367), salvo o Art. 358.

Art. 7º No registro civil, proibida qualquer referência à filiação ilegítima de pessoa a quem interessa, far-se-á remissão a esta Lei.

Art. 8º Aplica-se ao reconhecido o disposto no Art.1723 do Código Civil.

Art. 9º O filho havido fora do casamento e reconhecido pode ser privado da herança nos casos dos arts. 1.595 e 1.744 do Código Civil.

A aprovação da Lei nos termos apresentados não agradou Nelson carneiro. Em muitos pontos representou a manutenção da tradição católica.

Nelson Carneiro confessava que aquela não era a lei que desejaria fazer, mas que, de qualquer sorte, constituía um passo em favor do direito À vida e à educação dos que não pediram para nascer. Acima de tudo, representava a lei nº 883 uma insurreição coletiva contra o rigor injusto e desumano do Cód. Civil. Começava, naquele instante, a tarefa mais alta e mais difícil, do judiciário. A de tornar a lei, por sua melhor aplicação, capaz de atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (GOMES, CARNEIRO, 1958, p.291)

Caio Mário da Silva Pereira, um dos críticos da época, entendia que a Lei 883/49 representava um avanço no tocante ao reconhecimento da paternidade dos filhos adulterinos, porém, ainda discriminava entre o filho originado do casamento e o filho adulterino reconhecido. Tal discriminação podia ser percebida no art. 2º da referida Lei, quando estabelecia que os filhos reconhecidos na forma da lei, para efeitos econômicos, teriam direito, a título de amparo social, à metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado. Este artigo teria sido o resultado de “uma transação havida entre o autor do projeto Nelson Carneiro e o Padre Arruda Câmara (deputado) que não abria mão das expressões “para fins econômicos” e “ a título de amparo social” para aprovação do projeto de lei.” (CRUZ, 2001, p.32)

Em 1977 a Lei 6.515 fez algumas alterações na Lei 883, acrescentando parágrafo único ao art.1º, que garantiu ao filho adulterino a validade do reconhecimento de sua paternidade através de testamento cerrado, ainda que feito durante a constância do casamento e ainda que fosse violado, não sendo revogado, neste último caso, quanto ao reconhecimento de paternidade ali feito.

Deu ainda a referida Lei nova redação ao art. 2º da Lei 883, reconhecendo, em igualdade de condição, o direito à herança, independente da natureza da filiação.

Outra modificação, o acréscimo de parágrafo único ao art. 4º, estabeleceu a desnecessidade da propositura de nova ação de investigação de paternidade para ser reconhecido como filho, se já recebia pensão alimentícia de seu genitor, e só não o fora

Art. 10 São revogados o Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942, e os dispositivos que contrariem a presente Lei.

Art. 11. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

diante da existência de vínculo matrimonial. Assim ficou o dispositivo legal: Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação.

E por último a Lei 6.515 aboliu a expressão “amparo social”, não deixando dúvidas de que os filhos eram todos herdeiros, independente da natureza da filiação.

Em 1984, a Lei 7.250, acrescentou mais um parágrafo ao art. 1º da Lei 883/49 estabelecendo que mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio, poderia ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos. Isto abria então, a possibilidade do filho intentar ação de investigação de paternidade contra suposto pai, decorrido cinco anos de separação fática.

Apesar da contribuição de cada uma das leis citadas para avançar em sentido ao reconhecimento da igualdade entre os filhos, passo fundamental veio em 05 de outubro de 1988, com o advento da promulgação da Constituição Federal, que trouxe consideráveis avanços para o direito de família, sobretudo no tocante à filiação, quando corrigiu definitivamente as desigualdades estabelecidas entre os filhos legítimos e ilegítimos.

Assentada sobre pilastras básicas que a experiência consagrou – nisso revelando-se coerente com as tradições do sistema romanísticos – sufraga, como valores supremos da ordem jurídica, os ideais de dignidade, de igualdade, de liberdade, de segurança, de propriedade, e de justiça, antepondo-os como inerentes à natureza humana, ao Estado, ao legislador e ao intérprete (tanto doutrinário quanto judicial). (BITTAR e BITTAR FILHO, 2003, p.17)

Neste momento histórico já estão delineados os direitos da personalidade como fruto de uma longa evolução histórica que, consoante Bittar e Bittar Filho (2003) recebeu considerável contribuição do cristianismo, que assentou a idéia de dignidade do homem; da Escola do Direito Natural, pela fixação da noção de direito inatos à pessoa, como elementos indissociáveis de sua estruturação, e dos pensadores do Iluminismo, que passaram a valorizar a pessoa humana diante do poder.

As “Declarações de Direitos” consagraram, em nível internacional, os direitos fundamentais da pessoa e do cidadão perante o Estado, sobrevivendo também a

inclusão em Constituições, a partir da norte-americana e, depois, da francesa, no século XVIII. Entrementes, com a chamada “Escola Histórica”, chegou-se a negar a existência desses direitos, em posições de extremado positivismo. Contudo, de um modo geral, prevalecia o reconhecimento desses direitos, inclusive no plano privado, embora mais sob o aspecto do relacionamento com o Estado tenha florescido essa temática. (BITTAR e BITTAR FILHO, 2003, p.50).

A Constituição Brasileira consagrou princípios gerais de Direito Internacional, recepcionados em 1789 na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e também princípios advindos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, emanada da Organização das Nações Unidas em 1948. Foi inserido no preâmbulo constitucional princípios balizadores da ordem jurídica, com reflexo, sobretudo na ordem privada. Isto se traduziu na garantia aos brasileiros de direitos fundamentais.

Abandona-se, dessa forma, o neutralismo do estado antes chamado “de Direito” pela noção de “Estado de justiça”, impregnado de valores que lhe cabem defender e perseguir, estes, aliás, declarados solenemente no preâmbulo de nossa Carta e em seus textos iniciais, e que representam os valores mais elevados da própria natureza humana. Anteposto ao Estado, a seus dirigentes, a órgãos públicos, a juízes e a intérpretes tiram nosso país do abstracionismo de uma ordem formal para o concretismo de um sistema jurídico em que a defesa de componentes naturais do homem é o valor maior do próprio Estado e a sua razão de existir. (BITTAR e BITTAR FILHO, 2003, p.19)

Coerentemente, no art. 227, parágrafo 6º, acabou com a legalidade de qualquer lei discriminatória neste sentido ao estabelecer que “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Na vigência do direito anterior, especialmente à Constituição Federal de 1988, existia ainda forte discriminação contra os filhos havidos fora do casamento, sendo admissível até mesmo a odiosa prática de designação discriminatória relativa à filiação. Com o advento da Carta magna de 1988, proibiu-se qualquer tipo de tratamento discriminatório, passando os filhos, havidos ou não da relação de casamento, por adoção, de relação incestuosa ou extraconjugal, a ter os mesmos direitos e qualificações, como se vê no parágrafo 6º do artigo 227 do Constituição Federal. Portanto, todos os filhos são legítimos, proibindo a lei qualquer referência à natureza da filiação no registro de nascimento. (CARVALHO NETO, MUNIZ, 1998, P.26)

No mesmo sentido é a constatação de Rodrigo da Cunha Pereira.

A tendência mais moderna do Direito de Família ocidental é abolir a distinção e, conseqüentemente, a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos. Foi o que fez o ordenamento jurídico brasileiro quando, no § 6º do art. 227 da Constituição Federal, proibiu qualquer discriminação aos filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção. É claro que filhos adúlteros e incestuosos não deixaram de existir. Enquanto houver desejo, haverá relações sexuais extraconjugais e elas sempre existirão. Assim, a designação de filhos ilegítimos no Brasil, após a Constituição Federal de 1988, não tem mais lugar, e com isso foram revogados ou derogados vários dispositivos do Código Civil brasileiro de 1916, seguindo uma tendência geral dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental. (PEREIRA, Rodrigo, 2003, p. 134).

“É inegável o grande salto dado na legislação pertinente à filiação, pois se rompeu de vez com as concepções retrógradas, extirpando-se a velha predileção por esta ou aquela filiação”. (CRUZ, 2001, p.77)

Para que não restasse qualquer dúvida quanto a isto, ainda que desnecessário fosse, foi aprovada em 17 de outubro de 1989 a Lei 7.841, que revogou expressamente o art. 358¹⁵ do Código Civil que impedia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlteros.

Sobre a matéria o STJ manifestou sua interpretação sobre o texto constitucional entendendo que ele “havia dirimido toda a questão discriminatória sobre filiação, pois os preceitos constitucionais vigentes mereciam exegese liberal e construtiva, repudiando discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica”. (CRUZ, 2001, p.36)

Posteriormente, já em acordo com todos os novos princípios constitucionais vigentes, sobretudo o da dignidade humana, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, estatui os direitos da criança e do adolescente, voltado para o princípio da dignidade humana e o da paternidade responsável.

A criança e o adolescente passaram a gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral descrita na lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (CRUZ, 2001, p.37)

¹⁵ Art. 358 Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

Neste estatuto foi reconhecido como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível o reconhecimento do estado de filiação, podendo ser exercitado contra o suposto pai ou seus herdeiros, o que deixa mais uma vez claro o posicionamento dos legisladores de reafirmar a igualdade da filiação, quando se trata do reconhecimento.

Em 29 de dezembro de 1992 a Lei 8.560 vem regular, especificamente, a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Logo em seu primeiro artigo estabelece como irrevogável o reconhecimento da paternidade e as várias formas de fazê-lo, seja no registro de nascimento, por escritura pública, ou escrito particular, por testamento, ou manifestação direta perante o juiz.

Temos aqui uma novidade: o reconhecimento voluntário feito por escrito particular ou manifestado perante o juiz passa a ser efetivo e bastante ato para o reconhecimento da paternidade. Antes desta lei a norma era ditada pelo art. 363 do Código Civil que estabelecia que “os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art.183, ns. I a IV tem ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: (...) III – Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente”. Ou seja, o reconhecimento era apenas uma das provas a serem utilizadas em uma eventual ação de investigação de paternidade.

No que se refere a escrito particular, a Suprema Corte brasileira, por sua primeira Turma, em recurso Extraordinário 93.493-6, v.un., em 14.08.1981, rel. Min. Clóvis Ramallete, tinha o seguinte entendimento: ‘Dá direito de ação, para a investigação de paternidade, a exibição em Juízo do escrito particular que a reconheça, produzindo por aquele a quem se atribui a paternidade (CC, art. 363, III); mas não constitui ainda o reconhecimento voluntário da paternidade ilegítima, cuja eficácia depende de escritura pública, registro civil ou testamento (CC, art. 357) (...)’ . (CRUZ, 2001, p.39)

Durante quase um século, concomitantemente a todas estas leis, coube ao Código de 1916 a regência da vida social.

O Código então vigente, que em um momento inicial apresentou-se como moderno e inovador, com as transformações do homem e da sociedade e da impossibilidade de se prever a diversificação das relações tornou-se obsoleto, e acabou demandando uma reformulação, que desembocou no Código Civil de 2002.

Isto quer dizer que os institutos jurídicos, da forma como estavam postos, tornaram-se inadequados ao tempo vivido, tornando inevitável a ruptura e transformação, que ocorrem através da superação de um paradigma e sua substituição por outro.

A análise histórica do reconhecimento da paternidade permite concluir que:

O reconhecimento de filiação, precípuamente o compulsório, é a resultante de duas idéias –força, que às vezes se emparelham, mas não raro se antagonizam, de tal sorte que, obedecendo o Direito ao sentido social, e acompanhando a idéia preponderante, historicamente ora o facilita ora o dificulta, hoje restringe, para amanhã estender os seus efeitos. As idéias-força que atuam orientando o legislador são a proteção devida à família legalmente constituída, de um lado; e a que tem de ser oferecida aos filhos havidos fora do matrimônio, de outro lado, esta última em crescimento constante. (PEREIRA, Caio Mário, 2006, p.03)

Oportuno trazer à luz a opinião de César Fiúza, para quem o problema apresentado pelo Código de 1916, foi ter sido elaborado sob o paradigma do Estado Liberal. Quando entrou em vigor o paradigma já era outro, o do Estado social. Com o mesmo raciocínio, chega ao código de 2002: pensado sob o paradigma do Estado social e vigente sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Vive-se hoje no Brasil os alvares do Estado Democrático de Direito. Este é o momento da conscientização desse novo paradigma. Só agora assumem a devida importância os princípios e os valores constitucionais por que se deve pautar todo o sistema jurídico. Constitucionalização ou publicização do Direito Civil entram na temática do dia. O Código Civil não seria mais o centro do ordenamento civil. Seu lugar ocupa a Constituição, seus princípios e valores. Diz-se que os pilares de sustentação do Direito Civil, família, propriedade e autonomia da vontade, deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômica. Este pilar está, por sua vez, enraizado na Constituição (FIÚZA, 2003, p.29).

Em que pese a proposta de modificação e atualização, problemas específicos, como os decorrentes das novas técnicas de investigação de paternidade, precisamente o DNA, e seus reflexos, não poderiam ser previstos pelo Código de 2002, que teve o início dos debates para reforma em 1960, com vistas aos desafios daquela época, bem diferentes dos atuais. Posteriormente o que se verificou foi uma tentativa de adaptá-lo a Constituição de 1988.

Desde as transformações ocorridas com a passagem do Estado liberal para o Estado social, resultando em uma nova ordem econômica, o sistema jurídico civil apresentado nos moldes clássicos não mais atendia aos anseios sociais. Isto fez com que o Direito Civil deixasse de ser o centro da ordem jurídica e que viesse para esta posição a Constituição, que passou então, a apresentar princípios e regras norteadores de todas as demais relações existentes entre os indivíduos de determinada sociedade.

Áreas do direito privado, como o direito de família, passaram a ser regulamentada pela Constituição. Acrescente-se a este fenômeno a descodificação do Direito Civil, fenômeno que fragmentou a matéria civil, fazendo surgir leis extravagantes que passaram a regular a matéria.

Essas normas de especialização, cujo conteúdo, embora, seja típico de direito civil, deixando, contudo, de serem reguladas pelo código civil, se subordinam aos princípios programáticos emanados da Constituição. Esse fenômeno consiste em outorgar ao operador do direito, o poder de aplicar, diretamente, os princípios e os valores inseridos nas normas constitucionais não somente nas relações entre o Estado e o indivíduo, mas, também, nas relações entre indivíduos particulares, no âmbito de seus interesse particulares. Deste modo, o Código Civil deverá ser lido sob a ótica dos grandes princípios constitucionais. Nesta nova ótica, o direito civil não se contém somente na regulamentação dos valores patrimoniais individuais em si, mas se expande, estendendo seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais e de justiça social. (SZANIAWSKI, 2005, P.56)

Em 2002, então, o Direito Civil adquire novos contornos, mais adequados aos novos preceitos constitucionais, passando a ter como pilar principal o homem, sendo assim, a busca de meios para garantir o desenvolvimento, em todos seus aspectos, e a dignidade humana passaram a ser a tônica do Direito Civil.

A ordem jurídica deve ser entendida como um todo, onde, dentro de uma hierarquia de valores, tenha um local primacial a noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável *dignidade*. O ser humano é o primeiro e principal destinatário da ordem jurídica e, através da teoria da *repersonalização* do direito civil, o direito se revela um sistema ético, tendo como centro o ser humano, como primeiro de seus valores, repousando os fundamentos do ordenamento jurídico dentro da noção de dignidade do ser humano. (SZANIAWSKI, 2005, P.58)

O Estado Democrático de Direito acabou por incorporar os direitos fundamentais das pessoas, tendo como norteadores os valores apresentados pela Constituição de 1988.

Isto conduziu a um diálogo entre Código Civil e Constituição o que acabou por revelar o fenômeno denominado Direito Civil-Constitucional, a ser mais bem debatido em capítulo posterior deste trabalho. O Direito neste momento visa realizar valores subjetivos dos indivíduos, vez que são titulares de direitos existenciais, próprios da condição de ser humano.

5 OS DIREITOS DO MENOR INVESTIGANTE, NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, QUANDO O SUPOSTO PAI É GÊMEO UNIVITELINO.

A realidade social da família brasileira sempre apresentou uma pluralidade incapaz de ser captada pelo Direito. Não há dúvidas de que famílias monoparentais, relacionamentos homoafetivos, uniões sem matrimônio, sempre existiram, apesar de o Direito, até o advento da Constituição de 1988, só reconhecer as uniões decorrentes do casamento.

No decorrer do século XX foi possível observar que o modelo de codificação adotado apresentou falhas, ou demonstrou-se insuficiente, sobretudo para trabalhar questões interpessoais. O próprio direito positivo, como medida para contornar estas falhas caminhou para as legislações extravagantes e os estatutos específicos, chegando à regulamentação constitucional de alguns institutos como a família.

Durante o século XX pressão social forçou o inter-relacionamento na questão familiar, entre público e privado, levando ao deslocamento da principal questão do espaço privado, o patrimonialismo, para um núcleo de desenvolvimento pessoal.

A Constituição de 88 introduziu uma nova ordem jurídica familiar, estabeleceu um novo paradigma calcado nos laços familiares, na preocupação com o desenvolvimento do indivíduo, sua realização no âmbito familiar e, sobretudo, na solidariedade e na preservação da dignidade dos componentes desta comunidade chamada família.

Em que pese a ocorrência da releitura da instituição família, a identificação de uma nova função, associada a um núcleo de comunhão de vida e afeto, propício a realização plena do indivíduo, freqüentemente se depara com conflito de interesses nas famílias brasileiras.

Na seara familiar o caso em estudo identifica uma destas situações.

No capítulo anterior foi feita uma análise do caso sob o prisma dos direitos dos investigados. Neste, a proposta de análise alcança o outro lado envolvido: os direitos do menor investigante.

A situação de conflito e tensão social provocada pela distância entre a realidade e o direito positivado é evitada na medida em que o Direito é trabalhado não como um dado positivado através de uma norma jurídica, mas na medida em que é construído dia após dia, quando se admite que há espaços não envolvidos pelo Direito e que demandam nova produção jurídica.

O ponto de partida para encontrar solução para o caso em estudo está na Constituição Brasileira, uma vez que, como anteriormente informado, estabeleceu um novo paradigma para o Direito de Família.

Os argumentos jurídicos não se apóiam em um único pilar, mas em específicos e diversos pontos, que são princípios constitucionais.

O primeiro deles, com considerável força dogmática, é o princípio da supremacia da Constituição. Esta é ordem que vincula o Estado, com todos os seus poderes, e os particulares, nos termos das relações entre eles estabelecidas, estando as normas constitucionais, inclusive as de direitos fundamentais, aptas a incidirem sobre as relações que firmarem entre si os particulares, independente da existência de normas infra-constitucionais reguladoras daquela temática.

O segundo refere-se ao princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais. Nossa Constituição traz no § 1º do art. 5º a determinação que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Logo, por esse dispositivo os poderes públicos devem aplicá-lo com a maior eficácia possível. O legislador constituinte assegurou como categoria especial os direitos fundamentais capazes de normatizar não só as relações entre Estado e indivíduos, mas entre os particulares, uma vez que um indivíduo é potencial violador de direitos fundamentais de outro.

Dentre eles inegável importância tem o princípio da dignidade humana, sendo um dos pilares do estudo dos direitos do menor investigantes no caso da investigação de paternidade quando o pai tem um irmão gêmeo univitelino e esta alegação aparece como impeditiva ao reconhecimento da paternidade, motivo pelo qual será dado destaque a este princípio nos tópicos seguintes.

Há ainda o princípio do melhor interesse da criança e a existência do direito ao pai como um direito fundamental, detalhadamente expostos a seguir.

5.1 O Direito ao pai como um Direito Fundamental

Quando se fala de direitos fundamentais se deve ter em mente que os bens que recebem esta atribuição são extremamente valiosos. São bens essenciais e indispensáveis, para possibilitar a realização do ser humano, através da garantia de uma existência digna, portanto merecedores de especial proteção estatal.

Num estado Constitucional de Direito, democraticamente legitimado, é precisamente a anexação de uma cláusula pétrea a uma dado direito subjetivo o que melhor certifica a sua fundamentalidade, porque é assim, ao declará-lo intocável e pondo-o a salvo inclusive de ocasionais maiorias parlamentares, que o poder constituinte originário o reconhece como um bem sem o qual não é possível viver em hipótese alguma. (MARTINS NETO. 2003, p.88)

Os direitos fundamentais têm origem no interesse de coibir abusos, ou estabelecer limites para atuação de um Estado absolutista. Trata-se de assegurar liberdades em face do Estado ainda que a ele fossem subordinados os indivíduos. Neste contexto se está referindo aos direitos fundamentais de primeira geração, direitos projetados como liberdades públicas, exercidas perante o Estado. Representavam mais especificamente, liberdades-negativas, vez que eram reservados aos particulares espaços nos quais era vedada a intervenção estatal. No entanto, entre os particulares havia igualdade formal. Estes núcleos privilegiados de liberdade eram a propriedade, o contrato e a família.

Emoldurado sob tais limitações, o ambiente histórico em que essas noções se desenvolvem se completou pela separação entre duas especialidades bem definidas: o público e o privado.(FACCHIN, RUZYK, 2006, p.90).

O Direito Civil como conjunto de regras disciplinadoras das relações jurídicas dos indivíduos de natureza privada, pode ser visto como um dos grandes pilares do Direito. É o direito que regulará fatos pertinentes à vida das pessoas, sua existência, patrimônio, família e atividades. Como tal possui trajetória milenar, alterada em cada fase da evolução social, conforme as modificações econômicas, culturais, históricas que se impunham.

Significativa mudança de trajetória foi ocasionada pela Revolução Industrial, sob a influência do liberalismo, que apresentava não apenas novos fundamentos econômicos, mas também políticos, jurídicos e sociológicos. O novo pensamento apresentava o homem como ser supremo, com direitos naturais, inerentes a ele. Este pensamento deu origem a uma nova teoria jurídica assentada sobre os seguintes dogmas:

- 1º) oposição entre o indivíduo e o Estado, que era um mal necessário, devendo ser reduzido;
- 2º) princípio moral da autonomia da vontade: a vontade é o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações etc;
- 3º) princípio da liberdade econômica;
- 4º) concepção formalista de liberdade e igualdade, ou seja, a preocupação era a de que a liberdade e a igualdade estivessem, genericamente, garantidas em lei. Não importava muito garantir que elas se efetivassem na prática. (FIUZA, 2003, p.25).

Esta mesma revolução ainda produziu reflexos no direito de família, uma vez que trouxe a família do campo para os centros urbanos, levou a mulher para o mercado de trabalho, reduziu o espaço de convivência familiar, mudando o perfil familiar.

Como regulador da vida privada outro não é o papel do Código Civil senão adequar-se à nova realidade e como em um ciclo vital fazer com que a sociedade a ele novamente se conforme.

Quando o Código Civil de 1916 entrou em vigor tinha como elemento característico o individualismo, reflexo do pensamento dominante pelas elites européias no século XIX, inspiradas pelo liberalismo. A liberdade para adquirir deveria ser destaque uma vez que a capacidade para adquirir propriedades é o que garantiria ao indivíduo a condição de sujeito de direitos. Desta forma, o Código Civil estruturou-se sobre a propriedade e o contrato.

Ter as relações jurídicas normatizadas em um único instrumento, o Código, era fator de segurança social.

O código Civil, como expressão normativa da Escola da Exegese, movimento inspirado pelo racionalismo, cujas origens romano-medievais foram retomadas e reelaboradas nos séculos XVIII e XIX, pretendia ser o corpo jurídico único e exclusivo das relações patrimoniais, em conformidade, portanto, com alguns postulados. Em primeiro lugar, a exclusividade normativa era elemento de segurança social. O Código Civil de 1916 cuidava das relações patrimoniais

por excelência, levadas a cabo por seus quatro conhecidos protagonistas: o contratante, o marido, o proprietário e o testador. Regulamentava as relações patrimoniais e desconsiderava as peculiaridades e demandas dos sujeitos que não podiam ser titulares de direitos patrimoniais, como a mulher, por exemplo - e não é por outra razão que o direito de família assegurava ao marido a chefia da sociedade conjugal. (TEPEDINO, 2003, p.116)

A segurança desejada estava no fato das regras serem todas conhecidas, reunidas em um instrumento, norma exclusiva, que tinha a pretensão de esgotar as situações conflitivas hipotéticas possíveis e em saber que na eventual ocorrência de uma delas o juiz decidiria com base naquela lei. Para isso o texto legal deveria ser claro e sistematizado.

Os fatos sociais deveriam ser regulamentados pelo legislador "de maneira que o direito posto pelo Estado seja o mais fiel possível a eles, independentemente de quaisquer valores de ordem moral". (FIÚZA, 2003, p.40)

Extrapolando o Código havia ampla liberdade aos contratantes como meio assecuratório da autonomia da vontade, expressão máxima do liberalismo. Esta liberdade com relação ao contrato e à propriedade, campo do Direito Privado tornava ainda mais evidente a segregação com o Direito Público que tinha para si reservado prover as garantias do cidadão face ao Estado.

A ideologia individualista, levada a cabo por tanto anos, acabou por favorecer o surgimento de uma classe de miseráveis e por estabelecer uma desigualdade social, prejudicial ao próprio mercado capitalista. Consolida-se neste momento o Estado Social.

O desenvolvimento da idéia de direitos fundamentais rompe com as concepções originárias, revelando as expectativas sociais conforme o momento histórico, fazendo surgir como elemento nuclear dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana. Isto altera a divisão radical entre público e privado.

No Brasil, a partir da década de 30, o Estado passa a intervir mais na economia, resultando no dirigismo contratual. Conseqüentemente o Direito Civil, que era o norteador das relações privadas, amparado por ampla liberdade contratual, passou também a sofrer intensa intervenção estatal.

Para atingir a meta social almejada o legislador necessita ir além de simplesmente, nas palavras de Tepedino (2003), estabelecer as "regras do jogo".

Torna-se imprescindível definir metas econômicas e estabelecer de forma clara objetivos sociais a serem alcançados com as políticas públicas.

Começam a surgir, então, diversas leis especiais, regulatórias de setores específicos, que deixam transparecer o novo postulado imperativo da ordem jurídica: “a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais a valores não-patrimoniais atinentes à pessoa humana e à sua personalidade”. O Código Civil começa a perder sua posição central, no intento do Estado social atingir seus objetivos.

Essas normas de especialização, cujo conteúdo, embora, seja típico de direito civil, deixando, contudo, de serem reguladas pelo código civil, se subordinam aos princípios programáticos emanados da Constituição. Esse fenômeno consiste em outorgar ao operador do direito, o poder de aplicar, diretamente, os princípios e os valores inseridos nas normas constitucionais não somente nas relações entre o Estado e o indivíduo, mas, também, nas relações entre indivíduos particulares, no âmbito de seus interesse particulares. Deste modo, o Código Civil deverá ser lido sob a ótica dos grandes princípios constitucionais. Nesta nova ótica, o direito civil não se contém somente na regulamentação dos valores patrimoniais individuais em si, mas se expande, estendendo seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais e de justiça social. (SZANIAWSKI, 2005, P.56)

Fique claro que o legislador constituinte não se opunha à iniciativa privada, porém, queria impedir que ela se desenvolvesse de modo a prejudicar a dignidade humana, protegida, em última instância pela justiça social. Um dos âmbitos de proteção foi a família, espaço privado onde a dignidade humana sofria constantes violações.

Até a década de 80, o legislador tinha a pretensão de regular objetivamente todas as relações privadas, no intuito de assegurar segurança jurídica. Nesta fase, alguns pensadores jurídicos já haviam abandonado a idéia da codificação, reconhecendo a impossibilidade de um sistema jurídico que garantisse segurança absoluta, acreditando que o Código deveria ser apenas o centro deste sistema.

Com a imposição do paradigma do Estado Social a pretensa harmonia da legislação civil foi quebrada, causando uma crise na sistematização vigente, uma vez que o Código passou a ser lido sob a perspectiva de um novo paradigma, ensejando interpretações diversas pela doutrina e jurisprudência, reconhecendo no homem valores supremos, a serem protegidos pelo Estado.

E é este homem do direito atual que relê o que efetivamente restou de perene, após o desmoronamento de uma secular estrutura de dogmas, afastando de si a segurança da fossilização e da estagnação de conceitos e de normas para admitir a abertura de castelos – ou de prisões – em prol da atenção às transformações geradoras da crise, em favor da verificação dos valores da vida e dos anseios do homem de hoje, este ser de incansável movimento e de infinitos sonhos. Sua vivacidade, sua inteligência ímpar, sua aguda percepção dos fenômenos, sua supremacia na escala biológica, tudo isso que o colocou *em pé*, uma primeira vez, prossegue agigantando-se em seu espírito, não lhe conferindo paz, serenidade ou repouso, mas, antes, incitando-o eternamente a caminhar além, a esmiuçar segredos e a constranger costumes ancestrais. (HIRONAKA, 2003, p.104).

A nova sistemática apresentou também microssistemas, em torno do Código Civil, autônomos e inspirados em princípios tanto de Direito Privado quanto Público.

Assim, se poderia pensar que no centro não estaria o Código Civil, mas sim a Constituição, irradiando princípios e valores fundamentais para o microssistema surgido. Neste sentido a opinião de César Fiúza.

A assertiva não deixa de ser correta, se levarmos em conta o sistema jurídico como um todo. No entanto, enfocando apenas o sistema juscivilístico, seria um pouco exagerada a afirmação, posto que se entende que é na Constituição que se deve inspirar o intérprete, em última instância. Na verdade, o Código Civil ocupa o centro do sistema civilístico, mas deve, por sua vez, ser lido à luz da Constituição. (FIÚZA, 2003, p.31)

Opinião diversa é a de Lorenzetti, cuja tese, descrita por Fiúza, é a seguir exposta:

As análises dedicadas à descodificação do Direito Privado se concentram na descrição das rachaduras da ordem axiomática fundada no Código, o surgimento de leis especiais, o aparecimento de falhas na estrutura hierárquica das normas, de antinomias e incoerências. Conclui-se que o sistema parece esfacelar em microssistemas.

Outros autores referem que há um processo de descodificação e de recodificação civil, dentro dos limites do Código.

Para nós, o tema é distinto. O código, como tal vai se ampliando, ao dar guarida a novos problemas e microssistemas; suas normas internas vão se distendendo mediante a interpretação, até um ponto culminante que termina por transformá-las. Se examinarmos o caminho percorrido desde a interpretação das cláusulas contratuais, que previu o Código Civil, até o que é hoje a qualificação das cláusulas abusivas, teremos uma idéia de que o resultado final nos coloca em outro estágio, porquanto ocorre uma ampliação nas fronteiras do Código concebido como lei estatal.

(...) Nesta primeira etapa descodificadora, os lugares de instabilidade se multiplicam, conferindo uma aparência de desordem insuperável; a desordem é produto da complexidade e a diferenciação é necessária para crescer.

Os microssistemas se comportam como “estruturas dissipativas” e se convertem em fontes de uma nova ordem. Diz Prigogine que ‘a dissipação se encontra na origem do que podemos acertadamente denominar novos estágios da matéria’. Mediante este processo, cria-se um novo sistema.

A teoria das catástrofes considera que se produz um ponto de superação, que obriga a saltar a um estágio distinto, mediante novas estruturas adaptativas.

(...)

a idéia de superioridade no mundo atual é a de sistema de normas fundamentais, que se encontram nas ‘fontes superiores’: Constituições, tratados, princípios, valores. Não se trata de retornar a um ordenamento fundado em um centro. A evolução de astronomia, desde Ptolomeu a Copérnico, e a situação atual demonstram a superação do paradigma do centro: o etnocentrismo, o antropocentrismo, a idéia ptolomaica revelam um modo de ver baseado em um ponto. O processo codificatório acabou por algo sofrer dessa influência.

Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos.

Trata-se de uma mudança nos axiomas. Os elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles a partir dos quais se inicia a lógica da inferência no juízo decisório, se encontravam no Código. Agora, percebe-se que estão no Código, na Constituição, nos tratados, no costume, que são as fontes onde encontramos as normas fundamentais. (LORENZETTI, *apud* FIÚZA, 2003, p.31)

Conclui-se então, que toda norma deve ser interpretada conforme os preceitos constitucionais, mais preocupados, agora, com os valores do ser humano.

Quando se fala de direitos fundamentais não se pode perder de vista a superioridade das normas constitucionais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, vez que é ela que o alicerça. Esta supremacia é própria deste tipo de norma que estrutura a convivência em sociedade. “A supremacia de Constituição nos remete à conscientização de que somos destinatários de normas de direitos fundamentais invioláveis e irrenunciáveis”. (FABRIZ, 2003, p.182).

A ordem constitucional deve representar um caminho seguro pelo qual possam conduzir-se os indivíduos no âmbito de suas relações políticas, jurídicas e sociais. Ao recorrerem a este documento fundamental, que garante proteção aos seus direitos e liberdades fundamentais, os indivíduos tomam a posição de participantes de uma determinada ordem. Assim, integram-se a esta ordem em sua totalidade, ordem esta fruto de um consenso surgido a partir de pressupostos históricos, reveladora de uma ordem democrática. Isto faz com que seja compreendida como legítima, uma vez que garante direitos que dão proteção, com o propósito último de uma vida mais satisfatória. Como ordem jurídica fundamental a Constituição “não deve chegar à pretensão da

completude regulatória de todas as possibilidades da realidade concreta, deve passar antes pelo aspecto da incompletude do próprio texto”. (FABRIZ, 2003, p.178).

A Constituição deve traçar as linhas mestras daquilo que é realmente importante. O detalhamento além dos outros elementos que devam ser trazidos também à ordem jurídica o serão através do restante do ordenamento jurídico.

A necessidade urgente de regular os dilemas criados pelos avanços científicos, com todos os desdobramentos políticos-éticos-sociais que eles suscitam, encontrou um legislador sem o preparo necessário para oferecer respostas claras, simples e rápidas – e nem poderia ser diferente. A elaboração de uma ordem jurídica que regule fatos sociais novos implica a definição, *a priori*, de grandes linhas, ou princípios, que possam servir de parâmetro e referência para a sua normatização. Esses princípios que deverão a elaboração da legislação específica do setor, são, obrigatoriamente, consequência do debate na sociedade acerca das opções morais e éticas formuladas e aceitas pela cultura social na qual eles virão a incidir, sob a forma de normas jurídicas. (MORAES, 2006, p.134).

A função constitucional na vida social será cumprida na medida em que as exigências da coletividade encontrem lastro na exigência das normas constitucionais. Caso não haja, se depara com uma realidade inconstitucional, que separa realidade e texto constitucional, que deve ser combatida.

“O conjunto da constituição deve ser levado em consideração, na aplicação de um determinado preceito, pondo em relevo o complexo normativo, que é dotado tanto de regras quanto de princípios. Estes últimos, exprimindo os valores políticos e ideológicos informadores do espírito constitucional.

[...]

A constituição, hoje, deve ser estudada como um sistema aberto de regras e princípios, como instância informadora de direitos e garantias fundamentais contextualizados no paradigma do Estado democrático de direito; como compromisso fundamental político-social; como cartografia das práticas comunicativas socialmente realizáveis”. (FABRIZ, 2003, p.181).

Para permitir que o citado sistema aberto de regras e princípios consiga alcançar sua finalidade de proteção de direitos e garantias ele deve ser interpretado tendo como parâmetro o Estado Democrático de Direito. Para melhor elucidar, Fabriz afirma que:

... no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do judiciário que tome decisões que, ao trabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença na legalidade, entendida como

segurança jurídica, como certeza do direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. (FABRIZ, 2003, p.184)

Ao se falar dos direitos fundamentais é importante distingui-los dos direitos humanos, uma vez que estes dois termos são, não raras vezes, utilizados indistintamente.

O critério utilizado para estabelecer esta diferenciação está relacionado com o âmbito de posituação destes direitos.

Assim, enquanto os direitos humanos correspondem aos direitos naturais positivados na esfera do direito internacional, os direitos fundamentais representam os direitos humanos já reconhecidos e garantidos pelo direito positivo interno de um Estado, tratando-se de direitos delimitados espacial e temporalmente que assumem o caráter fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito. (LUNÓ, *apud* PEREIRA, Sumaya, 2007, p.26).

Os direitos fundamentais previstos pela Constituição têm aplicação imediata, conforme expressa determinação constitucional no art. 5º, § 1º.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a compreensão dos direitos fundamentais extrapola este aspecto formal. Nossa Constituição os integra dentro de um sistema aberto que nos permite incluir na sistemática de análise outros direitos fundamentais ali não inseridos expressamente. No § 2º do art. 5º a Constituição reconhece a existência de outros direitos fundamentais inseridos não só na Constituição, mas também em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O conteúdo dos direitos fundamentais relaciona-se intimamente com os fundamentos dos direitos humanos, mas sua análise deve levar em conta o fato de que a posição das pessoas em determinada sociedade está intimamente relacionada com o sistema de valores incorporado pela Constituição, relacionados, em última instância, com o fundamento moral dos direitos humanos.

A fundamentalidade material dos direitos fundamentais deve ser encontrada a partir da vinculação de seu conteúdo ao núcleo axiológico do sistema no qual se insere, isto é, o conteúdo dos direitos fundamentais – estejam eles expressos ou não no texto da Constituição, dentro ou fora do catálogo principal – não pode ser compreendido de forma desvinculada do núcleo básico de

valores sobre o qual se assenta a ordem constitucional. (PEREIRA, Sumaya, 2007, p.26).

Em sua concepção originária os direitos fundamentais se afastaram um pouco dos fundamentos éticos e morais. Apresentam-se como direitos autônomos dos indivíduos frente ao Estado.

Na atualidade os direitos fundamentais deixaram de ser compreendidos como direitos subjetivos oponíveis contra o Estado assumindo uma ordem valorativa, com reflexos em todo o ordenamento jurídico e forçando a interpretação e aplicação das normas de forma coerente com os valores fundamentais.

Isto só foi possível com a conscientização de que a configuração dos direitos como delineada no Estado Liberal havia sido superada pelo novo paradigma do Estado Social.

Um dos pontos mais vulneráveis estava na afirmação de que a relação entre particulares dava-se como relação entre iguais, deixando-os livre para se autodeterminarem. Ficou claro então, que os direitos fundamentais necessitavam ser protegidos não só contra o Estado mas também contra particulares, uma vez que os desequilíbrios econômicos e sociais chegavam até mesmo a anular para uma das partes o princípio da autonomia da vontade.

O homem, não mais como indivíduo abstrato passa a ser o eixo central do sistema de proteção dos direitos fundamentais e exige do Estado nova postura que o faz intervir mais ativamente nas ordenações das relações sociais como promotor dos direitos fundamentais.

Dada a complexidade das relações que se desenvolvem no campo do Direito Privado, próprias da evolução natural da sociedade, nem sempre as normas disponíveis mostram-se capazes de assegurar os direitos fundamentais. No entanto, é papel do Judiciário garanti-los efetivamente em cada caso apresentado.

No âmbito familiar, mostra-se mais delicada a situação, pela complexidade que envolve conflitos íntimos que, de forma grave e cruel, muitas vezes velada, viola direitos fundamentais. Quando aquele que se sente lesado reclama a intervenção estatal para assegurar o que lhe é de direito impõem-se ao juiz encontrar a medida correta para proteger os direitos fundamentais das partes envolvidas. A questão então, é saber

como buscar maior efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas, especificamente, nas familiares, no caso acerca de investigação de paternidade em que são investigados gêmeos univitelinos.

Os direitos fundamentais, fenômeno essencialmente moderno, não são taxativos e, ao longo da história, tiveram seu rol modificado, o que pode ser visto como algo natural, se considerarmos que são elementos intrínsecos ao ser humano e este tem suas necessidades alteradas ao longo do tempo, conforme a evolução histórica, cultural, social e econômica de cada sociedade.

Ao longo de sua afirmação histórica e jurídica na modernidade, os direitos progressivamente, ampliaram-se. Na modernidade, há três fases (i) a da *positivação*; (ii) a da *generalização*, materializada com o advento do Estado social de Direito (lembre-se que inicialmente o Estado Liberal de Direito não incorporava os interesses da maioria da população e os direitos civis e políticos eram direitos das classes proprietárias); e, por fim, (iii) na segunda metade do século XX, há o processo de *internacionalização* dos direitos fundamentais. É a atual fase de seu devenir histórico, inaugurada com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 1948. (MARTÍNEZ *apud* STEINMETZ, 2004, p.93).

Com o número progressivo dos direitos fundamentais foram atribuídas a eles funções diversas: como direitos de defesa, para impedir as arbitrariedades do Estado que violassem ou eliminassem as liberdades dos indivíduos e a representada pela garantia dos direitos fundamentais sociais, pelo direito a institutos do Direito Privado, como família, em que pese a normatização dada a estes institutos pela legislação infra-constitucional.

Com isto apresenta-se um novo modelo de Constituição, com normas que não se limitam mais ao poder político, mas que apresentam princípios elementares para toda a comunidade.

A Constituição Brasileira de 1988 apresentou princípios aplicáveis ao Direito de família até então inexistentes na ordem jurídica brasileira, como a proteção da família, proteção a paternidade, a maternidade, a infância e adolescência e igualdade dos filhos. Este giro deixou transparecer uma nova postura do Estado, mais preocupado com as relações familiares e os indivíduos que as compõem.

Dentro deste contexto uma das vertentes aptas a garantir a realização plena do indivíduo, como componente assecuratório da dignidade humana, apresenta-se o direito ao pai.

Ser privado de ter um pai significa, além da privação de conhecer sua ascendência genética, como forma de conhecer também a si mesmo, o não direito à possibilidade de ter uma figura paterna na qual se busca refúgio, amparo, limites e referências.

Por “direito ao pai” deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humana, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre – em quase toda a extensão mencionada- com a grande maioria dos animais que compõe a escala biológica que habita e vivifica a face da terra.(HIRONAKA, 2000, p.177)

Este é o conteúdo do direito fundamental, designado como direito ao pai, não excluídos aqui os demais direitos decorrentes do estado de filiação, a serem posteriormente abordados.

O direito de ter acesso a todas estas prerrogativas, como um direito fundamental é natural da condição humana e apresenta-se como decorrência de sua dignidade, e, ademais corresponde a um legítimo interesse da criança.

Atualmente, não há como fazer uma análise do Direito de Família, ou qualquer outro instituto de Direito Privado, afastada da Constituição Federal. Isto acabou por nos apresentar um método interpretativo do Direito privado que busca no sistema jurídico soluções para o caso concreto, adequando as normas aos valores e princípios constitucionais.

Neste passo destaca-se o papel do Judiciário, ilustrado pelas palavras de Facchin Neto:

O poder judiciário passou a desempenhar um papel relevantíssimo na garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais”, competindo-lhe “fazer-se alerta para interpretar os direitos fundamentais considerando o texto e o contexto constitucional”, cabendo “ao judiciário a tarefa de oferecer respostas concretas e historicamente engajadas às questões que lhe são postas, em condições históricas definidas e experimentadas”; Até porque, como magistralmente saliente Facchin, trata-se de “não só interpretar a realidade social, mas

também transformá-la”. Ou procede assim, ou a magistratura ver-se-á espelhada no diálogo imaginado por José Saramago: “posto diante de todos estes homens reunidos, de todas estas mulheres, de todas estas crianças (e Deus) falando à multidão, anunciou: ‘A partir de hoje chamar-me-eis Justiça’. E a multidão respondeu-lhe: “Justiça, já nós a temos, e não nos atende”. Disse deus: ‘ Sendo assim, tomarei o nome Direito’. E a multidão tornou a responder-lhe: ‘Direito, já nós o temos, e não nos conhece’. E Deus: “nesse caso, ficarei com o nome caridade, que é um nome bonito’. Disse a multidão: Não necessitamos caridade, o que queremos é uma Justiça que se cumpra e um Direito que nos respeite’. (FACCHIN NETO, 2006, p.57)

5.2 O princípio da dignidade humana e os direitos dele decorrentes

A linha traçada originalmente pelo direito civil brasileiro herdou do Direito Romano a dogmática definidora de preceitos absolutos, dentro de uma dicotomia entre Direito público e Direito Privado.

Esta divisão foi conformada a partir da Revolução Francesa coexistentemente com a Constituição. Esta dicotomia era baseada na divisão que incumbia à Constituição dividir os poderes e delinear os limites da atuação do Estado, e, ao Código Civil o regramento das relações entre os particulares. O único critério de ligação destes dois pólos era o hierárquico.

Perceber o direito como fenômeno social e histórico possibilitou reconhecer a relativização dos conceitos e avançar em sentido ao direito apresentado nos moldes atuais, mudando o curso das interpretações do Direito de um sistema fechado, de acordo com os preceitos da escola positivista, para um sistema aberto, com ponto de partida no caso concreto.

A sincronização estabelecida entre as relações de direito privado e os valores constitucionais acabaram por romper com a barreira que separava dicotomicamente Direito Público e Direito Privado. Outro não poderia ser o rumo tomado, pois, as inúmeras novidades científicas, somadas as alterações históricas, culturais e sociais estabeleciam novos desafios, identificados na tensão existente entre norma e fatos, cuja solução não comportava dentro da divisão outrora estabelecida.

Apresenta-se assim, migração de valores constitucionais, como o da dignidade humana para a seara privada, como valor.

(...) O sistema unitário simbolizado pelo Código Civil, que tinha a pretensão de disciplinar todos os aspectos da vida privada, vê-se esfacelado em uma miríade de leis e decretos que subtraem determinados institutos da monolítica disciplina codicista. Esses novos estatutos passam a disciplinar tais temas sob outros enfoques e princípios. Para tentar garantir um mínimo de unidade sistemática, busca-se subordinar todo o direito privado à orientação unificadora da constituição. (FACCHINI NETO, 2006, p.42).

A Constituição de 88 positivou várias conquistas sociais, uma delas está expressa através do princípio da dignidade humana, que se apresenta logo no artigo 1º, III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Para distinguir os seres humanos, diz-se que detém uma substância única, uma qualidade própria comum unicamente aos humanos: uma “dignidade” inerente à espécie humana. A raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim: *dignus* é “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”, diz-se que sua utilização correspondeu sempre à pessoa, mas foi referida ao longo da Antiguidade, tão –só à espécie humana como um todo, sem que tivesse havido qualquer personificação. (MORAES, 2006, p.112)

Este princípio dá conotação jurídica a um valor ético, que passa a ter projeção sobre todo o ordenamento jurídico, uma vez claramente expresso na Constituição, ao mesmo tempo em que o fundamenta.

Como princípio constitucional autônomo:

Projeta-se sobre o conjunto das normas constitucionais e infraconstitucionais, estabelecendo, com elas, conexões sistemáticas e teleológicas (elementos de interpretação) – nesse sentido são conexões materiais – e veicula, autonomamente, normas de obrigação e normas de proibição em âmbitos concretos específicos, isto é, como norma constitucional autônoma dotada de eficácia, incide direta ou imediatamente sobre casos concretos. (STEINMETZ, 2004, p.113).

Em que pese se identificar a interferência deste princípio como norma jurídica, importante responder à seguinte pergunta: Qual o seu conteúdo? Encontrar a resposta não é tarefa simples.

No plano constitucional, elucidativa explanação nos é dada por Steinmetz:

Agora, então, já no plano da interpretação constitucional – opera-se, aqui, uma transposição-adequada de conteúdo da filosofia prática para o campo do direito constitucional, uma constitucionalização de conteúdos morais de um

determinado conceito - , pode-se dizer que o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa ordena (i) o respeito à pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; (ii) o reconhecimento de cada pessoa, independentemente das particularidades (traços ou características) e vicissitudes pessoais e sociais, como ser singular. Único e irrepetível; (iii) o reconhecimento de cada pessoa como uma manifestação concreta da humanidade; (iv) a criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento da pessoa. Em contrapartida, o princípio constitucional da dignidade da pessoa proíbe: (i) a “coisificação” ou a “objetualização” da pessoa; (ii) a “funcionalização” (política, social, econômica, religiosa, científica, técnica) da pessoa; (iii) a privação, da pessoa, de condições e de meios para uma sobrevivência livre, autônoma e decente; (iv) humilhações ou vexações da pessoa; (v) a submissão da pessoa a uma posição servil; (vi) a eliminação total da vontade e da possibilidade de livre escolha da pessoa. (STEINMETZ, 2004, p.116).

O mesmo autor conceitua dignidade humana nos seguintes termos:

(...) temos por dignidade da pessoa humana 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 cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir 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. (STEINMETZ, 2004, p.93).

Pelas citações apresentadas percebe-se que o conceito de dignidade humana é amplo, não comporta uma definição taxativa. Ademais é possível identificarmos também outras dimensões relativamente ao princípio da dignidade humana, pois, se a lesão se dá em relação a um indivíduo inserido dentro de uma comunidade não podemos desconsiderar a possibilidade de que as demais pessoas integrantes sofram os reflexos desta ofensa em sua própria dignidade, passando a ter também uma dimensão social além da individual.

Seja como princípio constitucional autônomo, concretizado em uma dimensão individual ou social, a dignidade humana vincula o poder público e também os particulares.

Diante do vasto campo de aplicação, consubstanciado na realidade social e da vagueza da definição conceitual, não raras vezes restará ao aplicador do direito a dúvida sobre aplicá-lo ou não. Neste caso, somente a partir de um caso concreto será

possível ponderar, conforme os fatos em exame, sobre a violação ou não da dignidade da pessoa humana.

Torna-se difícil não estabelecer um vínculo entre os direitos assegurados pelo direito privado e princípios constitucionais fundamentais, uma vez que a Carta Magna arrola, expressamente estes princípios. Ademais, os localiza estrategicamente no início do texto normativo, condicionando, no plano hermenêutico, todos os demais textos legais, constitucionais ou infraconstitucionais.

Sob o olhar jurídico, o ser humano é visto como pessoa e, nessa condição, merecedora de proteção especial como categoria central do ordenamento jurídico, cujo vetor dessa tutela é a dignidade humana – fundamento do Estado Democrático de Direito e verdadeira cláusula geral de proteção à pessoa.(ALMEIDA, 2003, p.18)

Foi assim assegurada uma proteção especial à pessoa, muito além da condição de sujeitos de direitos e deveres, através da garantia dos direitos de personalidade, tendo ao centro a dignidade da pessoa humana.

A dignidade surge como a expressão de um valor ético de determinada sociedade passando a integrar o Direito, dando expressão jurídica àquilo que representa o consciente coletivo, seus interesses. Cabe ao Direito então, dispor sobre sua proteção, através de liberdades e direitos que venham a assegurá-la. Como visto, no Brasil o comando jurídico foi expresso pela primeira vez na Constituição de 1988.

O princípio constitucional diz respeito não apenas a um tratamento humano não degradante e garantias à integridade física, mas vai além, contém valores ético-jurídicos, com fundamentos puramente axiológicos, voltados a proteger a vulnerabilidade humana, seja de que forma se manifeste.

Ter assegurado um tratamento igual, não discriminatório, representa a manifestação, em primeiro lugar de um dos corolários do princípio da dignidade humana. É a mais básica manifestação da igualdade, denominada igualdade formal e assegurada em nosso texto Constitucional no *caput* do art. 5º.

Mas a percepção de que as diversas condições econômicas, sociais, culturais e psicológicas tornam as pessoas diferentes, levou a adoção normativa da chamada

igualdade substancial, identificada no tratamento desigual daqueles desiguais, nos exatos termos da sua desigualdade.

O reconhecimento destas desigualdades nos dá consciência de que vivemos em uma sociedade plural, multicultural, diversificada. A máxima é: reconhecer no outro um ser igual, com os mesmo direitos, inclusive o de ser diferente, e de ter assegurado este direito como espaço de manifestação de sua individualidade e personalidade.

O reconhecimento de iguais oportunidades é o que convencerá as partes da legitimidade da decisão, ainda que dela discordem.

Este princípio apresenta-se assim, como o grande ensejador de *hard cases* vez que não há uma única e correta solução para o caso apresentado.

A polêmica se instaura diante da inexistência de uma norma específica acerca dos direitos das pessoas, como forma de concretizar a dignidade humana. “Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade passam a exigir uma consideração positiva”. (MORAES, 2006, p.146).

Mas, se entende-se que está diante de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, não há que se esperar uma enumeração taxativa dos direitos da personalidade.

A cláusula geral visa proteger a pessoa em suas múltiplas características naquilo “que lhe é próprio”, aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada. (MORAES, 2006, p.147). Ela permite que o aplicador do Direito, dentro dos limites estabelecido, possa graduar estes princípios de modo a torná-los adequados ao caso sob julgamento.

Por outro lado não há necessidade de se falar somente em direitos subjetivos da personalidade. A solução pode ser mais facilmente alcançada se falarmos em situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar sob as mais diversas formas, não sendo possível identificar todas em um número definido. Não há como dividir a tutela proposta em hipóteses, mas pode apresentar-se como um problema único, representado pelo valor destacado como próprio ao ser humano. A personalidade, então, passa a ser considerada não um direito, mas um valor, valor fundamental, para o qual a sociedade exige proteção, admitindo suas inúmeras formas de manifestação.

O atual ordenamento jurídico, em vigor, desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, garante tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como valor cardeal do sistema. (MORAES, 2006, p.145)

Então, diante destas considerações o aplicador do Direito, na construção da solução para o caso, deverá preencher os conceitos abertos de direito privado com os valores constitucionais vigentes. Caso estes, ainda não sejam suficientes a solução deverá rumar para os princípios gerais.

O que não se pode desconsiderar é que o princípio da dignidade humana tem, como dele decorrente, inúmeras ramificações, traduzidas em direitos que devem ser assegurados sob pena de ofensa ao princípio constitucional abordado.

Dentro da área de proteção à dignidade humana está a proteção à integridade psíquica, dela decorrendo a garantia de inúmeros direitos, como o nome, a honra e a identidade pessoal, direitos identificados com o menor investigante, bem como o direito de não ter imputada a si a responsabilidade e conseqüências de uma paternidade se ela não foi comprovada, direito identificado com os investigados. Neste último caso, os supostos pais são gêmeos univitelinos e a prova cabal para esclarecer a paternidade não se mostra suficiente, então como justificar que seus direitos seriam minorados frente ao do Investigante? Poderíamos tranqüilamente aduzir que a dúvida deveria ser algo favorável aos réus. Não há dúvida que o princípio da dignidade humana presta-se a tutelar o direito de ambos, mas dentro do leque que abarca, como explicitado acima, o conflito se instaura.

Nos casos difíceis, há que se ponderar acerca dos interesses de cada uma das partes e identificar quais princípios são aplicáveis a cada uma delas. A pergunta é: qual deve ser priorizado?

De um lado temos o interesse do menor, que deseja ter seu pai, ou pais, identificados, bem como todos os direitos que deste reconhecimento decorram.

De outro temos os supostos pais, que se negam a reconhecer a paternidade alegada, sob o argumento de serem gêmeos univitelinos e, diante desta condição, ser impossível determinar a paternidade pelo exame de DNA, único meio de prova capaz de atestar o fato no caso em tela.

A melhor resposta possível só poderá advir a partir da análise do caso concreto. Nesta situação o maior cuidado que deve ter o julgador é para não hierarquizar valores, determinando que dentro de uma comunidade alguns interesses devam se sobrepor a outros por serem socialmente mais relevantes. Eles devem ser sim considerados, mas sempre com vista às particularidades do caso real.

O debate proposto traz como um dos figurantes o menor que busca conhecer sua origem biológica, ter identificado um pai e assegurado todos os direitos decorrentes. Por maiores que sejam as indicações que o investigado possa ser o pai, a única certeza que o investigador tem é que seu nascimento decorre de uma biparentalidade genética que lhe garante o status de filho.

A raiz do fundamento biológico de um novo ser expressa-se no encontro necessário e vitorioso das células masculinas e femininas, sem o que, não se romperá a teia que envolve o(s) mistério(s) da vida. O espermatozóide e o óvulo são células incompletas, uma vez que portam metade do número total de genes que um ser humano tem. Quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide, os genes de cada um deles se juntam em pares, e a totalidade das informações é novamente recuperada. Assim, uma vez fertilizado, o óvulo, que recebe o nome de embrião, é uma célula completa e, portanto, um modelo para qualquer célula do corpo, representando para o ser humano, a partir da fecundação, uma herança para toda a sua vida. (Bronowski, *apud* Almeida, 2003, p.24)

Levando em conta as considerações acerca da dignidade humana, acima trabalhadas, torna-se possível aduzir que, no caso em análise, a sucumbência do direito do menor em ter reconhecido seu estado de filiação diante das particularidades biológicas e genéticas dos investigados, representa ofensa ao princípio constitucional da dignidade humana. Tal conclusão é reforçada pelos prejuízos ao menor no que tange aos aspectos decorrentes do direito à identidade pessoal, da integridade psíquica e do direito ao pai, relacionados à dignidade humana no caso da investigação de paternidade, quando os pais sejam gêmeos univitelinos. A relevância destes aspectos é merecedora de análise apartada na seqüência.

5.2.1 O direito à identidade pessoal

Como decorrência do princípio da dignidade humana emergiu a garantia do direito à identidade pessoal, a partir do entrelaçamento dos elementos engenharia genética, pessoa e sistema jurídico.

A identidade pessoal relaciona-se com as características pessoais do indivíduo, manifestando-se, nomeadamente, nas impressões digitais, no nome e no fato de aquele estar delimitado pelo corpo. Há marcas identitárias que tornam cada indivíduo único. Assim, a identidade pessoal tem a ver com o pressuposto de que o indivíduo pode ser diferenciado de todos os outros, traduzindo-se num processo de construção e configuração individuais e exclusivos do próprio indivíduo, lastreando, assim, a sua biografia. (ALMEIDA, 2003, p.74).

Na busca pela própria origem, como elemento formador de identidade, alguns desdobramentos naturais se revelam: o direito de conhecer a própria origem, sua verdade histórica, a identidade de seus pais, direito à ascendência genética, bem como sua identidade genética.

Estando todos eles ligados a um mesmo ponto de partida, a busca do conhecimento de seu pai biológico, o sistema jurídico oferece ao filho ações de estado, com o propósito de solucionar controvérsias, no caso em tela, quanto ao estado de filiação. O mecanismo disponibilizado pelo ordenamento jurídico para possibilitar o status de filho foi a ação de investigação de paternidade.

Para os filhos a possibilidade que se apresentou, do reconhecimento da origem paterna, representou grande conquista. Em nosso ordenamento jurídico ficou marcado o pensamento de um novo tempo, que não aceita como regra legal a discriminação entre os filhos e mais, que garante destaque protetivo para este filho como pessoa.

Esta igualdade está positivada no texto constitucional, art. 227 § 6º, que a apresenta com os seguintes dizeres: “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”. A reforçá-lo está o artigo 1596 do Código Civil, com a mesma dicção.

“O vínculo genético é a caracterização básica e qualificação primeira da pessoa para adentrar ao *status* de filho - de um pai e de uma mãe, tornando-se a verdade biológica um primado no estabelecimento dos vínculos de filiação”. (Almeida, 2003, p.86).

A evolução das pesquisas na área biológica permitiu que o código genético do indivíduo pudesse ser decifrado, apontando com precisão qual a ascendência genética. Some-se a isto o mecanismo disponibilizado pelo Direito nesta caminhada, a ação de investigação de paternidade, como forma de reconhecer, forçosamente, o vínculo entre pai e filho.

Atualmente é notório o reconhecimento de uma filiação baseada essencialmente no afeto. Não raras vezes, e em consonância com os princípios constitucionais e infraconstitucionais, asseguradores da dignidade e bem estar do menor, os fatores socioafetivos estão a definir a paternidade na atualidade. Importante ressaltar que no caso da investigação de paternidade apresentada não há vínculo sócio afetivo do menor com nenhum dos investigados.

Este fenômeno decorre da dinâmica das relações contemporâneas, que influenciadas a cada época por fenômenos tecnológicos, religiosos, morais e culturais, refletem novas posturas sociais.

Infelizmente, o Direito não acompanha todas estas transformações na mesma velocidade, ficando muitos questionamentos sem resposta jurídica imediata e expressa. No entanto, as respostas aos problemas que advém de tantas modificações devem ser apresentadas, demandando dos operadores do Direito uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico para buscá-la.

Neste passo vê-se o conceito de família passar por sensível transformação, passando a estabelecer-se, preponderantemente, a partir da relação de afetividade estabelecida entre “pai” e “filho”, independentemente da origem.

Não desconsideramos este fato, nem sua destacada importância, porém, torna-se irrelevante na busca da solução para o caso trazido a lume, pois é patente a inexistência de relacionamento afetivo entre o investigador e seus supostos pais.

Não havendo no caso em estudo qualquer ligação sócio-afetiva entre investigador e investigado o fator genético será um caminho na busca da identidade pessoal na figura paterna.

A revelação da origem genética possibilitou a consagração do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro com base no princípio da dignidade humana. A fundamentação legal assenta-se em duas premissas: a ligação biológica como elemento da construção da identidade pessoal e o princípio constitucional da dignidade humana.

O vínculo biológico que une duas pessoas como pai e filho possui importância inegável para o Direito, uma vez que a identificação da figura paterna é elemento essencial à formação da personalidade do homem, contribuindo significativamente para a construção da identidade pessoal.

Em estudo desenvolvido por advogados, psicólogos e assistentes sociais, baseado em casos forenses, sustentou-se a importância da revelação da origem genética como elemento que compõe a identidade mais ampla da pessoa, contribuindo para o desenvolvimento da noção de inserção em uma determinada família, cuja base está na biparentalidade biológica. (ALMEIDA, 2003, p.120).

E ainda, “a relevância da identidade pessoal retrata-se na aquisição do patronímico, na localização familiar e social de quem adquire o *status* de filho”. (ALMEIDA, 2003, p.119).

Quanto ao elemento dignidade, é intrínseco a todo ser humano, faz parte da própria condição do homem. Tendo esta sua condição humana reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico, da dignidade reconhecida decorre uma série de outros direitos fundamentais. O Estado surge, então, como garantidor destes direitos, que podem ser conferidos tanto nas relações que se estabeleçam entre o indivíduo e o Estado bem como entre os particulares.

A dignidade humana estabelece, assim, estreita ligação com os direitos fundamentais, cujo conceito é aberto, e constrói-se a partir da permissão estatal para que o ser humano realize-se plenamente, otimizando potencialmente sua condição existencial.

É justamente nesse aspecto que o princípio da dignidade da pessoa humana – como receptor e garantidor de direitos fundamentais – permite receber como um de seus feixes luminosos, a contribuir com a construção de seu conteúdo jurídico, o direito fundamental à identidade pessoal, em sua faceta de revelador da história pessoal, por meio do conhecimento da ascendência genética, que contém, ainda, o direito à integridade psíquica ou moral consistente na proteção que a ordem jurídica concede à pessoa em relação à sua honra, liberdade, intimidade, imagem e nome. (ALMEIDA, 2003, p.126)

Reconhecido o sentido do direito à identidade pessoal, em decorrência do princípio da dignidade humana, o ordenamento jurídico passou a lhe assegurar a condição de direito subjetivo da pessoa. Isto se apresenta como uma marca reveladora do Direito como reconhecedor dos valores próprios do ser humano, o que se apresenta coerente com o giro ocorrido no direito de família que estabeleceu novas premissas, inovadoramente axiológicas, como a igualdade dos filhos e o reconhecimento de novas entidades familiares, além daquela proveniente do casamento.

“O sentido do direito à identidade pessoal é o de garantir a revelação da marca genética, que caracteriza a pessoa como ser humano ou indivíduo singular e único, trazendo consigo do direito ao nome e à historicidade pessoal”. (ALMEIDA, 2003, p. 92).

O direito do menor à identidade pessoal, como reconhecimento paterno, é identificado dentro do ordenamento jurídico a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, que acaba por revelar uma constitucionalização do Direito Civil. Há uma interação entre os princípios e regras do direito público e privado fundamental para estabelecermos os direitos do menor no caso que nos serve de referência.

A interpretação sistemática terá seus limites traçados na Constituição Federal que poderá determinar sobre a aplicação e interpretação de seu texto. Se assim for, os intérpretes e aplicadores da lei deverão seguir as diretrizes constitucionais fixadas.

Dessa forma, a partir da nova Carta, a aplicação das normas de Direito Civil deverá ajustar-se aos princípios e às regras já em vigor, para sua perfeita higidez jurídica, revelando-se nesse passo, de grade valia a interpretação integrativa, por meio da qual se empresta a determinadas regras o sentido próprio à realidade social do momento, obedecidos os cânones correspondentes da Constituição.

Na interferência de normas constitucionais com as relações privadas não de ser respeitadas as orientações já enunciadas, para perfeita coerência em sua aplicação, lembrando-se que as observações do preâmbulo da Carta são o norte da ação do intérprete e que as regras de direitos fundamentais são de

vigência e aplicação imediatas, por força de texto expesso. (BITTAR e BITTAR FILHO, 2003, p.42)

O reconhecimento da ascendência genética paterna apresenta-se como componente deste elemento, sendo fundamental para o desenvolvimento da individualidade do menor.

Ao nascer a pessoa traz consigo uma fusão de características físicas, genéticas e psíquicas de seu pai e de sua mãe, que irão caracterizá-lo como indivíduo. Assim, não é exagero afirmar que o indivíduo se identifica a partir da identificação de seus ascendentes.

Nossa cultura valoriza como personagens centrais da história de toda pessoa a mãe e o pai. São colocados como base da formação individual, como garantidores do completo sentido de ser da pessoa.

A identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com sua identidade no grupo familiar e social. Seu nome e seus apelidos o localizam em seu mundo. Sua expressão externa é a sua imagem, a qual vai compor a sua individualização como pessoa, fator primordial em seu desenvolvimento. (PEREIRA, Tânia, 2008, p. 44)

Fica clara a importância do fator biológico na formação do indivíduo, pois originalmente é daí que provém toda a herança genética repassada ao filho.

Por tais razões é que se permite afirmar que o homem possui, como elemento fundante, uma identidade pessoal de caráter biológico, genético, individual, singular, que o torna único enquanto portador das características herdadas de seus antecessores e, ao mesmo tempo, o conecta biologicamente a eles, de forma inderrogável e eterna. (ALMEIDA, 2003, p.27)

Parece então natural que as pessoas tenham o desejo, o sentimento angustiante de descobrir sobre sua origem, uma vez que a este fato estarão ligados vários questionamentos sobre as características físicas e comportamentais que nele se manifestarão ao longo da vida.

Soma-se ao fator genético como importante elemento para a formação individual, a interação do homem com o meio em que vive. A troca de experiências que realiza desde o momento do seu nascimento, sejam relativas ao suprimento de suas necessidades físicas ou afetivas, os ensinamentos que lhe são repassados e as

relações sociais que desenvolve são fatores que desencadearão mudanças na vida da pessoa.

“A agregação de dois fenômenos – o biológico e o ambiental – estabelece a estrutura do ser humano global. Suas ações e reações são o produto de um estímulo circunstancial (ambiente) sobre sua estrutura individual (biológico)”. (ALMEIDA, 2003, p.33).

Atribuir *status personae* é reconhecer que o ser humano contém um valor em si, primário, pelo fato de existir enquanto tal, e representar a unidade de direitos e deveres fundamentais da pessoa seja ela considerada singularmente, seja nas formações sociais em que constrói sua ambiência com outros seres humanos. (ALMEIDA, 2003, p.35).

Seguindo esta linha de pensamento não há como negar que a influência paterna poderá alterar substancialmente alguns aspectos da formação individual, com expectativas, sobretudo positivas sobre o filho, que, além da concepção genética e ambiental destacadas, tem o atributo de *pessoa*.

5.2.2 O direito à integridade psíquica

Até o advento da Constituição de 1988 se um filho não fosse reconhecido pelo pai por ser decorrente de uma relação extra-matrimonial, isto poderia ser irrelevante para uma ordem jurídica tendente a proteger valores éticos e morais não condizentes com a conduta reprovável geradora do filho. Aliado a isto havia as limitações biotecnológicas, que não conseguiam definir, com precisão o vínculo genético existente entre filho e suposto pai.

Com a evolução da genética e biologia, é possível, hoje, através do exame de DNA identificar a paternidade com precisão. Esta é uma verdade, porém, não é absoluta. Como citado, o referido exame tem seu alcance limitado se o investigado possui um irmão gêmeo univitelino, pois o DNA dos dois apresenta-se rigorosamente

idêntico, não sendo possível diferenciá-los com as técnicas e exames atualmente disponíveis.

Partindo da premissa, no caso em análise, que a genitora da menor não tem certeza quanto àquele que é o pai de sua filha entre dois irmãos gêmeos, a solução que apontaria para a realização do exame de DNA, torna-se insuficiente para determinar um deles como pai, pois trata-se de gêmeos univitelinos, ou monozigóticos, sendo impossível fazer uma distinção genética entre os dois.

“O respeito à personalidade humana emite o direito que todos têm de ver estabelecido seu *status familiae*, individuando a pessoa na sua qualidade de filho” (QUEIROZ, 2001, p.127).

A necessidade de se identificar e desenvolver laços afetivos com seus ascendentes é algo próprio do ser humano e porque não dizer, necessário ao seu bom desenvolvimento, sobretudo psíquico.

Esta identificação terá reflexos significativos em sua vida adulta, para a qual deve ser preparado todo indivíduo de modo a torna-se perfeitamente integrado na sociedade.

Sob esta ótica o menor passou a ser visto como sujeito de direito subjetivo.

A nova vitalidade ao direito subjetivo em questão é a consagração do direito À revelação da ascendência genética paterna como direito fundamental, *mais humanitário e personalista, e menos funcional ou instrumental*, ainda, despatrimonializado, direito este que busca garantir à pessoa o estabelecimento de sua origem biológica como ponte para ascender ao *status* de filho e fundar sua ampla personalidade como pessoa humana, constituída de uma organização dinâmica a partir de características inatas que surgem no momento de sua concepção e que a acompanham por toda a vida. (ALMEIDA, 2004, p.422).

O direito da criança ao reconhecimento de seus pais tem suas diretrizes traçadas internacionalmente, no art 7º da Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas: “A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”.

Esta convenção teve por objetivo garantir a tutela da personalidade das crianças e adolescentes, como ressalta Szaniawski, no trecho a seguir:

Contudo, embora houvesse preocupações em todo o mundo com a fragilidade do ser humano na sociedade, buscando através de conferências internacionais e mediante promulgação de leis internas, tutelar a personalidade humana de toda e qualquer modalidade de atentado contra a mesma, a maior fragilidade era das crianças, comumente expostas a toda sorte de violências, principalmente no seio de sua própria família, constituindo-se, muitas vezes, em objetos de disputas e de pressão entre os próprios genitores. Assim, foi realizada a convenção das nações unidas sobre os direitos das crianças, em 20 de novembro de 1989 e, a seguir, foram promulgadas as conclusões que resultaram na Declaração dos Direitos das Crianças. Esta convenção internacional tem por escopo garantir a tutela da personalidade da pessoa desde seu nascimento, principalmente enquanto criança e adolescente, até sua morte. (SZANIAWSKI, 2005, P. 52)

A referida Declaração, então, expressamente, tutelou o direito do menor à sua identidade, aí incluído, o nome, nome familiar e o direito à paternidade.

No direito nacional o tema é abordado pelo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

A Constituição Federal Brasileira, no parágrafo 7º do art. 226, instituiu o princípio da paternidade responsável, e “esta requer uma convivência familiar na integração da criança, com absoluta prioridade ao seu salutar desenvolvimento”. (QUEIROZ, 2001, p.127).

Ainda a Constituição (BRASIL, 1988), logo em seu início, no preâmbulo e no inciso III do art. 1º, traz como um dos princípios fundamentais a alicerçar o ordenamento jurídico o princípio da dignidade humana.

Nossa constituição, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do *princípio da dignidade* da pessoa, que consiste em uma *cláusula geral* de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Esta afirmação decorre do fato de que o princípio da dignidade, sendo um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido e interpretado todo ordenamento jurídico brasileiro, constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez ser a pessoa natural o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica. (SZANIAWSKI, 2005, p.137).

O direito à integridade psíquica se revela como uma das faces do princípio da dignidade humana, que, no caso do autor, fica desprotegido diante da impossibilidade

de identificação do pai, pois no caso seu direito consubstancia-se no seu direito à filiação paterna.

5.3 O melhor interesse da criança

O giro ocorrido na dogmática civil, nomeado constitucionalização do direito civil, ou repersonalização, apresentou uma nova tendência no sentido de que “as relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição no ápice da hierarquia normativa”. (TEPEDINO, 2003, p.119).

A Constituição interferiu diretamente no âmbito familiar ao acolher valores não patrimoniais afastando-se do dogmatismo que confinou o direito civil a uma perspectiva patrimonial.

Valores presidentes da iniciativa privada foram absorvidos pela Constituição, que abandonou a primazia dirigida ao Direito Público, mais especificamente no trato das relações entre Estado e particulares e organização dos poderes.

No decorrer do século XX, com o advento das constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais do diversos ramos do Direito, e também os princípios fundamentais do direito privado, passaram, nos países de tradição romano-germânica, a fazer parte dos textos constitucionais. Também no Brasil, os princípios gerais do direito civil haviam sido transplantados para o texto constitucional; por isso os civilistas que não estavam presos à *summa divisio* logo advertiram o papel central que a pessoa humana, a partir da normativa constitucional, havia adquirido. A imprescindibilidade de reconstrução e revalorização de seus princípios gerais tornava-se evidente. (MORAES, 2006, p.108).

O Estado nos moldes em que se apresentou no Estado Democrático de Direito, acabou por incorporar os direitos fundamentais das pessoas tendo como norteadores os valores apresentados pela Constituição de 1988.

Passa, assim, o Estado a aparecer como um fiel depositário da responsabilidade pela proteção integral e global dos direitos fundamentais, concebidos como valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas

também prover e proteger, e que alçam vôo e alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado. (ALMEIDA, 2003, p.56)

(...)

A incorporação ao sistema jurídico de direitos fundamentais, inerentes à pessoa e contemplados numa ordem jurídico-institucional concretamente vigente, importa em reconhecer que o ser humano não é apenas um dado ontológico, mas também um dado axiológico, cujo reconhecimento resulta no comprometimento político do Estado Democrático, por meio dos textos constitucionais, de proteção à pessoa em valores que lhe são imanentes – os relativos à idéia de *ser pessoa* na ordem jurídica. (ALMEIDA, 2003, p.58)

A Constituição, que nos séculos XIX e XX teve a função de legitimar a ordem política, garantir liberdades individuais, e organizar os poderes e as funções estatais, teve na contemporaneidade suas funções alargadas para além da normatização das relações entre Estados e entre Estados e indivíduos, passando a conformar também as relações entre os particulares. Passou a representar instrumento normativo básico e destinado a toda sociedade.

A CF é um exemplo paradigmático de uma Constituição que pretende incidir sobre os múltiplos âmbitos da vida social. Nela, há princípios jurídicos materiais de múltiplas implicações para as relações sociais – e.g.o princípio da dignidade da pessoa (art.1, III). (STEINMETZ, 2004, p.91).

Hoje, a Constituição brasileira assegura direitos fundamentais, da mesma forma que aos adultos, também às crianças. Esta foi uma conquista social baseada na exigência do reconhecimento de novos direitos a cada fase da história. Internacionalmente o caminho percorrido não foi diferente.

De grande relevância para o estudo proposto, dentro deste contexto, foi a conquista dos direitos relacionados especificamente aos menores, ou à infância e adolescência.

Após a segunda guerra mundial, mais precisamente em 10 de dezembro de 1948, foi promulgada pela assembléia geral do ONU a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, que conseguiu alinhar em um único documento os direitos fundamentais. Este documento não chegou a consagrar especificamente proteção à infância e juventude, mas reconhecia em seu art. XXV, 2, que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais e que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozam da mesma proteção.

No caminhar da conquista dos direitos fundamentais a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, assinada pelo Brasil, determinou que “a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviço, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possam desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”.

O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, manifestou-se também acerca dos direitos da criança em seu art. 19: “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do estado”. Este Pacto, denominado Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, foi ratificado pelo Brasil em 1992, através do Decreto nº 678.

Quando a Declaração Universal dos Direitos da Criança completou 30 anos, a Assembléia Geral das Nações Unidas consagrou na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança o princípio da proteção integral à criança, ou o melhor interesse da criança, que foi determinado como regra aos países ratificantes, dentre os quais o Brasil, que o fez através do Decreto 99.710/90. Dispôs o art. 3.1, conforme tradução oficial: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Em síntese, este preceito indica que diante de um conflito de interesses entre uma criança e outra pessoa ou instituição, deverá prevalecer os interesses da criança.

Atualmente, a aplicação do princípio *do best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto. (PEREIRA, Tânia, 2008, p. 44)

Fica claro com todos esses eventos que o menor passou a ser considerado como um indivíduo e não como apenas mais um componente da família, sendo a garantia de seus direitos fundamentais questão primordial. E ainda, que a ele deveria ser garantida uma proteção jurídica especial diante da sua falta de maturidade física e mental, e da sua condição de pessoa em desenvolvimento.

No Brasil, os princípios identificados na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adquiriram *status* constitucional em 1988, constando no art. 227 da Carta Magna, nos seguintes termos: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Infraconstitucionalmente a matéria foi tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, datado de 1990, ou Lei 8069, que teve como vetor a proteção do melhor interesse da criança, sustentado pelo interesse constitucional em assegurar a dignidade humana. A dignidade, em que pese estar prevista como direito fundamental constitucional, foi novamente incluída nesta Lei, em seu art. 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Tânia da Silva Pereira destaca o caráter interpretativo deste princípio nas palavras de Emílio Garcia Méndez e Mary Beloff.

Cumprir uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio Direito da infância-adolescência, ao mesmo tempo que permite interpretar, sistematicamente, suas disposições, reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância. Considerando-o como uma “garantia”, identificam-no como “vínculo normativo idôneo para assegurar a efetividade aos direitos subjetivos”. (PEREIRA, Tânia, 2008, p.47)

Tendo sido a Convenção da ONU, ratificada pelo Brasil através do Decreto 99710 de 1990, esta se traduz em uma norma cogente, o sendo a aplicação do princípio do melhor interesse do menor. Ademais, este é um dos princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, com base constitucional, e como fonte subsidiária tem sua aplicação justificada. Diante destes argumentos não haveria porquê excluir tal princípio como um dos critérios de aplicação da lei na ação de investigação de paternidade, quando os investigados são gêmeos univitelinos.

Questionamento pertinente trazido à baila pelo caso da investigação de paternidade proposta poderia instalar-se acerca do prejuízo emocional, ou até mesmo social, para o menor que tivesse reconhecido dois pais, ou não tivesse reconhecido nenhum, mas tivesse como certos os avós paternos. Apresentar um registro civil em qualquer um destes termos e ter que explicar esta situação muitas vezes poderia gerar constrangimentos muito mais prejudiciais ao menor, e até mesmo depois de adulto, que fossem muito mais ofensivos a sua dignidade. Mas como saber se o não reconhecimento do pai, bem como de qualquer outro ascendente genético paterno, seria menos agressivo e cruel com o único que não teve responsabilidade ou culpa com relação aos fatos que deram origem ao seu nascimento?

Como medida de cuidado, e em observância ao melhor interesse do menor o juiz deve acautelar-se durante o processo com o apoio de laudos psicossociais de modo a auxiliá-lo na melhor escolha. O melhor interesse da criança permanece como um princípio e isto não pode ser perdido de vista.

Profissionais especializados poderão, até certo ponto, auxiliar no esclarecimento da situação para o menor, bem como na identificação das suas expectativas, anseios e condições psicológicas para enfrentar esta situação.

Quanto aos laços afetivos familiares a serem estabelecidos, em decorrência da ligação constituída tardiamente pela via judicial, só em cada caso será possível avaliar os resultados, mas diante das circunstâncias apresenta-se como uma oportunidade para os avós, o autor e porque não dizer, também para os supostos pais, reconstituírem, ou construírem, ligações essenciais e salutares a todo ser humano, é o que apresenta, e espera, como medida de cuidado com o menor.

Portanto, temerário fazer uma leitura do instituto da filiação de maneira apartada do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

5.4 Os efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes do reconhecimento da paternidade.

Quando se trata de ação de investigação de paternidade inevitável não deixar de refletir sobre os efeitos decorrentes do reconhecimento da paternidade.

Da paternidade biológica decorrem direitos subjetivos do filho que serão exigíveis a partir do reconhecimento. Estes direitos “se originam da relação de consangüinidade, mas são causados pelo reconhecimento, porque sem este não encontram fundamento jurídico”. (PEREIRA, Caio Mário, 2006, p.208)

O reconhecimento é que tornará conhecido o vínculo de paternidade, transformando uma situação de fato, representada pelo vínculo biológico, em uma relação jurídica. Não sendo o filho reconhecido voluntariamente ou não sendo declarada judicialmente sua paternidade, ele não é titular do estado de filiação. Lado outro “aquele que tiver sido reconhecido voluntária ou coercitivamente, investe-se no estado de filho e, via de conseqüência, assume todos os deveres e, adquire todos os direitos que lhe são peculiares, ou dele decorrentes”. (PEREIRA, Caio Mário, 2006, p.220).

Este reconhecimento, além de meio de efetivação jurídica dos efeitos paterno-filiais é ato declarativo, produzindo efeitos, portanto *ex tunc*. Os efeitos retroagem, mas encontram limite nas situações jurídicas definitivamente constituídas.

Uma vez reconhecida a paternidade, os direitos titularizados pelo filho se realizam.

Os efeitos podem ser classificados em patrimoniais e não-patrimoniais, sendo os primeiros passíveis de tradução em pecúnia e os segundos não mensuráveis economicamente.

Como efeitos patrimoniais tem-se o direito aos alimentos e à sucessão, como não patrimonial surge o direito ao nome.

5.4.1 O direito ao nome

O nome é um dos principais elementos que compõem a personalidade do indivíduo. É fator de identificação e designação pela qual será socialmente reconhecida uma pessoa e é essencial para a individualização do sujeito.

Há no nome uma dupla possibilidade de identificação: uma individual, o próprio nome e outra familiar, representada pelo patronímico.

O direito ao nome está expressamente previsto no art. 16 do Código Civil de 2002 que dispõe que: “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

O filho tem o direito de adotar o sobrenome paterno, ainda que já tenha o sobrenome materno. Este direito decorre do vínculo estabelecido a partir da filiação.

Ora, o direito ao nome é uma prerrogativa individual, intimamente ligada ao estado, e, uma vez estabelecido este, uma vez incorporado o filho à família do genitor que o reconheceu, poderá usar o respectivo patronímico, ainda contra a vontade de todos os membros da família. (PEREIRA, Caio Mário, 2006, p.247)

O nome, além de fator de identificação na sociedade é elemento de identificação pessoal, indica a procedência familiar, e, sendo o indivíduo reconhecidamente filho de determinado pai, não há justificativa para não permitir identificação expressa dele com a família, através do nome.

Ainda que o pai, ao registrar seu filho, adote nome diverso do seu, ou não o adote, não tem o direito de privar seu filho de adotar, posteriormente, o nome da família paterna. Este é um direito que não prescreve. Ademais, diante da proibição constitucional da discriminação dos filhos, devido a sua origem, é garantido o direito do filho ao sobrenome do pai.

Além da previsão no Código Civil o direito ao nome tem tratamento na Lei 6.015 de 1973, conhecida com a Lei dos Registros Públicos. Nesta Lei o tratamento dado ao nome merece nova leitura diante do preceito constitucional que equiparou homens e mulheres em direitos e obrigações. Isto porque dispõe o art. 55 que: “quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido

o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato”. O artigo estabelece privilégio ao sobrenome paterno, em detrimento do materno, que não encontra sintonia com a Constituição Federal.

Existe, atualmente, em nossos tribunais, polêmica acerca da obrigatoriedade ou não de se acrescentar o patronímico paterno ao nome daquele que foi reconhecido tardiamente pelo pai, seja voluntariamente ou não.

Esta polêmica pode ser retratada pelas decisões a seguir colacionadas.

Em São Paulo a ementa da decisão abaixo transcrita deixa transparecer o posicionamento de que deve prevalecer o direito subjetivo do filho que não deseja ter incluído em seu nome o sobrenome paterno, sob o argumento da prevalência da dignidade humana. O sentimento de repulsa daquele que não deseja ver em seu nome a “homenagem” aquele que se recusou a reconhecê-lo, ou só o fez diante de uma decisão judicial deve ser respeitado. Já baste que conste em seu registro o nome do pai e dos avós paternos.

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL Pretensão de suprimir o nome do pai em virtude da ausência total de qualquer vínculo afetivo, orgulhando-se apenas do nome materno, que quer preservar Autorização para alterar-se o registro civil Interesse subjetivo que deve prevalecer sobre o interesse público não atingido Medida que não prejudica a segurança do registro nem a relação de ancestralidade RECURSO PROVIDO (SÃO PAULO, TJ. Ap 469.377-4/5-00 - Rel. Gilberto de Souza Moreira, 2007)

No mesmo sentido o Tribunal do Rio Grande do Sul:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PROCEDENTE. INCLUSÃO NO NOME DA INVESTIGANTE DO APELIDO DE FAMÍLIA PATERNO. MANTENÇA DO NOME CIVIL ORIGINAL. Assiste razão à apelante/investigante ao pretender manter o nome civil conforme consta de seu assento de nascimento. Não se verifica malferimento ao disposto nos artigos 54 e 55 da Lei 6.015/73, os quais não determinam a necessidade inafastável de que conste o nome do pai no referido documento. Ademais, o nome de um ser humano está ligado à sua personalidade, sua história, sua dignidade e, assim, não se deve impingir, no caso, à recorrente acréscimo indesejado a seu nome. Apelação parcialmente provida. (RIO GRANDE DO SUL, TJ Ap.70007099591, Rel José Ataídes Siqueira Trindade, 2003)

Por outro lado, em Minas Gerais prevalece o entendimento de que a inclusão do nome do pai é conseqüência inafastável do reconhecimento da paternidade.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE PLEITEADA - ALTERAÇÃO DO NOME DO INVESTIGANTE - INCLUSÃO DO NOME DO PAI BIOLÓGICO - CONSEQÜÊNCIA JURÍDICA INAFASTÁVEL. Na ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, uma vez comprovado, através de exame de DNA, que o pai biológico do investigante não é aquele que o registrou, a consequência jurídica é a anulação do registro civil, com a alteração do nome do investigante, excluindo o nome do pai que o havia registrado e incluindo o nome do seu verdadeiro pai. Recurso desprovido. (MINAS GERAIS, TJ. Ap. 000.278.213-4/00, Rel. Eduardo Andrade, 2003)

Mesmo entendimento é identificado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Investigação de paternidade. Exame de ADN. Filiação demonstrada. Nome da família paterna. Acréscimo ao prenome do filho. I - É corolário da investigação de paternidade, na qual se conclui pelo vínculo entre autor e réu, que o filho receba os nomes da família paterna. II - O patronímico indica os indivíduos de um mesmo grupo familiar, permitindo definir suas origens. Tratando-se de direito indisponível, não podem os pais transigir a respeito dele. III - Apelação do investigante não provida. (RIO DE JANEIRO, TJ Ap. Cível 2002.001.02058, Rel. Bernardo Moreira Garcez Neto, 2002)

No caso em debate o menor ao nascer foi registrado apenas pela mãe, o que significa que lhe falta a identificação no nome do sobrenome paterno. Sendo reconhecida a paternidade por uma sentença judicial, o sobrenome paterno deverá ser agregado ao nome do filho, gerando alteração em seu registro civil, bem como a inclusão dos nomes dos avós paternos.

Diante da tenra idade do investigante, não há que se falar em não agregar o patronímico paterno ao nome do menor. Caso não seja seu interesse mantê-lo, quando maior de idade poderá requerer sua exclusão, através de procedimento próprio, uma vez que o interesse individual não causa nenhum prejuízo ao coletivo.

5.4.2 O direito aos alimentos

O ser humano apresenta-se incapaz desde o momento de sua concepção de prover seu sustento, pela própria condição humana de extrema fragilidade e incapacidade neste momento. Nasce totalmente dependente dos cuidados de outra

pessoa, sem os quais sucumbe rapidamente. Este dever de cuidar inclui o dever de proteger, educar, criar e alimentar, e é obrigação imposta, a princípio, aos genitores deste ser.

A incapacidade que origina a obrigação alimentar dos pais coincide com o período de desenvolvimento físico e mental dos filhos e no ordenamento jurídico brasileiro, perdura até que a pessoa complete dezoito anos, ou enquanto persistir eventual incapacidade para prover o próprio sustento. Não havendo nenhum destes requisitos entende-se apta a pessoa a assumir a responsabilidade por sua subsistência, através de seu próprio esforço.

A obrigação alimentar é, em princípio, um dever moral, ou um dever de consciência, porém, diante da importância do bem aliado a esta obrigação, a vida humana, torna-se imperioso que o Direito reserve a ele um mínimo de proteção, transmutando o dever moral para um dever legal.

Assim, a obrigação alimentar pode ser vista como uma forma de manifestação dos direitos da personalidade, especificamente do direito à vida.

Sendo o direito à vida uma emanção dos direitos da personalidade, que interessa precípuamente ao indivíduo, não se descarta a necessidade de uma estrutura jurídica inspirada no interesse social com vistas na preservação da vida humana e ao seu regular desenvolvimento, daí a identificação também do interesse do Estado, na disciplina da sua regulamentação.(CAHALI, 2006, p.32)

Os alimentos em sentido vulgar podem ser definidos como o mínimo necessário à manutenção de uma pessoa. Legalmente este conceito alcança maior abrangência.

Tecnicamente, os alimentos podem ser juridicamente definidos como as “prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)”. (ALMEIDA, Estevam, *apud*, CAHALI, 2006, p.,16)

O conceito apresentado já permite verificar que a obrigação alimentar extrapola o dever de prover as necessidades de sustento do corpo através de gêneros alimentícios.¹⁶

O Código Civil de 1916 não definia ou conceituava os alimentos, limitando-se em seu art. 396 a autorizar que parentes pedissem uns aos outros os alimentos que necessitassem para subsistir.

Em 2002, o Código Civil, com mais precisão, dispôs em seu art. 1694 que “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

A obrigação de prestar alimentos pode resultar da lei ou da prática de algum ato ilícito, neste último caso impõe-se como uma indenização.

Quando decorrem da lei os alimentos são classificados como legítimos, e surgem a partir do matrimônio ou de um vínculo de parentesco, sendo objeto do Direito de Família, e especificamente de interesse para o desenvolvimento deste trabalho.

Na seara familiar a obrigação de prestar alimentos encontra fundamento no dever de solidariedade, que nasce a partir do vínculo sanguíneo e afetivo e estabelece-se tanto para os pais em relação aos filhos quanto para os filhos em relação aos pais, sujeita a obrigação à análise da necessidade daquele que reclama os alimentos e à possibilidade daquele que irá fornecê-los.

Quando a obrigação alimentar se dá dos pais para os filhos é possível distinguir duas ordens distintas: uma decorrente da relação de parentesco e outra do poder familiar que se consubstancia na obrigação de sustento dos filhos enquanto menores e encontra previsão legal no art. 1566, IV, do Código Civil, que dispõe: “são deveres de ambos os cônjuges: sustento, guarda e educação dos filhos”.

Quanto aos filhos, sendo menores e submetidos ao poder familiar, não há um direito autônomo de alimentos, mas sim uma obrigação genérica e mais ampla de assistência paterna, representada pelo dever de criar e sustentar a prole;o

¹⁶ Quando os alimentos abarcam apenas o indispensável a manutenção da vida de uma pessoa, estando restrita a interpretação desta necessidade à alimentação, remédios, vestuário e moradia, são os mesmos identificados como alimentos naturais. Dentro de uma concepção mais abrangente, que inclua, além dos elementos citados, indispensáveis à manutenção da vida, também o necessário para suprir necessidades intelectuais e morais, inclusive lazer, diz-se que os alimentos são civis.

titular do poder familiar, ainda que não tenha o usufruto dos bens do filho, é obrigado a sustentá-lo, mesmo sem auxílio das rendas do menor e ainda que tais rendas suportem os encargos da alimentação: a obrigação subsiste enquanto menores os filhos, independentemente do estado de necessidade deles, como na hipótese, perfeitamente possível, de disporem eles de bens (por herança ou doação) enquanto submetidos ao poder familiar. (CAHALI, 2006, p. 349)

Ainda que os pais possuam situação financeira precária, isto não é motivo suficiente para eximi-lo da obrigação de manter o filho, estabelecida em decorrência do poder familiar. Esta só termina com a maioridade do filho. Após, o direito do filho em relação aos alimentos terá nova fundamentação: o vínculo de parentesco que os une, lembrando que nesta fase a obrigação pode recair tanto sobre os pais quanto sobre os filhos, condicionada à demonstração da necessidade de quem reclama e da possibilidade daquele que irá fornecer.

A obrigação alimentar do pai em relação ao filho tem em sua base o reconhecimento do vínculo paterno filial. Diferentemente de outrora, conforme exposto no capítulo sobre o histórico do reconhecimento de paternidade, como efeito imediato do reconhecimento da paternidade surge o direito do menor aos alimentos, independentemente da situação civil dos genitores.

Então, sendo reconhecida a paternidade de um dos gêmeos, ou dos dois, no caso em estudo, o direito aos alimentos estaria assegurado pela lei.

A Lei 8.560 de 1992 dispõe em seu artigo 7º que “sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite”. Então, ainda que não haja pedido expresso na Inicial, se houver necessidade do autor o réu poderá ser condenado a pagá-los.

A obrigação é extensiva a todos os ascendentes, e subsidiariamente, aos parentes colaterais. Tal afirmativa é espelhada pelo art. 1696 do Código Civil.¹⁷ Assim, caso o pai não tenha condição de suprir as necessidades do filho, a obrigação recairá sobre os demais parentes.

¹⁷ Art. 1696 – O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

5.4.3 O direito à sucessão

Um dos efeitos, de não menor importância, que se verifica em decorrência do reconhecimento da paternidade é o direito sucessório, ou a capacidade do filho para herdar de seu pai e de seus parentes independentemente da existência de testamento, e vice-versa.

Raramente observa-se uma ação de investigação de paternidade que não vise, também, um efeito patrimonial, seja com caráter alimentar ou sucessório.

Historicamente o direito sucessório distinguiu em sua aplicação o parentesco decorrente da consangüinidade, ou natural, e o parentesco civil, decorrente da adoção, bem como o parentesco legítimo e ilegítimo, conforme decorresse ou não de casamento. Como visto os filhos havidos fora do casamento, denominados ilegítimos, caso houvesse impedimento para o casamento dos pais, ou naturais, se não houvesse, não tinham direito à herança. Posteriormente é que passaram a ter o direito de investigar sobre sua paternidade, mas somente com efeitos alimentares. O direito sucessório estava atrelado ao reconhecimento posterior à morte do pai ou à dissolução do casamento. Ainda assim, pela unilateralidade do parentesco só fazia jus à metade do que tivessem direito seus irmãos bilaterais.

Atualmente, o filho advindo de relacionamento extraconjugal ou não, reconhecido a qualquer tempo, sucede ao pai como herdeiro necessário. Isto ocorre em virtude do sistema de igualdade entre os filhos apresentado pela Constituição de 1988. Esta igualdade aliada ao interesse estatal de proteção à criança e ao adolescente refletiu no Código Civil de 2002, mais especificamente no art. 1.596¹⁸, não mais restando possibilidade jurídica de tratamento desigual entre os filhos.

Partindo a lei do pressuposto de que após a sua morte as pessoas têm o desejo de contemplar aqueles que lhe são mais próximos e pelos quais detém grande vínculo afetivo elege que serão sucessores os parentes determinando a sucessão patrimonial

¹⁸ 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.

conforme os laços familiares. Eles serão chamados a suceder em uma ordem decrescente de proximidade.

Mantendo fidelidade ao fundamento geral da sucessão legítima, na vontade presumida da pessoa em beneficiar seus familiares, intuitivamente, considera-se que o amor e a afeição pelos descendentes é mais intenso em comparação com os demais, justificando-se nestas características a preferência sucessória estabelecida. (CAHALI, HIRONAKA, 2007, p.144)

A Lei, no caso o Código Civil de 2002, limita a possibilidade de herdar aos parentes de até quarto grau. Os demais, ainda que tenham vínculo sanguíneo, não terão sua pretensão sucessória amparada, salvo a existência de testamento.

A ordem de vocação hereditária privilegia os parentes em linha reta, determinando que os mais próximos excluem os mais remotos. Assim, em primeiro lugar herdam os descendentes, caso não existam herdam os ascendentes. Em terceiro lugar está o cônjuge e por último, pela ordem de vocação hereditária, têm vez os colaterais até o quarto grau. A previsão legal encontra-se no art. 1829 do Código Civil.¹⁹

Em uma ação de investigação de paternidade, sendo o pedido julgado procedente, conseqüentemente estabelecido o vínculo paterno-filial entre as partes, não há como excluir as conseqüências sucessórias entre eles, conforme dicção do art. 1.829 do Código Civil.

5.4.4 Os efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes do reconhecimento da paternidade a partir de possíveis soluções para o caso real.

Normalmente, só seria aventada a imposição dos efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes do reconhecimento da paternidade, quando esta fosse certa. Então, identificado e estabelecido o vínculo paterno-filial entre investigante e investigado, o passo seguinte, via de regra, está assentado na discussão dos alimentos, nome e direitos sucessórios.

¹⁹ O código civil de 2002, em seu art. 1.829, apresentou considerável modificação ao estabelecer o direito concorrente do cônjuge com os descendentes e com os ascendentes.

No caso em debate, a impossibilidade da identificação exata do pai, já é patente. Uma análise pouco aprofundada poderia levar a conclusão de que como não é possível identificar quem é o pai, a solução seria julgar improcedente a ação, não havendo o que discutir sobre os efeitos da paternidade, por ser esta não identificada. Entretanto, a análise não pode ser tão simplificada, dada a excepcionalidade do caso dos gêmeos.

O tratamento a ser dado aos efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes do reconhecimento da paternidade, dependerá, nos caso da investigação proposta contra gêmeos univitelinos, de como será julgada a lide no tocante à paternidade. Como o que se busca é a construção de uma solução jurídica adequada, importante se trabalhar com algumas hipóteses.

A primeira: os dois investigados foram sentenciados como pai do menor.

Neste caso entende-se possível o duplo reconhecimento, uma vez que o argumento de defesa restringe-se ao fato da identidade genética e não a existência de terceiros com quem eventualmente a mãe do menor tivesse relacionamentos sexuais. Além disto, a exame de DNA, comprova a existência de vínculo genético com os dois investigados, ou seja, se por um lado o exame não identifica quem é o pai, por outro aponta, contraditoriamente, que os dois são os pais. Eximi-los de suas responsabilidades seria presentear-los com a impunidade pelos seus atos que se encontram fundados na má-fé.

Acerca da possibilidade do registro com os nomes dos dois pais é sabido que os atos relativos ao registro civil são de ordem pública, mas a partir do momento em que se reconhece que o interesse privado também deve ser tutelado e que se reconhece a imprescindibilidade da esfera psíquica, com todos os elementos que lhe são formadores, a cláusula geral de tutela da pessoa humana autorizará a prevalência do interesse individual sobre o público acerca da diferenciação permitida no registro, ou seja, fazer constar o nome de dois pais. Sobretudo porque nenhum prejuízo à coletividade é ocasionado pelo registro atípico que apresenta o nome de dois pais.

Quanto ao nome, neste caso não seria um problema tão difícil de resolver, uma vez que os dois investigados pertencem a mesma família, tendo, portanto, o mesmo sobrenome. Então, bastaria acrescentar o patronímico faltante ao filho, coincidente com o sobrenome da família paterna. Neste caso a imposição do sobrenome paterno seria

uma conseqüência jurídica inafastável decorrente do reconhecimento da paternidade. Este posicionamento é adotado, sobretudo por tratar-se de um menor. Caso, em sua maioria, manifeste-se no sentido de não ter em seu nome o patronímico paterno, caberá apreciação judicial através da ação competente. No entanto, se o que se busca é o reconhecimento como filho, com todos os efeitos cabíveis, parece pouco provável que se queira excluir este grande ele de ligação com o pai, o nome.

Quanto aos alimentos a obrigação é determinada pelo art. 1694 do Código Civil. Mas, a particularidade do caso permite identificar duas soluções. Poderia ser dividida em duas partes: uma paterna e outra materna. A paterna seria repartida entre os dois pais, nos termos estabelecidos pela Lei, isto é, cada um arcaria com os alimentos, na proporção da sua possibilidade. Um outro caminho poderia ser dividir a obrigação alimentar em três partes: o primeiro pai, o segundo pai e a mãe. Esta última apresenta-se como a que melhor equilibra a reciprocidade existente na obrigação alimentar.²⁰, uma vez que quando este filho for maior, qualquer destes pais poderá, havendo necessidade demandar contra ele requerendo alimentos. Neste caso, não poderá argumentar que só lhe cabe arcar com a metade da pensão alimentícia, pois ao pai, sempre só coube arcar com “meia Pensão”.

Destaca-se que todas estas discussões se dão partindo do pressuposto do não suprimento espontâneo das necessidades de cada um por aquele parente que possa ajudar. Indiscutivelmente, todos desejariam que com o estabelecimento, ainda que judicial, do vínculo entre pai e filho, o afeto, o amor e a solidariedade entre eles aflorasse, mas, nem sempre assim acontece, e em termos práticos necessidades imediatas, possíveis de ser supridas por quem tem o dever de cumpri-las, mas se nega a fazê-lo, nem sempre são sanadas, o que exige medidas mais drásticas.

No tocante aos direitos sucessórios, o filho seria herdeiro dos dois pais, bem como os dois pais seriam herdeiros do filho. O vínculo parental existente entre eles seria suficiente para se levar a esta conclusão.

Então o filho herdaria de cada um dos seus pais, como heranças independentes que são, concorrendo com os demais filhos de cada uma dos pais, porventura

²⁰ Art. 1696 do Código Civil: O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros.

existentes, nos termos do art. 1.835 do Código Civil: “Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, (...)”.

Quanto aos direitos sucessórios dos pais em relação a este filho, apresentam-se as seguintes considerações: se o filho ao falecer não deixar descendente, serão chamados a suceder os pais, conforme dicção do art. 1836 do código Civil:” na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”.

O parágrafo 2º do citado artigo dispõe que: “havendo igualdade em graus e diversidade em linhas, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna”.

Assim, interpretação pertinente e coerente com os artigos legais leva a inferir que a herança do filho será partilhada na proporção de metade para a mãe e um quarto para cada um dos pais, caso os três estejam vivos por ocasião da morte do filho. Caso apenas um dos pais reste vivo caberá metade à mãe e a outra metade ao pai sobrevivente. Se apenas os pais estivessem vivos caberia a cada uma deles a metade da herança. Todas estas soluções atendem ao dispositivo legal que determina a divisão por linhas de parentesco.

Importante ressaltar que esta proposta não considera o segundo pai como *mais* um herdeiro e sim o coloca concorrendo com o outro pai na parcela pertencente pela Lei sucessória ao pai. Da mesma forma os dois pais seriam herdeiros do filho sendo concorrentes dentro da mesma categoria, pai. Esta solução também evitaria prejudicar os demais herdeiro, além dos pais, que foram os ensejadores da situação atípica da tripla parentalidade de primeiro grau na linha ascendente, a partir de ato de irresponsabilidade e má-fé.

O prejuízo seria evidente para a mãe, se a proposta fosse considerar o segundo pai como um herdeiro a mais, sendo a herança então, partilhada igualmente entre os três, isto é, os dois pais e a mãe. A justificativa para este posicionamento estaria na intenção do legislador em beneficiar igualmente pai e mãe, estabelecendo quinhões iguais sempre que concorram a herança de um filho, sendo todos pais, no sentido amplo da palavra a igualdade entre eles, relativamente ao direito sucessório seria alcançada com a divisão igualitário de um terço da herança para cada.

O inconveniente desta opção é que o fato de ter em seu registro civil e documentos o nome de dois pais, poderia ser motivo de grande constrangimento para o filho toda vez que tivesse que apresentar sua identificação. Ainda quando menor várias situações que trouxessem à tona a dupla paternidade poderiam ser suficiente motivo vexatório.

Uma solução que sujeita o menor à situações constrangedoras representaria ofensa ao princípio do melhor interesse da criança, tornando problemática a sua aplicação e já quando adulto a submissão a constantes situações deste tipo representaria ofensa à dignidade do indivíduo.

Como se trabalha neste momento apenas como uma hipótese, nada pode assegurar que este constrangimento venha, ou não, a ocorrer de fato, ainda que no processo o juiz se acautele de laudos psicossociais para tomar a decisão que solucione o conflito. No entanto, atribuir um pai a alguém não é medida passível de ser desfeita pelos inconvenientes surgidos ao longo da vida, então, a solução mais adequada estaria em outra que melhor protegesse os princípios constitucionais informados.

Como segunda hipótese: não sendo possível imputar a nenhum dos dois a paternidade pela dupla identidade genética, mas identificando através de um exame de DNA, que o vínculo paterno-filial é positivo, com relação aos dois “pais” não seria sem propósito assegurar ao menor o vínculo com os avós paternos, que são certos, fazendo constar o nome deles no registro civil do menor, mas não identificando o nome do pai, uma vez que não há como identificá-lo.

Neste caso o sobrenome da família paterna seria acrescentado ao do menor, tendo em vista a certeza do vínculo com a família dos investigados.

Pelo mesmo motivo devem-se assegurar os direitos sucessórios, porém em relação aos avós paternos, pois, se há dúvidas quanto àquele que é o pai, quanto aos avós paternos, não resta dúvida alguma, e sendo descendentes e ascendentes uns dos outros o direito de suceder encontraria respaldo na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1829 do código Civil.

Pelo mesmo motivo acima citado, pais indetermináveis, mas avós paternos certos, a obrigação alimentar recairia sobre estes, ficando condicionada à propositura de uma ação judicial competente para requerê-los movida pelo menor contra os avós

paternos. Neste caso determinar de plano a obrigação alimentar dos avós na ação de investigação de paternidade não seria processualmente possível, tendo em vista não serem os avós partes no processo, ficando então, esta possibilidade condicionada a uma outra ação judicial. Como inconvenientes desta proposta tem-se o fato de que se os avós paternos já forem falecidos restará frustrado o direito alimentar.

Esta solução, adotada como medida muito particular, tendo em vista a excepcionalidade do caso apresenta-se, inicialmente, confrontante com a Lei de registro Públicos, Lei 6.015 de 1973, que traz em seu art., 54 como exigência legal que conste do registro de nascimento o nome dos pais.²¹.Entretanto, se não foi possível identificar quem são os pais entre os gêmeos, os avós paternos são certos, então, diante da certeza e comprovação deste dado ele deve constar no registro civil do menor.

Poderia instalar-se um debate acerca do prejuízo emocional, ou até mesmo social, para o menor que tivesse reconhecido dois pais, ou não tivesse reconhecido nenhum, mas tivesse como certos os avós paternos. Apresentar um registro civil em qualquer um destes termos e ter que explicar esta situação muitas vezes poderia gerar constrangimentos muito mais prejudiciais ao menor, e até mesmo depois de adulto, que fossem muito mais ofensivos a sua dignidade. Mas como saber se o não reconhecimento do pai, bem como de qualquer outro ascendente genético paterno, seria menos agressivo?

²¹ Art 54. Lei 6.015:

O assento do nascimento deverá conter:

1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;

2º) o sexo do registrando;

3º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;

4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança;

5º) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto;

6º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido;

7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal.

8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;

9º) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, quando se tratar de parto ocorrido sem assistência médica em residência ou fora de unidade hospitalar ou casa de saúde

Como medida de cuidado, e em observância ao melhor interesse do menor o juiz deve acautelar-se durante o processo com o apoio de laudos psicossociais de modo a auxiliá-lo na melhor escolha entre os dois caminhos apontados. O melhor interesse da criança permanece como um princípio e isto não pode ser perdido de vista.

Profissionais especializados poderão, até certo ponto, auxiliar no esclarecimento da situação para o menor, bem como na identificação das suas expectativas, anseios e condições psicológicas para enfrentar esta situação.

A terceira hipótese é a do reconhecimento como pai daquele com quem a mãe do menor teve o relacionamento estabelecido, e com o qual acreditava ter se relacionado com exclusividade até o fim do relacionamento.

Em que pese a inexistência de provas por parte do autor sobre a inexistência de relacionamentos sexuais entre sua mãe e o segundo investigado, também este não provou a existência destes relacionamentos, que, diga-se de passagem, não foi um relacionamento socialmente estabelecido, isto é, consentido, foi um relacionamento obtido mediante fraude e com o consentimento do primeiro investigado. Então, se um terceiro compõe a ação de investigação de paternidade foi porque o primeiro investigado o introduziu na relação entre ele e a mãe do autor, bem como no processo. Como assim o foi, deve recair sobre ele, primeiro investigado, a responsabilidade das conseqüências do ato, uma vez que consciente, de acordo e fraudulentamente abriu a possibilidade, de que a mulher com quem mantinha um relacionamento engravidasse de seu irmão.

Diante da definição do pai, o direito ao sobrenome estaria assegurado, bem como apenas sobre este indivíduo, reconhecido como pai, recairia a obrigação alimentar, decorrente do poder familiar, e entre eles estaria assegurado o direito sucessório nos exatos termos legais.

Como quarta e última solução tem-se o não reconhecimento de nenhum dos dois como pais, em virtude da inexistência de provas que demonstrem a veracidade das alegações apresentadas pelo investigante. Neste caso a ação seria julgada improcedente, não se estabelecendo vínculo de parentesco algum entre o investigado e os investigantes ou entre a família destes últimos.

6 CONCLUSÃO

A sociedade a cada dia que passa apresenta situações mais complexas, que envolvem questões com as quais o homem ainda não havia se deparado. Situações que não com pouca frequência apresentam-se como no caso debatido, contrapondo princípios e direitos de ambos os lados.

A ciência contribui muito com o Direito, e cada dia mais, com as novas tecnologias descobertas, mas não podemos perder de vista que tanto a ciência biológica quanto o Direito são meios que propiciam a realização do ser humano, seja individualmente ou integrado em uma comunidade. E, assim sendo, não podemos reduzir as soluções buscadas a uma única dimensão do homem, sendo que são várias as que o compõe, e a biológica (física) apenas uma delas. As dimensões psíquicas, emocionais, afetivas, não podem ficar esquecidas sob pena de tornarem as soluções no mínimo sem eficácia e chegando a desastrosas.

O exame de DNA apresenta-se no processo judicial de investigação de paternidade como um meio de prova a mais, com o propósito de convencer o juiz da veracidade dos fatos alegados. Mas a partir do momento que a ciência encontra o seu limite, e não consegue nos apresentar respostas importante, que só possam ser definitivamente comprovadas por uma perícia, e que a partir das quais teríamos nossos direitos diferentemente definidos, o Direito deve encontrar um caminho para solucionar o conflito exposto.

A solução almejada, diante da inexistência de uma disposição normativa direta sobre o tema, leva a uma construção hermenêutica.

O caso apresentado, bem como as discussões travadas em torno dele, confronta Direitos. E se é certo que encontrar a solução não é simples, também é certo que hierarquizar valores, sopesar quanto vale a dignidade de um em relação ao outro, também em nada contribui para melhor resolver.

Os valores, as considerações axiológicas, podem e devem existir do ponto de vista legislativo, mas depois que a norma está pronta e vigente ela se desvincula do legislador. Ainda que a norma existente não tenha acompanhado a realidade social sua interpretação poderá ser alterada de modo a conformá-la com a nova realidade ou

situação inovadora. Aplicar a legislação muitas vezes implicará em recriar o Direito, mas sempre através de uma sistemática que transpareça coerência normativa, sendo para isso necessário, mergulhar nos argumentos das partes.

A melhor solução para o problema proposto só poderá ser alcançada com o abandono da idéia de um sistema fechado. Isto quer dizer que aquele a quem cabe aplicar a lei deve partir de um sistema aberto para solucionar o caso.

A norma deve ser aplicada amoldando-se às necessidades do caso concreto e tendo em vista as peculiaridades deste. Neste intento o texto legal, com os princípios e valores que informam o ordenamento jurídico como um todo devem ser conjugados e interpretados. A solução encontrada integrará este sistema que servirá para retroalimentá-lo. O Direito deve ser interpretado sem pragmatismos, deve ser revisto, reformulado. Isto possibilita a reconstrução constante do Direito.

Levando em conta todas as considerações feitas, nos parece que princípio e direitos não podem ser analisados de forma absoluta e a ponderação conforme o caso concreto desponta como o caminho da melhor solução. E quando esta for alcançada, através de uma decisão judicial independente das partes concordarem ou não com ela, o que importa é que estejam convencidas de que aquela é uma decisão legítima. E o que lhes fará ter esta certeza é saber que há igual reconhecimento de direitos fundamentais. Assim é construído um direito legítimo.

Uma maneira de assegurar os direitos do menor, bem como seu melhor interesse seria efetivar como pai, aquele a quem ele assim já identifica, fazendo prevalecer os contornos afetivos desenvolvidos entre “pai e filho”. Como não há vínculo afetivo do autor com nenhum dos supostos pais, prejuízo afetivo que extravasasse os que naturalmente a situação já lhe impôs não poderia advir. Sob o aspecto psicossocial, talvez lhe fosse mais prejudicial criar expectativas de um relacionamento paterno filial com quem não tem intenção de lhe dispensar sentimentos de carinho, amor, atenção e outros que se espera de um pai zeloso. Caso houvesse intenção de um dos investigados de assumir o seu papel de pai, este reconheceria o menor independentemente de qualquer sentença, então não teria seqüência o conflito. No entanto, não raras vezes é possível constatar que são maiores os benefícios advindos de uma paternidade reconhecida àquela que não foi. Extravasando a esfera psíquica as

implicações materiais são diretas e não podem ser consideradas de menor importância na decisão.

A particularidade do caso exposto pode levar a uma construção jurídica pouco convencional, situações que podem aparentar uma aberração jurídica como o fato de alguém ter em seu registro civil sobrenome paterno e nome de avós paternos, sem ter um pai, ou até mesmo a hipótese de alguém apresentar em seu registro civil a identificação de dois pais, entretanto importante é que a solução apontada, ainda que estranha aos olhos da sociedade, tenha coerência e respaldo dentro do ordenamento jurídico, mas, sobretudo esteja atenta ao melhor interesse do menor e à preservação da dignidade humana.

Vislumbra-se no caso em tela, como melhor solução, diante de todas as argumentações deduzidas a possibilidade que se segue.

Considerando que o menor tenha expectativas e direitos quanto ao fato de ter um pai, considerando que a falta da identificação, ainda que formal, cause danos psicológicos, que se refletem na formação do sujeito como pessoa, considerando que o Estatuto do Menor assegura os direitos deste no tocante ao reconhecimento dos seus direitos fundamentais e à filiação e, sobretudo considerando que todos esses elementos compõem ao fundo a dignidade humana, assegurada no ordenamento jurídico como preceito maior constitucional, a solução está em, realizado o DNA e demonstrada a paternidade dos dois investigados, admitir como pai o primeiro investigado, isto é, aquele com quem a mãe do menor tinha relacionamento estabelecido e que acreditava ser o pai de seu filho, por isso demandando contra ele inicialmente.

A reforçar este posicionamento está o fato da mãe ter mantido relações sexuais com os dois, mas acreditando relacionar-se com apenas um deles. Identifica-se então a má-fé por parte dos irmãos, que tinham ademais, consciência das conseqüências que poderiam advir de seus atos. Como um dos pilares do nosso direito privado assenta-se sobre a boa-fé não há como desconsiderá-la nesta situação, sobretudo diante da conseqüência chamar-se “filho”.

Prosseguindo, o segundo investigado passou a compor um triangulo afetivo mediante uma fraude, haja vista o desconhecimento da mãe do menor sobre este fato, e com o conhecimento e consentimento do primeiro investigado. Este, ao permitir que

seu irmão participasse da relação, assumiu o risco do resultado produzido, a gravidez daquela com quem mantinha relacionamento, com a possibilidade de ser pai o seu irmão, sem, entretanto a possibilidade de identificação genética para precisar quem é o pai biológico.

O Direito não pode servir de escudo para as pessoas se escusarem de seus deveres legais e os filhos não podem ser penalizados pela conduta desregrada de seus pais. Têm direito a uma vida digna, o que também implica por parte de seus pais o dever de educação, alimentação e porque não dizer ao afeto, como uma obrigação moral, uma vez que é este um valor social, que norteia a família, elemento base da formação de qualquer indivíduo.

São os argumentos que sustentam a opção pela escolha apresentada.

Reconhecida a paternidade, os efeitos se aplicam.

Quanto ao direito ao sobrenome paterno basta acrescentá-lo ao do menor, que passará a ter o patronímico da família paterna.

Quanto aos direitos alimentares e sucessórios o menor os tem assegurados pelo pai uma vez que como tal não podem se furtar à responsabilidade dos deveres legais.

Quanto aos laços afetivos familiares a serem estabelecidos, em decorrência da ligação constituída tardiamente pela via judicial, só em cada caso será possível avaliar os resultados, mas diante das circunstâncias apresenta-se como uma oportunidade para os avós, o autor e porque não dizer, também para o pai, reconstituírem, ou construírem, ligações essenciais e salutareis a todo ser humano.

Acredita-se que, sopesando cada preceito normativo, esta é a melhor solução que pode não ser perfeita, mas atende ao propósito de amenizar os danos causados a uma criança que foi a única, no caso, que não teve escolha, que nasceu em decorrência dos atos e escolhas de pessoas das quais só se espera agora arquem com suas responsabilidades.

REFERÊNCIAS

AMAR, Marcelo J. ayush; AMAR, Ayush Morad. **Investigação de paternidade e maternidade: aplicações médico-legais do DNA**. 2 ed. São Paulo: Ícone, 1993

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAÚJO, Evaldo Altino de. **Contribuição A investigação da paternidade ilegítima (legislação, genética, sangue)**. Recife, 1959.

ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. **A prova judicial de ADN**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BAHENA, Marcos. **Investigando a paternidade**. Leme: LED, 1998.

BARROS, Fernanda Otoni de. **Do direito ao pai**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. 3 ed. rev.e atual. 2.ed. da obra O Direito Civil na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BLISKSTEIN, Daniel. **DNA, Paternidade e filiação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 21 de mai. 2008.

BRASIL. Lei 5.869. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União** Brasília, 11 de jan. 1973.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União** Brasília, 05 de out. 1988.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União** Brasília, 10 de jan. 2002.

BRASÍLIA, Superior Tribunal de justiça. **Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.** REsp 4.987-RJ (DJ 28.10.1991). Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=4987>> Acesso em 05 jun. 2008.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis.** São Paulo: J. de oliveira, 2000.

CABRAL, Alberto Franqueira. **Manual da prova pericial.** 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

CAHALI, Francisco José, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões.** 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos.** 5ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNAÚBA Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita.** São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. Presunções legais Relativas A direitos Indisponíveis No Código Civil. In: Didier Jr. Fredie et al (coord). **Prova, exame médico e Presunção. O art. 232 do Código Civil.** Bahia: Podivm, 2006. p. 83-92

CARVALHO NETO, Algomiro; MUNIZ, Edvar da Costa. **Investigação de paternidade e seus efeitos :comentários à lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992 : doutrina, jurisprudência, prática e legislação.** Araras: Bestbook, 1998.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis.** Campinas: Servanda, 2000.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do Direito moderno. Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro. Teoria – Legislação – Jurisprudência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996

FACCHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.89-106

FACCHIN NETO, Eugênio. Reflexões hitórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.13-62

FIÚZA, César. Crise e interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In: Fiúza *et al* (coord.) **Direito Civil. Atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.23-60

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso completo.** 8.ed.rev., atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FONSECA, Arnaldo Medeiros Da. **Investigação de paternidade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

FREGADOLLI, Luciana. **O Direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte. Del Rey, 1988.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: LED Editora de Direito, 2003.

GOMES, Orlando e CARNEIRO, Nelson. **Do Reconhecimento dos filhos adulterinos**. V1 2.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai.... **A família na travessia do milênio** – Coord. Rodrigo da Cunha pereira. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, IBDFAM, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil No século XXI. In: Fiúza *et al* (coord.) **Direito Civil. Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.93-114

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões**. Belo Horizonte. Del Rey, 2007.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MADALENO, Rolf. **Novas Perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

MAIA, Renato. **Filiação paternal e seus efeitos**. São Paulo. SRS Editora, 2008.

MAIA NETO, Francisco. **Da prova pericial**. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: Conceito, função e tipos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Na ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, uma vez comprovado, através de exame de DNA, que o pai biológico do investigante não é aquele que o registrou, a consequência jurídica é a anulação do registro civil, com a alteração do nome do investigante** Ap. 000.278.213-4/00, Rel.Eduardo Andrade,2003. Disponível em http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=000.278.213-4%2F00&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=12%2F01%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisa Acesso em 02 jan.2009.

MONTEIRO, Samuel. **Da prova pericial**. São Paulo, Aduaneiras, 1985.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 26ª ed.rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.107-150.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade**. Disponível em http://www.gontijo.familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Maria_Celina_Bodin_de_Moraes/RecusaDNA.pdf. Acesso em 03 ago.2008

MOURA, Cláudia Belloti. **A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade**. Revista de Direito Privado. São Paulo. N. 21, p.49-68, jan/mar. 2005

MOURA, Mario Aguiar. **Tratado Prático da filiação**. Porto Alegre: Síntese, 19-. 3v.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **A nova lei de investigação de paternidade. Lei n. 8.560, de 29/12/92.** 3 ed. rev.ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos e investigação de paternidade.** 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Schirlei Gonçalves de. **A presunção de paternidade e o direito de recusar-se ao exame pericial.** Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária. Porto Alegre, RS, v.51. n. 309, p.33-61, jul. 2003

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos.** Atualizada por Lúcia Maria Teixeira de Freitas. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente. Uma Proposta Interdisciplinar.** 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade. Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça **É corolário da investigação de paternidade, na qual se conclui pelo vínculo entre autor e réu, que o filho receba os nomes da família paterna.** Ap. Cível 2002.001.02058, Rel. Bernardo Moreira Garcez Neto, 2002. Disponível em < <http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 02 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Assiste razão à apelante/investigante ao pretender manter o nome civil conforme consta de seu assento de nascimento** Ap.70007099591, Rel José Ataídes Siqueira Trindade, 2003. Disponível em

<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php?PHPSESSID=687598b52c8402255385f4f46edac325> Acesso em 02 jan. 2009.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito Privado e da Codificação – Uma análise do novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RODRIGUES, Sílvio; CAHALI, Francisco José. **Direito Civil: Vol.6: direito de família**. 27 ed. Atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Pretensão de suprimir o nome do pai em virtude da ausência total de qualquer vínculo afetivo** Ap 469.377-4/5-00 - Rel. Gilberto de Souza Moreira, 2007. Disponível em <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em 02 jan.2009

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da família**. 2.ed.rev.,atual. De acordo com o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 10. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e Sua Tutela**. 2.ed.rev.,atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: Perspectivas Interpretativas diante do Novo Código. In: Fiúza *et al* (coord.) **Direito Civil. Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.115-130

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Prova Indiciária No Novo Código Civil e Recusa Ao Exame De DNA. In: Didier Jr. Fredie et al (coord). **Prova, exame médico e Presunção. O art. 232 do Código Civil**. Bahia: Podivm, 2006. p. 121-134

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48 ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TSUNETO, Luiza R. **Utilização do marcador genético HLA na investigação de paternidade**. Revista UNIMAR, Maringá, v. 15, n. 2;p.153-157, ago. 1993

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

VIANA, Marco Aurélio S. **Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1988.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da ação de investigação de paternidade: anotação À Lei n. 8.560/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

WELTER, Belmiro Pedro. **Investigação de paternidade**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. **Relativização do princípio da dignidade da pessoa humana na condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v.3, n. 12, p.5-27; jan/mar. 2002.