

RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL E OS DIREITOS

Cláudia Elisabeth Pozzi

Mestranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Carlos - Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Fundação Educacional Raul Bauab em Jaú - Advogada - Socióloga

Sumário

1. Introdução.
2. Evolução da legislação brasileira sobre a filiação extramatrimonial.
3. O Novo Código Civil.
4. Mecanismos jurídicos de proteção da filiação.
5. A paternidade e os direitos da personalidade.
 - 5.1. A ascensão biológica e a dignidade da pessoa humana.
 - 5.2. Valores ínsitos à proteção do vínculo filial.
6. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A atual análise do vínculo filial merece revisitar as concepções de filiação no Código Civil brasileiro, com a busca das raízes axiológicas que vestem a noção atual da paternidade, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, inovando o ordenamento jurídico pátrio com diversas estruturas familiares e a isonomia entre os filhos havidos ou não do casamento, permitindo a todos os filhos a inserção social e o status familiae mediante declaração, voluntária ou não, de seu estado filial.

O direito civil, no Brasil, sofreu desde a concepção do Código Civil de 1916 rupturas em sua sistemática para a determinação do estado filial como resultante da combinação entre as modificações da estrutura econômica, política e social e as reverberações desses aspectos em legislações posteriores ao nosso Codex privado.

O tratamento para os filhos havidos de relação extramatrimonial apresenta, na atualidade, como princípio basilar, a isonomia de direitos e obrigações à filiação dentro do casamento, tanto para o direito de família quanto para o sucessório, não havendo falar-se em diferenciação, em decorrência da igualdade jurídica entre ambos, solidificada a partir do texto constitucional.

Os novos rumos do direito da paternidade passam por uma radical mudança na estrutura axiológica do estado de filiação, colocando o filho como sujeito de direitos em destaque para as relações de parentesco, enquanto possuidor de direitos indisponíveis, irrenunciáveis e inalienáveis, perfazendo uma revolução copernicana na mudança do foco da relação parental. Como destaca Eroulths Cortiano Junior: "No âmbito do direito privado deixa-se (rectius: está se deixando) atrás a velha concepção do patrimonialismo, marcante nas codificações que praticamente atravessaram este século. O direito civil deixa de ser marcado pela propriedade, contrato, testamento e família. Uma contemporânea visão do direito procura tutelar não apenas estas figuras pelo que elas representam em si mesmas, mas deve tutelar certos valores tidos como merecedores de atenção: a última ratio do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si."

O objeto desse trabalho cinge-se à análise da investigação da paternidade focada em um novo sujeito: o filho. Sob o olhar valorativo e legal, procurar-se-á estabelecer uma análise crítica a partir do vértice do ordenamento jurídico iluminando a legislação privatística desde o Código Civil até a legislação especial sucessiva da Constituição Federal, mostrando os novos paradigmas da filiação e problemática daí advinda.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL E SEU RECONHECIMENTO

Seguindo o entendimento de que o casamento é a base da família, como ressalta Clóvis Beviláqua, a questão da paternidade com reconhecimento forçado delineada pelo legislador no Código Civil de 1916, em verdade, conjuga-se com a irradiação da presunção legal consubstanciada no adágio *pater is est*. A identificação do papel desempenhado pelo pai, socialmente, confundia-se com a função de proteção, do pai protetor, independentemente dos vínculos biológicos havidos entre pai e filho.

Interessante notar em várias sociedades arcaicas que a figura paterna, como vista socialmente,

nem sempre correspondia à paternidade biológica, mas sim a um pai socialmente admitido e ungido de seus deveres. Assim, na Grécia a paternidade estabelecia-se socialmente sobre o nascituro para o homem que se casasse com mulher divorciada grávida; bem como, o costume dos maridos espartanos, a respeito da higidez física, que traziam às suas mulheres reprodutores de boa constituição, que fornecessem ao casal filhos robustos e sadios.

Note-se que as divergentes raízes etimológicas existentes nos vocábulos "pai" e "genitor", conforme nos destaca A. Almeida Júnior:

"Pai, é derivado da raiz PA, que não significa gerar, mas proteger, amparar, nutrir. O pai como procriador era chamado, em sanscrito, 'ganitar' mas como protetor e amparo do filho era chamado 'pitar'. Eis porque as duas expressões são empregadas juntas, nos Vedas, para exprimir a ideia completa de pai. Assim, o poeta diz (Rig-veda, I, CLXVI, 33): Dyaús me pita ganita, isto é, 'Jo-(vi)s mei pater genitor'".

A partir dessas diferenças, o cerne da análise da paternidade pode ser visto na máxima *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, fundindo-se no instituto, por ficção jurídica, a partir das codificações do século XIX, a figura do genitor e do protetor; ou, na atualidade, quando da problemática encetada no tríplice aspecto: paternidade jurídica, biológica e afetiva, conduzindo a uma série de interessantes efeitos no mundo jurídico.

A questão da paternidade estreitamente vinculada à família constituída legalmente, pelo casamento civil, é a supremacia do modelo constituído sob séculos de cultura, edificada, como frisa no começo do século Pierre Piton, na união entre o homem e a mulher como sendo a base da família e, sob a designação de casamento, esta união por todos os tempos regulamentada pelo Estado modelada no casamento, enquanto a base fundamental de toda a sociedade, faz conduzir aos melhores resultados por um desenvolvimento da própria sociedade.

Washington de Barros Monteiro entende o instituto da filiação como a expressão do que existe entre o filho e as pessoas que o geraram, estabelecendo as regras pertinentes ao parentesco consanguíneos.

Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, inserindo as relações entre pais e filhos como espécie do gênero parentesco, sendo que "não se pode compreender o organismo familiar sem este binômio filiação-paternidade ou filiação-maternidade", sendo que entre a filiação fundada no casamento e a extramatrimonial tem-se como diferenciador a presunção *pater is est*, fazendo com que naquele o fato do nascimento tenha correspondência imediata com a relação jurídica filial.

Com a Constituição Federal de 1988, os filhos havidos ou não da relação do casamento ou, ainda, por adoção possuem os mesmos direitos e qualificações (§ 6º, art. 227). Nesse sentido, Arnaldo Wald coloca que "a procriação gera efeitos jurídicos, não mais importando a qualidade de filho na criação de deveres e direitos" e, à guisa de conclusão, afirma que "o efeito jurídico da filiação é a consequência natural da procriação".

Logo, encontram-se unificadas na figura do pai as conotações da função do *pater*, advindas com o casamento civil, do genitor (*ganitar*) e do protetor (*pitar*), fixando a filiação e o conjunto de poderes-deveres decorrentes, enquanto atributo do pátrio poder.

No Código Civil brasileiro, existiam duas classes de filhos, os legítimos e os ilegítimos, e, conforme preleciona Giselda M. F. Navaes Hinoraka, "em sede de indagação legislativa sobre a filiação ilegítima, o que sempre de mais palpitante e sério se descortinou foi o reconhecimento de tais filhos".

De fato, um conjunto de restrições legislativas direcionavam-se aos filhos tidos por ilegítimos, embora o Código Civil previsse expressamente que o filho ilegítimo pudesse ser reconhecido voluntariamente pelos pais, em conjunto ou separados (art. 355), quer nascituros quer falecidos (§ único, art. 357), sob a forma de escritura pública, testamento ou no termo de nascimento (*caput*, art. 357), impõe que "os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos" (art. 358); e, como substrato dessa construção jurídica, exsurge o sistema das presunções legais, ou seja, *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, *mater semper certa est* e *pater vero incertus*.

A confluência entre o casamento, a família e os filhos legítimos, no entender de Edson Luiz Fachin, indica que "a compreensão jurídica da paternidade veio informada por expressivo conjunto de valores, em regra operados por juízos discriminatórios e de exclusão", sendo que, na sintética expressão do jurista, a "família matrimonializada", constituída em decorrência do casamento e tida por legítima perante o Código Civil, acaba por disciplinar e sistematizar as restrições impostas aos filhos havidos f o r a d o c a s a m e n t o .

Enquanto a determinação da maternidade revela-se por sinais exteriores inequívocos: a gravidez e o parto - fatos claros e positivos, suscetíveis de inspeção ocular, nesse sentido a máxima: *semper est certa mater*. Porém, a paternidade, segundo autores coevos ao Código Civil, "é por sua natureza occulta e incerta; e, pois, não pode ser firmada em prova directa, como a maternidade".

Na redação originária do Código Civil, embora prevalecesse a máxima *mater semper certa est*, a

investigatória de maternidade circunscrevia-se à filiação natural, e, tão-somente, à mulher solteira, posto o art. 364, fazendo remissão ao art. 358, não permitir "atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira".

Destaca

Vampré que a legislação pátria não admitia qualquer tipo de ação que objetivasse "atribuir prole ilegítima à mulher casada, ainda mesmo que proveniente de relações sexuais anteriores ao casamento; ou prole incestuosa à mulher solteira; nem mesmo só para efeito de alimentos".

Clóvis Beviláqua, sustentando o raciocínio da prevalência da paz da família, menciona o seguinte caso: "Imagine-se que uma senhora, quando moça, teve um filho natural, fruto do abuso de um sedutor. Esse filho oculto das vistas de todos foi criado por alguém de confiança dos avós. Mais tarde, a senhora casa-se, tem um procedimento digno, é respeitada pela sociedade, estimada pelo marido e adorada pelos filhos legítimos. Esse primeiro filho é ilegítimo, mas não adúltero. O Código não lhe dá, entretanto, ação para investigar a sua maternidade".

Logo, os modos de investigação da maternidade previstos no Código Civil enfatizavam a família constituída regularmente pelo casamento, em detrimento do direito à filiação, ou seja, dentre dois valores - filiação e família, e a posição da mulher/mãe - sobrelevava-se a família

Em decorrência, surge a necessidade de fundar a paternidade em uma probabilidade que a lei eleva à categoria de presunção legal: *pater est quem nuptiae demonstrant*.

Sobre a paternidade, entretanto, pairava o velho adágio romano *pater vero incertus*, presente na sociedade e respaldado pelo Direito, compondo, ademais, pano de fundo para inúmeras obras literárias que vincam a cultura ocidental. Dentre nós, certamente, imortalizado por Machado de Assis em Dom Casmurro e a enigmática personagem Capitu.

Assim, a paternidade edificada no Código Civil, como na grande maioria das legislações, advém, prioritariamente, da constituição da família legítima e dos filhos nascidos na constância do casamento (art. 229), recorrendo-se para dirimir dúvidas a um sistema de presunções.

Na verdade, como bem destaca A. Almeida Júnior, as presunções jurídicas sobre a paternidade distanciam-se muitas vezes da verdade dos fatos, posto encontrarem-se vinculadas a um interesse social, por inteira incapacidade da ciência humana em lograr prova direta dos fatos, que, "ao aplica-lo, porém, acha-o tão elástico e tão dócil que dele resolve fazer um instrumento para provar, não só o que é verdadeiro, como também o que é conveniente. E assim, as presunções legais, se na maioria das vezes conduzem à verdade, em alguns casos nos afastam dela".

É tamanho o predomínio da presunção *pater is est* que mesmo diante da prova de adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, não é suficiente para refutá-la (art. 343); ou, mesmo, a confissão materna não a exclui (art. 346).

Assim, se por um lado, a presunção *pater is est* visa a assegurar a constituição da família, a paz e tranqüilidade sociais; por outro, modela e unifica na figura paterna, por ficção jurídica, o pai procriador, que gera o filho, e o pai responsável, que o guarda e o mantém. Identificam-se, com isso, a paternidade jurídica e a paternidade biológica, sendo a situação jurídica dos pais, o estado civil, determinante para a determinação do status *familiae* de filho.

A presunção de paternidade quanto aos filhos legítimos pode ser contestada, entretanto, na ocorrência das hipóteses taxativamente enumeradas (art. 340), relativizando-a nos casos seguintes: a) impossibilidade física de coabitação nos 121 dias ou mais dos 300 que precederem o nascimento e b) que nesse interregno encontravam-se os cônjuges legalmente separados.

Na primeira hipótese, a impossibilidade de coabitação física, que embora deva ser absoluta, permanente (art. 342), abrange tão-somente a *impotentia generandi* como capaz de elidir a presunção da paternidade, já que a *impotentia couendi*, não constitui óbice à procriação mesmo porque, levando-se em conta o avanço científico, subsistem as técnicas da procriação artificial no sentido de minimizá-la.

E, sobre a Segunda, quanto a estarem legalmente separados os cônjuges, fixou-se a interpretação extensiva aos separados de fato, conquanto que, em ambos os casos, os cônjuges não convivam algum dia, dentro do período da concepção, sob o teto conjugal (art. 341).

Tendo esses pressupostos, a investigação de paternidade, para os filhos havidos fora do casamento, sofre limitações quanto à sua propositura, conforme se depreende da análise do art. 363, começando pelos impedimentos dirimentes públicos (art. 183, ns. I a VI), até às hipóteses de concubinato, rapto, relações sexuais com o suposto pai ao tempo da concepção e, por fim, reconhecimento voluntário.

Em decorrência da incerteza que paira sobre a paternidade, o legislador colocou a prova necessária de determinados fatos que a fazem presumir, segundo consta no art. 363, elencando três casos, que acabam por se desdobrar em quatro: a) se ao tempo da concepção, a mãe estava

concubinada com o pretendido pai; b) se a concepção do filho coincidiu com o rato da mãe pelo suposto pai; c) se a concepção coincidir com as relações sexuais entre a mãe e o suposto pai e d) se existir escrito daquele a quem se pretende atribuir a paternidade, reconhecendo-a.

O concubinato, compreendido como "a união prolongada, como marido e mulher, de pessoas não vinculadas por casamento válido, ou putativo" e, no dizer de Clóvis, a "paternidade natural" não detém, em si, força presuntiva. Com efeito, o nascimento havido em relações extramatrimoniais constitui-se em fato jurídico que necessita ser provado pelo interessado, sendo admitida como matéria constitutiva do direito do investigante, a exceção plurium concubentium, posto não mencionada em texto algum, mas utilizada largamente em nossos tribunais, sem que, contudo, sua ausência dispensasse o apoio de outras provas positivas.

Já o rapto, figura praticamente em desuso pela nossa atual sociedade, sendo violento, mediante fraude ou consensual, produz efeito na esfera cível por supor relações sexuais entre o raptor e a raptada e se o momento da concepção coincidir com o rapto, tornar a prova da filiação irrefutável e cabal.

As relações sexuais havidas entre o pai e a mãe coincidindo com a concepção, generaliza todas as formas de comunicação sexual, trazendo como principal efeito, quando provada, a determinação do vínculo de paternidade. Originariamente, o dispositivo legal continha a palavra "estupro", mas, como aponta Clóvis, por proposta de Rui Barbosa ocorreu a generalização em substituição à designação mais "áspera". Contudo, a prova das relações sexuais cabia ao investigante, principalmente a coincidência entre as relações sexuais e a concepção e a honestidade da mulher em função da exceptio plurium concubentium e, diante de sua ausência, dava-se por im procedente a ação.

Por fim, o escrito do pretendido pai e o reconhecimento expresso do filho, que, diferentemente do reconhecimento voluntário que exige como forma solene o instrumento público, seja inscrição no registro, escritura pública ou testamento; o reconhecimento forçado toma por base qualquer escrito particular, como, por exemplo, os documentos particulares que adquirem força probante na investigatória de paternidade.

Paulatinamente, desde a vigência da Lei n. 463 de 1847 que vinculava a paternidade como um atributo exclusivo do pai e tão-somente mediante escritura pública ou testamento, com posterior advento do Decreto n. 181 de 1890, permitindo, ainda, o reconhecimento por confissão espontânea do pai e o reconhecimento no ato do nascimento perante autoridade oficial, ampliaram-se as formas de reconhecimento da filiação, possibilitando aos filhos nascidos fora do casamento cada vez mais o acesso aos direitos concernentes ao estado filial.

Do modo segmentado que a filiação estrutura-se no Código Civil, entre legítima e ilegítima, segue lenta evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o reconhecimento da paternidade extramatrimonial, perdendo, aos poucos, o casamento importância definidora das relações filiais, como será tratado a seguir.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, tendo como cerne a preocupação de instalar o regime democrático, quase abstém-se de tratar sobre a família e a filiação. Limita-se a introduzir no ordenamento positivo, no Título IV, Seção II, a "Declaração dos Direitos" dos cidadãos, brasileiros e estrangeiros residentes no País, concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade (art. 72, caput), com isonomia legal entre as pessoas (§ 2º, art. 72: "Todos são iguais perante a lei.") e o reconhecimento exclusivo do casamento civil (§ 4º).

A Constituição de 1934, além de ampliar o rol dos direitos e garantias individuais (art. 113, incisos 1 a 38 e art. 114), trouxe ao âmbito constitucional, com maior detalhamento, a preocupação em circunscrever a família constituída pelo matrimônio, com proteção especial do Estado e a facilitação para o reconhecimento dos filhos naturais: "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" (art. 147).

Percebe-se nestes textos constitucionais que a isonomia entre as pessoas, em matéria de direito de família e, principalmente, filiação, limita-se à família legítima constituída pelo casamento civil, excetuando-se, tão-somente, os filhos naturais, por não afrontarem diretamente a instituição matrimonial, à medida em que os pais, vivendo ou não em concubinato, não se encontrem impedidos para o casamento.

Com o Ato Constitucional de 10 de novembro de 1937, retomam-se as disposições contidas no texto anterior, consagrando a indissolubilidade do casamento (art. 124) e os direitos da filiação natural: "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" (art. 126).

Vale dizer que na Constituição de 1934, sob um Estado intervencionista que passa a ingerir mais incisivamente no âmbito das relações privadas e familiares, disciplina, no que tange aos direitos dos menores, sobre a educação e o desenvolvimento físico e moral enquanto deveres do Estado e dos pais, consignando a estes a garantia do auxílio estatal, dando importante passo no sentido da preservação e tutela dos direitos dos menores (arts. 125 e 127), inovando sobre os textos constitucionais anteriores.

Divergentes interpretações da Constituição de 1937 sobre o reconhecimento dos filhos ocorreram. Caio Mário, filiado à corrente majoritária, entendia que a Constituição orientou-se no sentido da equiparação, exclusivamente, da filiação natural à legítima, facilitando àqueles o reconhecimento voluntário ou forçado. Por outro lado, Pontes de Miranda sustentava que por "filhos naturais" abrangiam-se os adúlteros e os incestuosos, em interpretação construtivista da norma fundamental.

Mantida, porém, a indissolubilidade do vínculo matrimonial do casamento, anteriormente cristalizada no art. 315 do Código Civil, excetuada tão-somente pela morte - *mors omnia solvit* - e pela nulidade ou anulação do casamento (ns. I e II, art. 315), já que o desquite, nada mais era do que uma aceção restrita do divórcio à medida em que consistia na separação material dos cônjuges, temporária ou perpétua, sem rompimento do vínculo matrimonial.

Daí, exsurge grande polêmica travada no início do século XX até a década de 40, com a qualificação dos filhos dos desquitados, separando os juristas pátrios em duas correntes antagônicas, denominadas por Orlando Gomes e Néelson Carneiro, como tradicionalistas os que compreendiam os filhos havidos de um desses desquitados com outra pessoa como adúlteros; e progressistas, para os quais mencionados filhos eram simplesmente naturais. Com a vigência do Decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942 dirimiu-se a celeuma, quando estatui: "O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação", derogando, por conseguinte, os arts. 358 e 363 do Código Civil no caso do desquite e autorizando o reconhecimento quer voluntário quer judicial desses filhos.

Nas palavras de Zeno Veloso, o Decreto-lei de 1942 "tem grande importância: foi a primeira brecha aberta no férreo art. 358 do Código, o diploma legal pioneiro que procurou suavizar a triste situação imposta pelo nosso direito aos chamados filhos espúrios".

O texto constitucional de 1946 retoma os preceitos estabelecidos na Constituição de 1937, retirando, contudo, de seu âmbito, a questão do reconhecimento dos filhos. Porém, ao facilitar a conversão do casamento religioso em civil, amplia o rol de famílias legítimas e minimiza as concubinárias.

Vale dizer que a Constituição de 1967, sob o regime militar, preocupou-se mais com as questões ligadas à educação, inspirando-se no "princípio da unidade nacional", nos "ideais de liberdade" e "de solidariedade" (arts. 168 a 172) atinentes às crianças do que com a problemática familiar dos filhos havidos fora do casamento e seus direitos, retomando, praticamente, a de 1946 quando ocupou-se do casamento.

Em movimento crescente no sentido de ampliar-se os direitos dos filhos ilegítimos, principalmente os adúlteros e os incestuosos, contempla a Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, revogando expressamente o Decreto-lei n. 1.737/42, em seu art. 1º, que: "Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação".

Embora proíba qualquer referência à filiação ilegítima no Registro Civil, reduz em sobremaneira seus direitos patrimoniais quando, no art. 2º, dispõe: "O filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado".

Mantendo inalterados os artigos 337 a 367, que trata a respeito dos filhos havidos fora do casamento, da legitimação e das formas de reconhecimento (art. 6º), exceto do famigerado art. 358, inovando na disciplina da matéria.

Como ressalta Arnoldo Wald, com citada lei, coexistiram dois regimes no ordenamento jurídico pátrio distintos para a filiação havida fora do casamento, "aplicáveis respectivamente aos filhos naturais não adúlteros (nascidos quando nenhum dos pais vivia em sociedade conjugal) e aos filhos adúlteros (nascidos na vigência da sociedade conjugal de um dos pais com terceiro)". Assim, aponta Néelson Carneiro, autor do projeto de lei que originou a Lei n. 883, "Não se rompe com a tradição sem lhe pagar certo tributo".

Nada obstante, o art. 51 da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, extinguiu essa discrepância, oferecendo nova redação ao sobredito art. 2º da Lei n. 833, que passou a conter o seguinte teor:

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

A Lei n. 7.250, de 14 de novembro de 1984, acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei n. 883/49, estabelecendo que o reconhecimento do filho havido fora do casamento poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos, alargando, com isso, as hipóteses da investigatória de paternidade.

Com a Constituição Federal de 1988, uma nova concepção de família, distante da família patriarcal do século XIX constituída pelo casamento, presente no ideário do Código Civil de 1916, alterando os paradigmas do vínculo filial. Com ênfase no valor da pessoa humana, ilumina toda a legislação infraconstitucional sobre o assunto, tal como nas Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989; a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 e a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

3 O NOVO CÓDIGO CIVIL

Com a aprovação final do Novo Código Civil e tramitação legislativa no Congresso Nacional por quase três décadas, houve inúmeras modificações no que tange ao Direito de Família, iniciado pelo Projeto de Lei n. 634 de 11 de junho de 1975, de iniciativa do Poder Executivo - fruto de anteprojeto de autoria de Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis de Couto e Silva e Torquato Castro - adotando, após o aprovação na Câmara dos Deputados, recebendo o texto original inúmeras emendas, o número de 118 de 1984, sendo, neste ano, encaminhado ao Senado Federal.

Em novembro de 1997, obteve aprovação, com diversas emendas, no Senado Federal, atuando como relator o Senador Josaphat Marinho, posteriormente, retornando à Câmara para apreciação das emendas. Entretanto, frente às inúmeras desatualizações, notadamente em matéria de Direito de Família, ampliou-se a competência daquela instância legislativa, com a Resolução nº 01 de 2000, baixada pelo Congresso Nacional, para que se procedesse às necessárias adaptações à Constituição Federal de 1988, sendo que das emendas senatoriais, houve a aprovação da grande maioria, conforme Volume 3, Anexo I, do "Texto Proposto e Consolidado pelo Relator Geral na Câmara", inclusas as adequações constitucionais e legais feitas ao texto aprovado pelo Senado, pelo relator Rizardo Fiúza, dispendo sobre o Novo Código Civil.

O Livro IV, Título I, Subtítulo II, Capítulo II, da Parte Especial, disciplina o instituto da filiação e oferece igualdade de condições e direitos entre os filhos, havidos ou não de relação matrimonial, dispendo em seu art. 1.596 que "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Contudo, no art. 1.597 estabelece a presunção de paternidade, acrescentando às hipóteses já conhecidas do art. 338 do Código Civil de 1916, os casos de fecundação e inseminação artificiais, consentâneo às evoluções científicas.

Note-se, porém, a quebra do vetusto princípio *pater is est* quando trata, no art. 1.601, da contestação da paternidade irrestrita e imprescritível, suprimindo texto original (Emenda nº 209, ao art. 1.603) que, análogo ao art. 339 do Código Civil, impunha limitações à propositura da ação. Ainda, merecedora de destaque a preocupação do legislador em evidenciar os princípios constitucionais, minimizando o distanciamento entre a verdade legal e da verdade real, na busca da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora do casamento, o Novo Código Civil não impõe restrições (art. 1.599). E, no que tange ao reconhecimento forçado, declara que "A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade" (art. 1.616), modificando o texto consolidado, por entendê-lo inconstitucional em suas disposições casuísticas em muito aproximadas do art. 363, ns. I a III do Código Civil e mencionar sobre o direito dos "filhos havidos fora do casamento", lembrando que o texto constitucional "não mais distingue os filhos, vedando qualquer diferenciação atinente à origem da filiação".

De igual forma, dá-se nova redação à investigação da maternidade, adequando a reforma do texto aprovado pelo Senado aos ditames constitucionais, sem que a diferença de gêneros vincasse o estado filial, como encontrava-se redigido no art. 1.626, em atenção ao princípio da isonomia (art. 5º, inciso I, CF) e aos direitos personalíssimos intrínsecos à filiação (art. 27, ECA).

Ademais, insere o estado filial dentre os direitos da personalidade, quando estatui, na Parte Geral, Livro I, Título I, Capítulo II, "Dos Direitos da Personalidade", ditando, em seu art. 16, que: "Toda

pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o patronímico".

4 MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO DA FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL

No âmbito da proteção global das pessoas, a Declaração da ONU de 1948, enquanto pressuposto jurídico dos Estados Democráticos de Direito, cristaliza como valor supremo de todas as sociedades "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo", visando dissipar todas as formas de exclusão jurídica, política e social. No que se refere aos direitos humanos, vale lembrar que embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, compreenda três gerações de direitos - de primeira, envolvendo os direitos civis e políticos; de segunda, representando os direitos sociais, econômicos e culturais e os de terceira, recepcionando os direitos difusos e coletivos -, e que, em 1966, foram adotados dois Pactos complementares à Declaração, a saber, o Pacto das Nações Unidas para os Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais, criando um sistema diferenciado para a implementação dos direitos humanos neles contidos; cumpre destacar que: enquanto os direitos civis e políticos detêm a chamada auto-aplicabilidade e, por conseguinte, devem ser assegurados de plano pelo Estado, os direitos sociais, econômicos e culturais apresentam conteúdo programático, uma vez que sua implementação está condicionada ao grau de desenvolvimento específico de cada Estado signatário.

A Constituição Federal brasileira de 1988, influenciada por essa conjuntura jurídica, atrela-se aos direitos fundamentais da criança, de modo a distanciar-se, em muito, do Código Civil de 1916, repercutindo na disciplina dos direitos ligados à filiação e paternidade e na legislação infra-constitucional pertinente.

Na década de 80, Orlando Gomes mostra que dentre as transformações operadas na família brasileira, as de ordem econômica são as que mais afrontam a hierarquia dentro da família sob o comando do marido, tendo como epicentro a inserção da mulher no mercado de trabalho. A igualdade da mulher enquanto força produtiva "influindo em sua situação jurídica" acabou por assolar a família desenhada no Código Civil; bem como o reconhecimento de direitos obrigacionais da concubina e a necessidade de se flexibilizar todas as formas da investigação de paternidade. Com isso, conclui, "em diversos setores do Direito de Família, brechas cada vez mais largas rasgam-se na empena dos Códigos distantes da vida".

A família legítima tradicionalmente vincada por relações de ordem patrimonial, aristocrática cede espaço para novos conteúdos, "ético e humanista", visando o desenvolvimento e bem-estar dos seus membros.

Os institutos do direito de família revestem-se de proteção supra-individual e, sob o enfoque axiológico e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), assumem papel fundamental na promoção da dignidade da pessoa humana.

Em assim sendo, as normas atinentes ao direito de família deixam de ser protetoras de interesses no plano patrimonial, político ou moral para postarem-se, na atualidade, como protetoras da pessoa humana. Logo, a paternidade e a filiação englobam um feixe de direitos de cunho pessoal e patrimonial, que devem ser orientados como suporte à dignidade e ao livre desenvolvimento das pessoas envolvidas.

A família, recebendo especial proteção do Estado (art. 226, caput, da CF), conquanto seja família ou entidade familiar, havida ou não do casamento, ou formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§§ 3º e 4º, art. 226 e § 6º, art. 227, ambos da CF); atinge uma amplitude que rompe com a organização da família elaborada no Código Civil e, consagra, a constitucionalização da família.

Indubitavelmente, discorrer sobre o tema do reconhecimento da filiação extramatrimonial hoje, inclui, como indispensável, a busca das raízes axiológicas, nas palavras de Gustavo Tepedino, que acompanham a concepção civil-constitucional da paternidade.

5 A PATERNIDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Na Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, expressamente, na Seção I, diz: "Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos que, quando entram no estado de sociedade não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, nomeadamente o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar e obter a felicidade e a segurança".

Nesse sentido também a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776 expressa que "todos os homens são criaturas iguais, que são dotados pelo seu Criador com certos direitos inalienáveis; e que, entre eles, se encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade ...", compreendendo a dignidade dentre os direitos naturais, seguida pela promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sob a égide dos princípios político-filosóficos revolucionários do liberalismo.

Em atenção à passagem da proteção da personalidade humana e suas irradiações da esfera do direito privado para a tutela por parte dos Estados, inclusive internacionalmente reconhecida enquanto dever jurídico, torna-se de suprema importância o passo dado para a garantia dos direitos fundamentais com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, quando declara em seu art. III a proteção ao direito à vida, nos seguintes termos: "Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne".

Com isso, abre-se caminho para a proteção integral dos direitos do homem como um sistema global, indistinta e independentemente de origem, cor, etnia, condição social, sexo ou religião. Somente com a Constituição de 1988 tem-se consagrada, no ordenamento pátrio, a proteção do direito à dignidade inserida dentre os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 1º, III). Concretiza-se, por via de consequência, uma inafastável relação entre os direitos da personalidade e os direitos humanos, figurando o direito à dignidade da pessoa humana como princípio basilar.

Hierarquicamente, dentre os valores presentes na ordem jurídica, destaca-se como primacial a noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade, enquanto direito da personalidade com amplitude de direito fundamental consignado na Constituição Federal e em diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, com oponibilidade erga omnes.

Com a mitigação do critério nupcial para a determinação da paternidade, progressivamente, tende-se a se propiciar a declaração da verdade biológica e, a consagração dos direitos da personalidade associados à investigação de paternidade, transforma indelevelmente o prisma de análise da filiação, enquanto direito positivo constitucional e infraconstitucional. Em resumo, existe um caminho jurídico traçado no sentido de buscar progressivamente a verdade biológica no reconhecimento forçado dos filhos havidos fora do casamento, a partir de novos parâmetros familiares e nova realidade sócio-jurídica, em superação às apeias da presunção pater is est e independente do status jurídico dos genitores.

5.1 Ascensão biológica e a dignidade da pessoa humana

Na problemática que encerra o desvelamento da identidade genética de uma pessoa, tornada hoje possível pelo desenvolvimento da técnica científica do exame do DNA do genitor presuntivo e do filho, reveste-se de grande interesse a indagação sobre o complexo de direitos que exsurtem do vínculo paternal, a fim de orientar os operadores do direito na melhor hermenêutica para o deslinde das questões com as quais se deparam na prática diária.

Daí que torna-se mister compreender a investigação de paternidade no âmbito do direito à identidade, assegurando o nome da pessoa e sua inserção na família e na sociedade. Adotando a classificação proposta por Carlos Alberto Bittar, seguindo Limongi França, a enunciação dos direitos da personalidade deve provir da natureza dos bens integrantes e são distribuídos em: direitos físicos; direitos psíquicos e direitos morais, dentre estes últimos, o direito ao nome, à identidade pessoal e à inserção familiar.

Como professa Roberto João Elias, trata-se de um direito que ultrapassa o fato de ser personalíssimo, configurando um direito da personalidade, o reconhecimento do estado filial, em decorrência, assume as duas outras características apontadas: indisponibilidade e imprescritibilidade.

Dentre os direitos da personalidade, José Adércio Leite Sampaio classifica o direito à filiação enquanto um dos direitos à vida privada, o direito à filiação que apresenta uma dupla dimensão. Objetivamente, a dimensão de um "valor da comunidade", como uma premissa e um objetivo constitucionais, que se irradia por todo o ordenamento jurídico, enquanto um marco da liberdade no âmbito da existência, articulado com uma convivência humana justa e pacífica. Ainda, Washington de Barros Monteiro afirma que por ser personalíssimo não admite a sub-rogação, não podendo ser exercido por outrem e a indisponibilidade coloca óbice à transação, tratando-se de relação extra commercium.

A imprescritibilidade consubstanciada pela lei estatutária espelhou a doutrina e a jurisprudência que adotaram tal orientação, posto ser um direito exercitável pelo filho no transcórrer de sua vida ou por seu representante legal durante a incapacidade, que transmite-se aos herdeiros morrendo

o investigante na pendência da lide contra o pai, seus herdeiros ou legatários ; enquanto exceção à regra geral da prescritibilidade das ações, aponta para a prevalência do status familiae em detrimento a quaisquer interesses particulares, enquanto um complexo de direitos e deveres, protegido pelo Estado, como já previa a Súmula 149 do STF: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança."

O direito ao nome, que, no dizer de Limongi França, consiste no "direito que a pessoa tem de ser conhecida e chamada pelo seu nome civil" , este, por sua vez, consiste em "designação pela qual se identificam e distinguem as pessoas naturais nas relações concernentes ao aspecto civil de sua vida jurídica" .

Merece atenção o texto consolidado pelo Relator da Câmara, tratando do Novo Código Civil, que faz expressa menção aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21) e, dentre eles, o direito ao nome: "Toda a pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o patronímico" (art. 16).

Luiz Edson Fachin leciona que "das rígidas fronteiras codificadas, os direitos dos filhos avançaram significativamente rumo a um reconhecimento progressivo. Espécies e respectivos direitos se elasteceram para abrigar novas dimensões do reconhecimento e da investigação, amoldando-se, ainda, pelas possibilidades da averiguação oficiosa e mitigação da força da presunção da paternidade, sem contar com os desafios bioéticos ..." , marcando os novos rumos das questões atinentes à paternidade.

Consequentemente, a investigação de paternidade encerra a confluência civil-constitucional enredando, com grande amplitude, um feixe de direitos no plano sucessório, alimentar, dos registros públicos e do estado filial, enquanto direito ligado à personalidade do investigante - como: a dignidade da pessoa em desenvolvimento e o direito à identidade pessoal , que, em concomitância, consistem em um interesse público e individual -, que não podem ser descartados pela interpretação restrita dos preceitos legais que a regem.

O contexto abre espaço para discorrer sobre o direito de ser pessoa associado ao filho que, nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, faz parte da dimensão do próprio homem:

"Para que um ser humano tenha direitos e para que possa exercer esses direitos, é indispensável que seja reconhecido e tratado como pessoa. Isso deve acontecer com todos os seres humanos. Reconhecer e tratar alguém como pessoa é respeitar sua vida, mas exige que também seja respeitada a dignidade, própria de todos os seres humanos. (...)

Antes de tudo, como exigência para viver com dignidade, a toda pessoa humana deve ser garantido o direito de ter um nome e de ser conhecida e respeitada por esse nome. O nome identifica a pessoa e faz parte de sua personalidade. Por esses motivos o direito ao nome está contido no direito de ser pessoa" .

Na ótica civil-constitucional consegue-se, ao ultrapassar os limites da estrutura hierárquica, centralizadora, matrimonial e patrimonializada que a família assumia, impingir à matéria referente à filiação - há que se distinguir três traços característicos, que são: a) a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; b) a despatrimonialização das relações entre pais e filhos; e, c) a desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores - uma reorientação e conduz direta influência nos caminhos da investigação de paternidade, enquanto instrumento da tutela da pessoa humana.

É importante compreender o reconhecimento da paternidade contextualizado com o direito à identidade, intrínseco à personalidade humana, por ampliar o modo de conceber esses direitos.

Em primeiro lugar, deve-se dar especial atenção ao fato do vínculo filial extrapolar as relações de direito de família, ou seja: se o reconhecimento é uma das formas de preservar-se a identidade da pessoa, e isto é um direito da personalidade, existe uma conjunção de vários direitos de naturezas distintas.

No âmbito das relações de parentesco, exsurgem direitos de ordem patrimonial, tais como os direitos sucessórios, a mútua assistência entre os ascendentes e descendentes; direitos puramente de família, como o patronímico do genitor, os ligados ao pátrio poder; as relações de parentesco; o direito de visitas entre os parentes; os impedimentos matrimoniais, dentre outros.

Concebida em linhas mais flexíveis, origem filial encontra-se indiscriminada no texto constitucional no que pertine à isonomia de direitos e obrigações entre os filhos havidos ou não do casamento, segundo o § 6º, do art. 227, verbis: "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."

Daí advém que mesmo o filho concebido fora do casamento e sob o qual não paira a presunção

pater is est, encontra-se em igualdade de condições - mesmo que seja uma isonomia legal e não real, conquanto possa sofrer desamparo intelectual, afetivo, material ou, ainda, desigualdades por parte da sociedade, do pai e da própria família - edificada constitucionalmente, atribuindo-lhe todos os efeitos da filiação matrimonial, de cunho pessoal e patrimonial.

O estado filial, consentâneo com as necessidades de nossa sociedade, previsto na legislação posterior ao texto constitucional, enfeixa uma série de direitos, iniciando pela igualdade entre todos os filhos que afastou as vetustas designações de filhos ilegítimos, distinguindo-se os naturais e os espúrios, que por sua vez dividiam-se em adulterinos a patre, adulterinos a matre e incestuosos, para - após quase um século de transformações sociais que engendraram aos poucos uma dinamicidade nas normas de direito de família - culminar com as designações: filhos havidos ou não do matrimônio, desaparecendo a ligação entre casamento e legitimidade filial.

Aponta Heloísa Helena Barbosa que "registrava-se no filho o status jurídico dos pais" e, embora a atual classificação em nada influencie sobre seus direitos enquanto filhos, tão-somente sobre os primeiros paira a presunção legal do pater is est e, quanto aos demais, haverá a necessidade do reconhecimento voluntário ou judicial, este resultante de sentença proferida em ação intentada pelo filho, em investigação de paternidade ou de maternidade

Torna-se admissível a investigatória de paternidade pelo filho que não tenha indicação no termo de nascimento da indicação do pai ou cujo registro tenha sido anulado, já que a ninguém cabe vindicar estado contrário ao que consta do registro de nascimento, salvo provando erro ou falsidade de registro.

Assim, incorrendo o reconhecimento voluntário, restará ao filho propor a investigação de paternidade contra o suposto pai, emoldurada sob um tríplice aspecto legal: o Código Civil e sua releitura frente à Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, principalmente a Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei n. 8.560/92, que especialmente regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, postulam-se novos paradigmas para a família, com a isonomia entre os filhos e a paternidade responsável enquanto direitos fundamentais. Interpretada sistemática e construtivamente junto ao Código Civil e legislação extravagante, o texto constitucional faz extrapolar os limites colocados pelo Código Civil quanto à legitimidade ativa do investigador quando houvesse infração aos impedimentos dirimentes públicos (art. 183, ns. I a VI) aos filhos naturais ou quando não presentes as hipóteses enumeradas no art. 363.

Ademais, a Lei n. 8.560 revoga expressamente os artigos do Código Civil referentes às designações parentesco legítimo e ilegítimo (art. 332), filiação legítima (art. 337) e a prova da filiação legítima pela certidão do termo de nascimento (art. 347), à medida em que no registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação e suas certidões não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal (arts. 5º e 6º, da Lei n. 8.650/92 c/c § 6º, do art. 227, da CF e art. 20, da Lei n. 8.069/90).

O estado de filiação advindo do reconhecimento judicial impõe a indisponibilidade desse direito, ou seja, como um bem jurídico inalienável e, ainda, sua imprescritibilidade, não podendo ser consolidadas as relações jurídicas pelo transcurso do tempo, prevalecendo o valor supremo do direito ao estado filial, consoante reza o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

"O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitados contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça."

Nesse rumo de idéias, vão-se aos poucos delineando os valores ínsitos à paternidade e à filiação como ressonância da novel legislação sobre o assunto, organizados num conjunto de direitos da personalidade que serão analisados a seguir.

5.2 Valores ínsitos à proteção do vínculo filial

Com a revolução axiológica promovida pelos princípios constitucionais definidores da paternidade, inserindo em matéria de investigação de paternidade os direitos fundamentais positivados pela ordem jurídica, impõe a verificação do mencionado instituto no contexto tripartido de valores: a verdade jurídica, a verdade biológica e a verdade sócio-afetiva. Confrontar esses três planos axiológicos com a posição atual do direito quando da declaração da paternidade forçada, conduz considerar a visão crítica e multifacetada das provas genéticas da paternidade de encontro aos paradigmas do Código Civil, ou melhor, a prevalência da verdade biológica - consagrando direitos fundamentais da criança e do adolescente na aplicação da legislação infraconstitucional para o estabelecimento da paternidade - e o conflitos daí oriundos

desde à inserção da afetividade nas relações familiares até questões de ordem formal como a força da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, com o exame crítico da jurisprudência brasileira sobre o tema.

O desenvolvimento científico da engenharia genética, mais especificamente o aperfeiçoamento dos exames das impressões genéticas do DNA, opera uma clivagem no âmbito das ações de investigação de paternidade, desestruturando o sistema positivado no Código Civil da presunção pater is est e concretizando os princípios constitucionais da verdade biológica em superação à verdade jurídica.

Em matéria de prova, a investigação de paternidade classicamente repousou sobre um sistema de presunções legais que conduzia o convencimento do juiz à exclusão ou inserção da paternidade. À guisa de classificação, pode-se dizer que existem os meios genéticos e os não genéticos. Enquanto estes consistem nos meios probatórios tradicionais insitos ao art. 363 do Código Civil, provando a concomitância entre a concepção e as relações sexuais, o concubinato, o rapto ou, por outro lado, a virgindade, a impotência generandi, a esterilidade etc.; os primeiros, buscando a origem biológica do filho, compreendem-se não sangüíneos - como: olhos, cabelos, dentes, cor da pele, dentre outros - ou sangüíneos, desde a determinação dos tipos sangüíneos, passando pelo HLA até a eficácia científica praticamente absoluta do DNA.

De fato, na atualidade a família tanto é protegida globalmente, como se vislumbra da dicção do caput do art. 226 da Constituição Federal ("A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado."), como também, individualmente, os filhos em seus direitos individuais ligados à personalidade, na forma legal da Lei 8.560/92; do ECA, nos art. 19 (§ 6º, do art. 227, da CF), que estabelece o direito de toda criança à convivência familiar biológica e, excepcionalmente, em família substituta; art. 20, trazendo a isonomia entre os filhos, independente do estado de casado ou não dos pais e, ainda, o art. 27 que prevê, como evidencia Cláudia Lima Marques, o direito básico da pessoa de ser identificada como filho de alguém, de ter um nome de família, de saber sua origem, de seus laços de família para conviver ou ser identificada na sociedade".

Com o DNA busca-se atingir a verdade biológica como representativa dos direitos consignados no ordenamento jurídico, devassando o manto que encobria a paternidade, mas, também, exurgindo o direito do pretense pai de negar-se à submissão ao exame, criando o conflito entre dois direitos. Posição jurisprudencial tida como paradigmática, cuidando-se de investigação de paternidade com requerimento de realização de prova hematológica (exame de DNA) pelo autor, com oposição do réu à sua efetivação porque mister se faria dispor de seu próprio corpo, decretada pelo Supremo Tribunal Federal, Ministro Sepúlveda Pertence, em 31.03.1998, por votação unânime, que segue a ementa oficial:

"Estado da questão no direito comparado. Precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos. Deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente. Hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria." (HC 76.060-4/SC).

Sob o olhar valorativo, o substratum do julgado em análise coloca-nos a seguinte indagação: seria moralmente lícito ao direito à intangibilidade do corpo humano oferecer oposição ao direito ao conhecimento da origem genética também assegurado pelo direito positivo? Qual direito deverá sobrepor-se a fim de que seja proporcionada a devida Justiça?

A logicidade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal alicerçada em precedente jurisprudencial (HC nº 71.373-4 - RS, j. 10.11.94) no qual, por maioria de votos, entendeu-se que se trata de direito indisponível, protegido em dispositivos constitucionais (arts. 1º, inciso III e 5º, inciso XLIX) mediante os quais, como aclarado no voto do Ministro Sydney Sanches, não seria "possível conduzir alguém a juízo e submetê-lo, contra sua vontade, e até à força, à extração de sangue, como também não me pareceria razoável forçá-lo à ejaculação, para obtenção de esperma, nem forçar alguém a fornecer elementos gráficos, de próprio punho, para exame grafotécnico."

Nesse rumo de idéias, a preocupação com a inviolabilidade do corpo humano encontra baliza em outras decisões do Judiciário quando se depara com a questão. Em habeas corpus apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (HC nº 68.309 - DF, DJU 08.03.91, p. 315), decidiu-se, em última instância, pelo afastamento da sentença monocrática que previa como pena alternativa a prestação de serviços à comunidade mediante doação de sangue pelo condenado, sendo que o Ministro Relator Celso de Mello, pronunciou-se pela proteção à pessoa do delinqüente baseando-

se no princípio fundamental do direito à vida e na intransmissibilidade da sanção penal em não ultrapassar a pessoa do condenado.

Assim sendo, o fundamento jurídico de validade da proteção irrenunciável ao próprio corpo e suas partes resulta de um processo histórico-cultural que, a largos passos, culminou na Declaração dos Direitos da ONU de 1948 e nos Pactos Internacionais dos Direitos Humanos de 1966, que iluminaram e nortearam os direitos fundamentais do homem consignados em nossa Constituição Federal de 1988, no reconhecimento - no plano do direito positivo - de direitos inerentes e inatos à personalidade humana, dotando-os, como afirma Carlos Alberto Bittar, de proteção própria, contra o arbítrio do poder público ou às incursões dos particulares .

Por conclusão, no embate entre dois valores, do filho em buscar sua origem e do pretense pai em preservar sua intangibilidade física , se por um lado, como leciona Ives Gandra não pode "alguém ser forçado a submeter-se ao exame do DNA, à luz dos dispositivos acima mencionados [incisos X e XII, do art. 5º e § 4º, inciso IV, do art. 60, ambos da Constituição Federal], sob pena de a exigência implicar mácula à privacidade ou intimidade. É possível, inclusive, entender que os 'dados genéticos' estão também protegidos pelo inciso XII do art. 5º, na medida em que são invioláveis e pertence exclusivamente ao cidadão, que poderá aceitar ou não sua exposição ao conhecimento de terceiros" ; por outro, deve prevalecer a dignidade da pessoa humana como um valor supremo do Direito, mesmo porque, a tutelar a intimidade física neste caso consistiria em admitir um direito subjetivo que desvirtua a função social deste direito como abuso de direito que se sobrepõe ao art. 27 do ECA e obsta a tutela do que Leoni Lopes de Oliveira menciona ser "o núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou direitos de natureza patrimonial" .

Percorrendo o caminho traçado por Miguel Reale, analisando o Direito em tríplice aspecto - fato, valor e norma -, torna mister o entendimento do fundamento do Direito, ou seja, seu aspecto ético, valorativo, que o eminente jurista compreende como "invariantes axiológicas" . Mostram-se pertinentes as seguintes indagações para a adequada aplicação das normas jurídicas sob análise: qual seria o fundamento ético das normas relativas à investigação de paternidade e seu fim colimado? Quais seriam suas "invariantes axiológicas"?

Enquanto uma invariante axiológica, o direito à inserção, ao reconhecimento do indivíduo na sociedade em que vive e sua identidade são direitos que sempre existiram em todas as sociedades, das arcaicas às pós-modernas. E, se em tempos pretéritos, a figura do "pai social" era suficiente para este status social, na atualidade, com a "verdade genética", a identidade genética, passando pela identificação entre "pitar" e "ganitar", constitui-se em um dos atributos da paternidade pós-moderna.

A problemática assim posicionada, ademais, conduz-nos a relembrar o referencial dos preceitos fundamentais do Direito, ensinados por Paulo: *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* - violados pena negativa à perícia genética pelo suposto pai e culminando na ruptura da proporcionalidade entre os homens apregoada pela justiça .

Todavia, contornando o epicentro do conflito, nossos tribunais têm adotado, com equanimidade, a interpretação sobre a recusa imotivada à realização do exame pericial como forte presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, quando existem outras provas que corroborem, resultando na verdade objetiva da paternidade .

Interessante notar que mesmo diante de prova testemunhal alegando a promiscuidade da mãe do investigante, sob o argumento do *exceptio plurium concubentium* a recusa à realização ao exame DNA ainda prevaleça a presunção de paternidade, como se verifica no emblemático Agravo de Instrumento n. 256.996/RS, prolatado pelo rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 26.04.2000, proveniente do Superior Tribunal de Justiça, que, por sua clareza e relevância, destaque-se o excerto:

"As Câmaras especializadas deste Tribunal têm entendido que a recusa injustificada do réu em sujeitar-se a exame pericial, influi no convencimento do Juiz e deve ser sopesada na valoração da prova. É direito de qualquer um não submeter-se ao exame. Deve, contudo, suportar as conseqüências de sua recusa.

O exame genético, especialmente pelo sistema do DNA, não tem, em relação à probabilidade positiva de paternidade, valor absoluto. Contudo, o tem para excluir a paternidade. Assim mesmo, representa indício de alta significação para o encontro da verdade real. E um investigado que pretende efetivamente ver estampada nos autos tal verdade, não se pode esquivar, injustificadamente, a fazê-lo. Se o fez, foi porque temia o resultado de tal exame. Assim, entende presentes robustos elementos para conduzirem ao juízo de certeza da paternidade (...)."

Em resultado, por via oblíqua, acabam por prevalecer os direitos inerentes à personalidade do filho a caminho da verdade real, em buscar seus laços de consangüinidade, mesmo que obtido indiretamente pela recusa do investigado em submeter-se à perícia - com sua intangibilidade física protegida -, como um valor jurídico que tem supremacia.

Por força do entendimento da supremacia da origem genética das pessoas como um direito inerente à personalidade, consignado pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais, surge outro paradoxo: a investigatória de paternidade reproposta sobre sentença anterior, que reconheceu ou não o vínculo sangüíneo, com fundamento em provas não genéticas ou genéticas, mas sem apresentarem a cientificidade do DNA.

Com efeito, novel problemática jurídica envolvendo um complexo de valores depara-se o Poder Judiciário pátrio que tem merecido decisões claudicantes, ora apoiando-se na segurança jurídica propiciada pela força da coisa julgada ora privilegia a verdade biológica. No Recurso Especial 107.248/GO, cujo relator Ministro Carlos Alberto Mendes Direito, da 3ª Turma, julgado em 07.05.98, por votação unânime, assim decretou:

"Ação negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada.

1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos efeitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. (...)

2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada.

3. Recurso especial conhecido e provido".

Refoge ao âmbito deste trabalho o tratamento das questões processuais relativas aos efeitos da coisa julgada material e formal, mas sim, existe a preocupação de tratar os novos caminhos da declaração da paternidade frente às inovações trazidas com o DNA e seus paradigmas axiológicos.

No decisor, o estrito legalismo e o valor atribuído à segurança das relações sociais prosperou perante a certeza genética. Socialmente, o Judiciário cumpriu sua função jurisdicional ao atribuir a função de "pai" à determinada pessoa, independentemente de suas qualidades genéticas, tendo o mesmo deveres, principalmente de ordem patrimonial - alimentos e direitos sucessórios - para com o filho, com a "certeza jurídica" sobre a paternidade oferecida em sentença anterior. Paradigmático, ainda, o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo quando apreciou ação negatória de paternidade propugnada pelo pai, que teve a paternidade declarada em investigação de paternidade anteriormente proposta, sem que se fizesse uso do exame genético DNA. Por maioria de votos, deu-se a improcedência da segunda ação, contudo merecedora de destaque a declaração de voto divergente do Des. Elliot Akel entre partes anteriormente conflitantes, no seguinte julgado, com destaque:

"O direito ao estado filiar é indissociável da personalidade humana. Toda pessoa tem o direito de ver registrado, em seu assento de nascimento, sua filiação, mas filiação verdadeira. É direito de todo ser humano, personalíssimo, inalienável, irrenunciável e imprescritível, o de ver indicado, em seu assento de nascimento, com referência à paternidade, não um nome qualquer, mas o nome de seu verdadeiro pai.

Manter, em nome da pureza de princípios processuais, uma relação de paternidade que o indigitado pai repudia porque lhe falta a certeza de um simples exame poderá conferir é impedir, muitas vezes, que duas pessoas, pai e filho, possam gozar das alegrias (e sobressaltos, é certo) dessa relação".

E, ressalta as seguintes indagações que representam, em verdade, planos axiológicos diversos e a busca pela solução mais justa e equânime:

"Permitindo, o atual estágio da ciência, descobrir se uma relação da paternidade, embora afirmada por sentença transitada em julgado, não é verdadeira, teria sentido privilegiar a coisa julgada ou propiciar a possibilidade de revisão de uma decisão assentada em falsa base? Considerando-se o atual estágio de evolução do próprio Direito, seria admissível prestigiar a verdade formal em detrimento da verdade real?

A existência de julgado que decidiu sem que houvesse ampla possibilidade de acesso às técnicas

probatórias hoje existentes, constitui óbice irremovível à nova verificação da efetiva paternidade biológica, com o objetivo de se conjugar a verdade formal à verdade material? A meu entender, a resposta a todas essas indagações há de ser negativa".

A dicotomia entre "pai social" e do "pai biológico" torna-se o pano de fundo dessas ações que, na atualidade, apresentam-se ao Judiciário. Um conflito entre princípios constitucionais: da coisa julgada fixando a "verdade jurídica" e outra ação, fundamentada no DNA, repousando sua tese sobre a "verdade biológica".

Embora em números menos expressivos, há julgados que privilegiam a busca da origem genética como um direito irredutível. À guisa, também, de exemplificação:

"Processo civil. Coisa julgada. Ação de estado. Investigatória de paternidade. 1. A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber que, é o seu pai. Seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real. 2. A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é o seu ancestral. O processo não deve ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas. Agravo improvido. Maioria".

Desta feita, ignorar a eficiência do progresso científico para fins de investigação de paternidade em favor da segurança e da estabilidade que a ordem jurídica impõe, reduz a função do Judiciário ao formalismo que oblitera a consideração dos direitos envolvidos no processo, referentes aos direitos da personalidade, que apresenta como objeto da tutela o indivíduo em sua globalidade, propiciando a tutela da dignidade em conformidade com os preceitos constitucionais (art. 1º, III).

A análise remete à hermenêutica do art. 363 do Código Civil - que, oscilante, ora entende serem taxativas as hipóteses elencadas ora abrem-nas para uma visão civil-constitucional sincronicamente contextualizada com os avanços genéticos, inclusive mesmo diante de métodos de concepção artificial que prescindem de relações sexuais - com o escopo de atingir a verdade real e, com maior chance, fazer coincidir uma tríplice paternidade: jurídica, biológica e afetiva.

Ampliando o campo de análise, sob o prisma da antropologia, nos clássicos estudos das relações de parentesco e filiação nas sociedades arcaicas, sempre há a presença da família em quase a totalidade das sociedades humanas conhecidas e, dentre os valores tidos por universais, surge a paternidade social a partir do vínculo de parentesco, advindo das várias formas de organização familiar, entre um homem e os filhos de sua esposa, sejam estes ou não seus filhos fisiológicos.

Essa paternidade social, reconhecida dentro da identidade legal, econômica e sentimental da família encontram-se, como pondera Katheen Gough

"mesmo nas sociedades poliândricas, nas quais as mulheres têm vários maridos ou nas sociedades matrilineais, nas quais a condição de membro do grupo e a propriedade se transmitem através das mulheres, cada criança tem um ou mais pais designados com quem mantém uma relação social, e muitas vezes religiosa, especial. Este vínculo de paternidade social reconhece-se entre povos que muitas vezes nada sabem acerca do papel que o macho desempenha na procriação ou entre aqueles que o macho desempenha na procriação ou entre aqueles em que, por várias razões, se não torna claro quem seja o pai fisiológico de cada criança em concreto".

Daí que, em muitas sociedades, a afetividade encontra-se emoldurada na paternidade social - sem desconsiderar as facetas econômica, política e religiosa dessas relações -, representativa da figura do provedor, do guardador, sobrepondo-se ao gerador e com funcionalidade no âmbito social.

Interessante notar, como Paulo Luiz Netto Lôbo ensina com muita propriedade, a tendência atual a se desvincular a filiação biológica da filiação afetiva, e a minimização do papel do exame genético sobre a segunda, principalmente diante da doação anônima de sêmen humano, a inseminação artificial heteróloga, de material genético feminino ou, ainda, a paternidade sócio-afetiva na adoção, permitindo dilação no sentido de resgate da era pós-moderna nas estruturas arcaicas de parentesco para o conceito e prática da paternidade.

Mas, em atenção à grande generalidade dos casos de investigação de paternidade que correm dia-a-dia junto ao Judiciário no Brasil, as ações judiciais para determinação da paternidade envolvendo o biodireito e a biogenética, embora não se possa olvidar sua presença, são em muito diminutas frente ao reconhecimento forçado da paternidade.

Nessa realidade, alcançar a tríade seria uma panacéia para todos conflitos que, com grande frequência, envolvem as questões relativas à paternidade forçada. Talvez, uma das formas de se ultrapassar os limites da atividade jurisdicional que se apresenta insuficiente, principalmente, no que tange ao vínculo de afetividade entre pais e filhos, encontrasse solução - senão na totalidade dos casos, mas, certamente, em situações nas quais se privilegiou a figura do pai legal - na

colidência cada vez maior entre verdade jurídica e verdade real, a partir da prova genética conclusiva e em prol dos direitos irradiados da personalidade humana num movimento de reconstrução da história de vida das pessoas envolvidas - pais e filhos e da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CF).

Com grande razão, Giselda Maria F.N. Hironaka, sobre o hiato colocado entre "verdade biológica" e "verdade afetiva", aponta a relevante importância dos efeitos do reconhecimento forçado da filiação: "Tais questões têm, efetivamente, atordoado os pensadores e aplicadores do Direito, preocupados com a "verdade" afinal preponderante neste delicadíssimo assunto. Em que pese, contudo, o valor de tais ponderações, não se pode olvidar das conseqüências mais visíveis e emergentes da geração de um filho sem genitor declarado. Esta criatura, a quem o Direito endereça sua proteção e tutela, enfim tem direitos mais plausíveis e urgentes do que a questão do amor, embora esta, no meu sentir, deva ser sempre o eterno núcleo de atenção da própria humanidade ...".

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade contemporânea a filiação encontra-se inserida em um contexto sócio-jurídico multifacetado e complexo, amalgamado nas diversas composições familiares, família matrimonializada, a união estável, a família monoparental; nas disposições constitucionais e infraconstitucionais, com o reconhecimento voluntário ou judicial dos filhos advindos fora do casamento; na minimização do valor da presunção pater is est diante, tal como no caso dos filhos adulterinos a matre; nas técnicas de reprodução humana, de inseminação artificial, de fertilização in vitro, do banco de sêmen, da "barriga-de-aluguel"; nos padrões comportamentais de liberdade sexual; na adoção, nacional e internacional.

Frente à multiplicidade de situações fáticas, torna-se impotente a visão unitária de paternidade e filiação, merecendo soluções diversas dependendo seja a filiação decorrente de relações sexuais ou reprodução assistida, englobando inúmeras técnicas.

A busca de caminhos jurídicos possíveis do binômio paternidade-filiação, abarcando o tecido social pelo qual perpassam as normas jurídicas, flexibiliza a noção de paternidade, modulado à realidade jurídica iluminada pelos direitos da personalidade ínsitos à pessoa do filho, em busca de suas origens genéticas, de sua história pessoal e de sua inserção na sociedade em que vive.

De modo claro, a igualdade em matéria de filiação construída a partir do vértice de nosso ordenamento jurídico somente atinge efetividade quando a investigação perfaz o duplo movimento de desligamento das condições de admissibilidade existentes na legislação civil vigente - já que, implicitamente, de início, impõe uma desigualdade para o filho nascido fora do casamento relativamente ao filho nascido do matrimônio, sobre o qual paira a presunção legal pater is est, consubstanciando a isonomia somente após o reconhecimento judicial -, embora atualmente minimizadas pela doutrina e jurisprudência, e aproximação preferencial da verdade biológica, emergida com o exame de DNA.

Ainda, o desatrelamento entre casamento e filiação propiciado pelo ordenamento jurídico hodierno gera a isonomia entre os filhos e permite investigar a paternidade com os meios probatórios assentados na moderna ciência genética, trazendo a identidade filial enquanto um direito indissociável da personalidade das pessoas; mas, por outro, não se pode olvidar que a filiação biológica por si só torna-se insuficiente para que haja a devida inserção do filho junto à comunidade, posto não haver mecanismos jurídicos hábeis a reivindicar outras dimensões do ser humano, como a afetividade.

Assim, paralelamente às teorias vigentes sobre a paternidade enquanto verdade biológica, jurídica e sócio-afetiva, a fim de rastrear a questão, há que se distinguir a procriação natural, proveniente de relações sexuais consubstanciadas na constância do casamento ou não (como: união estável, concubinato impuro, namoro, rapto, estupro ...) e a procriação artificial ou assistida, englobando as técnicas da inseminação artificial homóloga e heteróloga, fecundação artificial in vitro, implantada no útero com material genético.

No que tange à procriação natural, a verdade biológica prepondera como resultado da aplicação dos princípios fundados na Constituição Federal de 1988, notadamente, da dignidade da pessoa humana e a busca da proteção integral da criança.

Nada obstante, a paternidade biológica encontra áreas limítrofes nas quais queda inoperante, muitas vezes deparando-se com mecanismos jurídicos protetivos da paternidade sócio-afetiva, v. g., no caso da adoção e a desvinculação biológica do adotado e sua família originária e da procriação artificial havida com a inseminação artificial heteróloga, não havendo falar-se,

enquanto tendência jurídica, em levantar o véu que encobre a ascendência genética do filho. Particularmente, ainda no que se refere às questões genéticas, é cediço o descompasso existente entre as normas jurídicas e o efervescente avanço científico, tornando precárias as soluções judiciais dos conflitos surgidos marcados por questões ético-jurídicas

Perfazer o recorte neste enredado quadro, proposto pelo presente trabalho, tratando estritamente da paternidade-filiação no reconhecimento judicial dos filhos havidos fora do casamento, mutável no evoluir histórico e redimensionado pelos princípios constitucionais vigentes da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável enquanto normas que perpassam pelas situações fáticas ocorrentes no meio social, é, apenas, a parte de um todo - que objetivamos retomar e completar em pesquisa futura, visando a estabelecer os caminhos da paternidade em uma totalidade sistematicamente organizada por princípios jurídicos e valores, internacionalmente vigentes, ligados à pessoa humana -, tendo por fim colimado: *the child's best interest* .

Para rematar, não é demais lançar mão das idéias de Miguel Reale, subjacentes a esse estudo, ao analisar o valor supremo da pessoa humana enquanto o norte, o referencial que interliga o homem à humanidade, pois

"O que poderia parecer o paradoxo do 'ser do homem', em virtude de sua validade universal implicar necessariamente algo que singulariza e distingue um homem de outro homem, é antes a compreensão essencial de que a universalidade do homem não corresponde a uma idéia 'interchangeable', aplicável extrinsecamente a uma série de seres da mesma espécie; isto é, não expressa apenas a concretitude de cada ente humano, mas constitui, ao mesmo tempo, essa concretitude singular mesma e o que ela significa para si e para todos os homens. É por essa razão que o ser humano não pode jamais se realizar vivendo segundo esquemas de um modelo ideal, extrapolado e posto 'ab extra'; mas cada um de nós só pode encontrar em si, na raiz de sua própria subjetividade e corporeidade, a sua imagem possível e irrenunciável, de tal modo que, sendo cada vez mais fiel a si mesmo, possa cada vez mais tomar consciência do sentido universal da humanidade em geral".