



**Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais**

GABRIEL SOARES EUGENIO

**AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE:
uma análise da relação avoenga, no caso de pré-morte do pai, à luz
do Direito Brasileiro**

BRASÍLIA/DF

2011

GABRIEL SOARES EUGENIO

**AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE:
uma análise da relação avoenga, no caso de pré-morte do pai, à luz
do Direito Brasileiro**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Barbosa Musse

BRASÍLIA/DF

2011

GABRIEL SOARES EUGENIO

**AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE:
uma análise da relação avoenga, no caso de pré-morte do pai, à luz
do Direito Brasileiro.**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Barbosa
Musse

Brasília, _____ de _____ de 2011.

Banca Examinadora

Luciana Barbosa Musse
Orientadora

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo apoio e à minha orientadora pela paciência e profunda dedicação ao me ajudar a desenvolver esta pesquisa.

Toda doutrina social que visa destruir a família é má, e para mais, inaplicável. Quando se decompõe uma sociedade, o que se acha como resíduo final não é o indivíduo, mas sim a família.

Victor Hugo

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica da investigação de paternidade avoenga, no caso de pré-morte do pai, à luz do Direito Brasileiro, com o apoio da doutrina clássica e da atual, bem como de recente jurisprudência. Haja vista a constante evolução que sofre o Direito de Família e seus institutos, especialmente a filiação e o conceito de família, deve-se estar atento para que o direito do sujeito não seja mitigado, sendo preciso invocar princípios constitucionais basilares e também próprios da seara familiar, para garanti-lo, como a dignidade da pessoa humana, igualdade e o direito ao conhecimento da sua origem genética. A partir da análise de tais institutos, bem como dos referidos princípios, se faz possível analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa permitiu concluir que a investigação de paternidade na relação avoenga deve prosperar sem óbice para que o direito dos indivíduos, especialmente das crianças, seja assegurado amplamente, garantindo a segurança jurídica e social da família.

Palavras-chave: direito de família; investigação de paternidade; filiação; dignidade da pessoa humana; direito ao conhecimento da sua origem genética; relação avoenga.

LISTA DE ABREVIATURAS

AR – Ação Rescisória

CC – Código Civil

DJ – Diário da Justiça

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

MP – Ministério Público

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.1 Relações de parentesco	11
1.2 Conceito de Filiação.....	14
1.2.1 <i>A Filiação e o direito ao conhecimento da origem genética</i>	17
1.3 Tipos de filiação no ordenamento jurídico brasileiro	19
1.3.1 <i>Filiação biológica</i>	20
1.3.2 <i>Filiação socioafetiva</i>	22
2 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO	25
2.1 A ação de investigação de paternidade	26
2.1.1 <i>Fundamentos da ação de investigação de paternidade</i>	27
2.1.2 <i>Natureza jurídica da ação</i>	28
2.1.3 <i>O segredo de justiça no processo de investigação de paternidade</i>	29
2.1.4 <i>A legitimidade na ação de investigação de paternidade</i>	29
2.1.4.1 <i>Investigação de paternidade avoenga</i>	31
2.1.4.2 <i>Legitimidade passiva</i>	33
2.2 Fase probatória da ação de investigação de paternidade.....	34
2.2.1 <i>Prova científica e procedimento jurídico-probatório</i>	35
2.3 Análise do exame de DNA	38
3 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E RELAÇÃO AVOENGA NA PERSPECTIVA DO STJ: ANÁLISE DE JULGADO	40
3.1 Análise dos votos vencidos.....	42
3.1.2 <i>Ministro Sidnei Beneti</i>	42
3.1.3 <i>Ministro Vasco Della Giustina</i>	48
3.2 Análise dos votos vencedores.....	49
3.2.1 <i>Ministra Nancy Andrighi</i>	49
3.2.2 <i>Ministro João Otávio de Noronha</i>	55
3.2.3 <i>Ministro Luis Felipe Salomão</i>	57
3.2.4 <i>Ministro Honildo Amaral de Mello Castro</i>	58
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Os seres humanos, essencialmente sociais, têm nítida necessidade de buscar referenciais sobre sua linhagem e existência. São inerentes ao homem indagações sobre sua origem, genética ou espiritual, sendo estas informações cruciais para que nos sintamos completos, haja vista as inquietações que nos causam. Muitas vezes, além da pura vontade de pertencer a um grupo ou ter uma família por questões afetivas, o reconhecimento da linhagem familiar pode evitar complicações hereditárias, como doenças ou síndromes.

A partir do reconhecimento da filiação, o homem cria uma identidade social, podendo se desenvolver de maneira plena. Esse direito, então, está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e, se não for assegurado por vias extrajudiciais, poderá ser garantido por ação proposta no Poder Judiciário.

A investigação de paternidade é a ação que a lei faculta para que o filho obtenha a declaração de paternidade, mesmo contra a vontade do suposto pai. Entretanto, se busca no Judiciário, atualmente, a declaração de filiação por meio da relação avoenga – que diz respeito à relação entre o avô e o neto, onde os descendentes do pai pré-morto buscam sua hereditariedade face aos avós, quando o falecido foi omissos na busca pela declaração de parentesco enquanto vivo.

Fato é que a doutrina e a jurisprudência atual não têm entendimento pacífico no que tange à legitimidade da referida ação. Assim, deve-se pensar se na situação de pré-morte do pai, seria possível, então, seus descendentes buscarem sua hereditariedade em face dos avós, diante da omissão do falecido no ingresso da referida ação enquanto vivo. O presente trabalho busca, a partir da análise de princípios e regras jurídicas, chegar a uma opinião lógica sobre o tema.

O núcleo da indagação está no fato de que, embora não haja qualquer dúvida jurisprudencial ou doutrinária acerca da imprescritibilidade e indisponibilidade do direito ao reconhecimento do estado de filiação, exposto no artigo 27 do ECA, existe controvérsia no que tange ao caráter personalíssimo da ação. Embora a legitimidade esteja expressa em letra legal, é verificado em casos

concretos que esta literalidade mitiga direitos de suma importância para o ser humano, impedindo-lhe que conheça sua origem genética e hereditária e se sinta, assim, pertencente a um grupo que ainda representa a base da sociedade – a família.

Nesse cenário delicado, surge um quadro de insegurança social e jurídica, tendo em vista que um dos objetivos principais do direito atual é a busca pela tutela dos direitos de personalidade de maneira plena, e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, é necessário garantir direitos, normas, valores e princípios, assim como adaptá-los conforme a evolução humana ocorre, procurando proteger a vida do homem em todos os seus prismas, bem como a integridade da família, não por simples motivos econômicos ou financeiros, mas ainda por razões de afeto, que é o que primeiro motiva e serve de base para que se configure o instituto familiar. Em face à evolução do conceito de família, que vem se modificando constantemente, devemos corroborar argumentos que fortaleçam as “novas” famílias, e ainda que ampliem estas figuras, observando, principalmente, a questão da afetividade.

Assim, o trabalho começa a ser desenvolvido na essência da questão, explanando sobre as relações de parentesco no ordenamento jurídico familiar atual, destacando principalmente a filiação. Observa-se, especialmente, que a evolução científica e cultural que estamos sofrendo se reflete de maneira direta no âmbito familiar, em sua constituição, onde surgem configurações familiares anteriormente não imaginadas.

Em capítulo mais específico, que trata da ação de investigação de paternidade, o trabalho se desenvolve observando seus fundamentos e preceitos, destacando aspectos importantes desta ação no âmbito processual, bem como no direito material constitucional e infraconstitucional, além de apresentar argumentos que, finalmente, concluem pela possibilidade de investigação de paternidade na relação avoenga, celebrando a família ampla.

Com o objetivo de elucidar situações concretas que apresentam o objeto de análise da pesquisa, bem como perceber os argumentos expostos durante

a pesquisa, é estudado no capítulo final um julgado do Superior Tribunal de Justiça (Resp 807.849 – RJ), que trata de um precedente muito relevante dentro da investigação de paternidade avoenga, haja vista a inovação jurídica que nasce a partir da mudança na visão dos julgadores, evidenciando a evolução do direito de família, em sua aplicação fática. Assim, são examinados os votos ministeriais e explicitados os argumentos contrários e favoráveis à legitimidade da ação de investigação de paternidade na relação avoenga em julgado que colabora significativamente para o estudo da presente pesquisa.

1 FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Relações de parentesco

À relação jurídica constituída por força legal ou de decisão judicial entre uma pessoa e as demais que interam seu grupo familiar dá-se o nome de parentesco, observados os limites legais. Essa relação, ao ser estabelecida, identifica pessoas como parte de um grupo que toma corpo no âmbito social e por força desta união são enlaçadas por um conjunto de direitos e deveres¹. Quando esta relação jurídica é estabelecida, a pessoa recebe a qualidade de parente diante de outra ou diante de um grupo de pessoas.

Embora aqui o conceito tratado seja especialmente jurídico, a relação de parentesco busca base em outros argumentos que não apenas este. Pode-se destacar, dentre eles, a função social, emocional, afetiva, socioculturais no geral, como religiosas, políticas e até linguísticas e tantas outras que constituem a base familiar². Aqui, para que relações sejam estabelecidas, observamos valores e costumes que são ressaltados na sociedade de análise. A família, enquanto ente institucionalizado, é integrada pelas diversas relações de parentesco que podemos perceber e temos normatizadas em nosso sistema jurídico. Apesar disso, como bem deixa claro Paulo Lôbo:

para o direito, o parentesco não se confunde com a família, ainda que seja nela que se radique suas principais interferências, pois delimita a aquisição, o exercício e o impedimento de direitos variados, inclusive no campo do direito público. Por outro lado, a família, para diversas finalidades legais, pode estar contida na relação entre pais e filhos, constitutiva do mais importante parentesco, a filiação.³

Para que seja possível a identificação e compreensão das relações de parentesco entre as pessoas, utilizamos o sistema de graus e linhas. No que diz

¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202.

² AHMAD, Roseli Borin Ramadan. *Identidade genética e exame de DNA*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 22.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202.

respeito às linhas, temos o dito parentesco em linha reta, que seria a relação existente entre uma pessoa e seus ascendentes e descendentes – é infinita com relação aos graus – e o parentesco em linha colateral – é finita com relação aos graus, sendo limitada de acordo com o objetivo que motiva a determinação da relação de parentesco – que seria a relação entre as pessoas motivada por um ancestral comum⁴. Já o grau representa a unidade de parentesco em cada linha, partindo da pessoa e, a partir dela, contando dos seus parentes mais próximos aos mais distantes. Para determinar o grau de parentesco em linha colateral, aquele deve ir até o ascendente comum e descer até o parente que se quer determinar, sendo esta relação limitada até o quarto grau de parentesco⁵.

A relação de parentesco pode nascer tanto por razões biológicas, ou seja, em razão da consanguinidade das pessoas, bem como por outros fatores socioafetivos, dos quais seriam os casos mais comuns e menos complexos, a adoção e o casamento⁶. Não há, a partir do novo Código Civil, um grau de importância que mensure a valoração de uma ou de outra relação de parentesco, ou seja, nenhuma relação parental, seja ela constituída de quaisquer das formas admitidas em direito, pode ser considerada mais forte ou mais importante que outra. Os laços estabelecidos entre parentes sempre terá o mesmo grau de importância, como assegura a Constituição Federal.

O artigo 1.593⁷, do texto legal, embora faça uma distinção entre tipos de parentesco, não tem nenhum propósito discriminatório, mas, ao contrário, busca apenas deixar claro que é possível que sejam estabelecidas duas situações de parentesco, a chamada natural, embasado na consanguinidade, e a civil, abarcando as possibilidades de parentesco baseadas na socioafetividade. Apesar de autorizar essa abrangência relacional no que se refere às relações socioafetivas, devemos tomar cuidado com o quão longe este conceito por ir, tendo em vista que “os afins de um cônjuge não são afins do outro, nem os parentes colaterais dos afins

⁴MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009, p. 360.

⁵CC/2002 – Art. 1.893: Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas pelo artigo 1.830, serão chamadas a suceder os colaterais até o quarto grau.

⁶AHMAD, Roseli Borin Ramadan. *Identidade genética e exame de DNA*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 27.

⁷CC/2002 – Art. 1.593: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

são parentes em relação àquele; assim, não existe parentesco entre os que os costumes denominam concunhados.⁸

Ao serem estabelecidas essas relações entre pessoas, para outros fins jurídicos, devemos observar as limitações que surgem, como, por exemplo, as do casamento, expressas pelo artigo 1.521⁹ do Código Civil, para garantir a paz jurídica e evitar problemas no âmbito familiar.

Os chamados parentes afins e os parentes consanguíneos são diferentes, embora equivalentes. O parentesco afim tem como finalidade muito mais uma situação jurídica de impedimentos e deveres por razões pessoais¹⁰. Ao explicar o que seriam os parentes afins, Maria Helena Diniz diz que este se estabelece:

por determinação legal (Código Civil, art. 1.595), sendo o liame jurídico estabelecido entre um consorte, companheiro e os parentes consanguíneos de outro nos limites estabelecidos na lei, desde que decorra de matrimônio válido, e união estável, pois concubinato impuro ou mesmo casamento putativo não têm o condão de gerar afinidade¹¹.

As discussões acerca das obrigações referentes aos parentes por afinidade ainda não são pacíficas na doutrina, onde é questionado por vezes se estes não teriam obrigações que originariamente atingiam os parentes biológicos.

Apesar de próximos, e por muitas vezes se relacionarem diretamente, ou até se chocarem, o parentesco e a família são distintos, já que, como explica Pontes de Miranda, “o cônjuge pertence à família, e não é parente do outro cônjuge, posto que seja parente afim dos parentes consanguíneos de outro cônjuge [...]”¹².

⁸LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204.

⁹CC/2002 – Art. 1.521: Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹⁰LÔBO, op. cit., p. 210.

¹¹DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. p.362.

¹²PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 9. p. 4.

1.2 Conceito de Filiação

A filiação é um laço muito forte entre duas pessoas, podendo vir a se desenvolver, através do afeto, em um vínculo muito precioso. Essa afinidade vem sendo reforçada desde os primórdios da civilização, sendo apresentada como a principal relação de parentesco que dois seres humanos podem ter. É relevante dizer que o caráter afetivo em detrimento, ou, melhor dizendo, em complemento ao biológico, vem se tornando cada vez mais perceptível nos ordenamentos jurídicos mundiais, principalmente porque vem se percebendo cada vez de maneira mais indubitável que os verdadeiros laços de afeto nem sempre estão presentes na filiação biológica, não sendo esta, portanto, necessariamente, a “filiação real”¹³.

Esse conceito é relacional, ou seja, de acordo com os ensinamentos de Paulo Lôbo, “é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga”.¹⁴

Este conceito é amplíssimo, tendo em vista que não exclui qualquer relação de parentesco dentro da filiação que pode ser discutida juridicamente, tendo em vista o sistema pátrio. A filiação é um vínculo que pode decorrer tanto do pai, chamado paternidade, quanto da mãe, a chamada maternidade.

Se buscarmos, então, a origem semântica do termo que foi adaptado para o português do latim, – *filiatio* – percebemos, que, em essência, esta palavra significa uma relação de descendência direta, bem como nos traz a ideia de procedência, derivação e conexão¹⁵, sendo completamente lógica sua utilização pelo sistema jurídico para representar o instituto aqui discutido.

Ao pensarmos sobre a filiação, devemos ter em mente que se trata de uma construção social que vem passando por várias mudanças no decorrer do processo de evolução das sociedades. Não estamos diante de um conceito já

¹³MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009, p. 366.

¹⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 213.

¹⁵LÔBO, op. cit., p. 213.

construído, acabado e imutável. Para constatar este argumento, faz-se alusão à relevância que a filiação socioafetiva tem atualmente nas discussões de Direito de Família. A questão biológica, de forma alguma, vem sendo menos aventada, ocorre que sua análise se dá, atualmente, por outros prismas, não sendo mais absoluta como no passado. A conceituação por critérios puramente biológicos acarretava na possibilidade mais forte de discriminação, ferindo preceitos constitucionais, mesmo antes de ser explícita a questão da igualdade da filiação na Carta Magna¹⁶. Além da ideia de perpetuação da espécie humana, a filiação tem por objetivo a manutenção da identidade do ser humano, decorrente de laços biológicos ou civis.

A filiação foi reformulada e readaptada com a Constituição de 1988, tendo sido unidos, em um conceito único, termos que outrora eram tratados em separado, como a filiação natural, filiação adotiva, filiação legítima e ilegítima e a filiação adulterina. O que temos hoje é a filiação como *una*, como um conceito completo, sem repudiar os filhos ilegítimos ou tratar de maneira subalterna aqueles que foram adotados¹⁷.

Embora o Código Civil atual tenha mantido uma estrutura que trata separadamente os filhos concebidos na constância do casamento ou não, este diploma jurídico, em seu artigo 1.596, dispõe, em consonância com a Constituição Federal, 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”. Ou seja, no cenário atual, podemos afirmar que “filho é filho”, independentemente de como sua relação com seus pais se deu, independente da sua origem. Com o acolhimento pelo Código Civil desta redação, faz-se evidente que estão sendo celebrados princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade, que colaboram, ainda, para a consagração do direito ao conhecimento da própria ascendência como outro princípio constitucional¹⁸, embora ainda se discuta se esta norma não deveria ter sido expressa ao tratar da socioafetividade.

¹⁶FARIAS, Cristiano Chaves de. e SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 12.

¹⁷LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 215

¹⁸ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de Paternidade de DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99.

Nesse sentido, percebe-se que o legislador buscou a proteção dos fins sociais da lei, indo ao encontro do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, chegando a um Direito de Família desmaterializado, mais distante das relações econômicas, buscando a proteção e elevação sociofamiliar da pessoa.¹⁹

Essa mudança de paradigma permitiu, em *lato sensu*, a desconstrução da família patriarcal e patrimonializante, que dava ensejo para diversos quadros negativos com relação à constituição familiar, como a desigualdade entre filhos e redução do papel da mulher, atribuindo maior valor à pessoa humana²⁰, e trazendo uma nova concepção que evita a leitura pessimista de novas formas de família.

Antes do Código Civil de 2002, e de emendas constitucionais atualmente em vigor, o Estado não oferecia proteção para núcleos familiares, digamos, “alternativos”. Quer dizer, tinha-se a ideia de que a família tinha sua origem exclusivamente a partir da celebração do casamento, ou seja, só era digna de proteção a família matrimonializada²¹. No Código Civil de 1916, a preocupação maior era com relação à preservação do patrimônio da família, deixando de lado a importância do ser humano enquanto sujeito de direito. O filho, então, tinha seus direitos pessoais, com relação à família, mitigados. No entanto, como expõe Cristiano Chaves de Farias:

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do art. 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.²²

A mudança indica a:

¹⁹MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2009, p. 15.

²⁰FARIAS, Cristiano Chaves de. e SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 11.

²¹AHMAD, Roseli Borin Ramadan. *Identidade genética e exame de DNA*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 25.

²²FARIAS, Cristiano Chaves de. “Direito Constitucional à família ou famílias sociológicas x famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional”, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM-Síntese, vol. 23, p. 15, 2004.

realização plena das pessoas envolvidas (pais e filhos), além de despatrimonializar o conteúdo da relação jurídica (compreendida de forma muito mais ampla do que uma simples causa para transmissão de herança) e de proibir discriminações, como forma proporcional do ser humano²³.

Considerando toda a evolução brevemente apresentada que sofreu e vem sofrendo o conceito de filiação, e o direito de família como um todo, é esperado chegarmos à conclusão que, como explana Fachin, “nem sempre o ascendente biológico será o pai jurídico. Essa diferenciação é um processo ainda em construção”.²⁴.

1.2.1 A Filiação e o direito ao conhecimento da origem genética

É claro, ao analisarmos a redação da atual Constituição Federal, que o ordenamento jurídico nacional afastou a importância exclusiva antigamente dada à origem biológica para celebrar a família que se constitui por atos de afeto. Nesta situação, podemos dizer que a busca pelo conhecimento da origem genética de uma pessoa não está mais ligada, simplesmente, às questões de filiação, mas, especialmente, ao direito de personalidade, que é inerente a todos os seres humanos²⁵.

Este direito de personalidade está intimamente ligado à vida, e é essencial para que a pessoa possa se sentir completa e segura, tendo em vista que o conhecimento da origem genética pode permitir que doenças sejam evitadas ou contornadas, ou seja, pode servir como fator de prevenção de seu titular no que se refere às doenças hereditárias, em face à evolução da biologia²⁶, podendo ser uma questão de saúde pública²⁷, bem como devemos ter em mente que a identidade pessoal é um conceito que vai muito além do simples nome.

²³FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 479.

²⁴FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 18. p. 61.

²⁵LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 224.

²⁶AHMAD, Roseli Borin Ramadan. *Identidade genética e exame de DNA*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 23.

²⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 1, jun, 1999, p. 15.

É possível, conforme se verifica em casos concretos, como o REsp 807.849 julgado pelo STJ, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, que será posteriormente analisado de forma minuciosa no presente trabalho, que o único objetivo que uma pessoa tem ao ir atrás da identificação dos seus parentes genéticos é a paz pessoal, ou seja, o mero saber de onde veio para responder suas indagações, mas esta hipótese certamente não resume todos os casos – e, provavelmente, nem a maioria.

Considerando o que foi dito no tópico anterior, que buscou explicar o conceito de filiação, é plausível concluir que este e o conceito de busca pelo conhecimento da origem genética não se confundem. À luz da Constituição Federal, é possível aferir do artigo 227, § 6º, que nem sempre a confirmação da ancestralidade de um indivíduo irá determinar sua filiação e, por consequência, sua família. Isso se torna claro pela expressa igualdade com que tratamos os filhos biológicos e os adotados, no referido artigo supracitado.

Nas palavras de Paulo Lôbo:

os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois imputação da paternidade biológica não substitui o estado de filiação.²⁸

Apesar de ser de contribuição reduzida, diante de uma questão mais preocupante que é a própria estruturação da instituição familiar, a questão do reconhecimento da origem genética não pode ser completamente olvidada em razão das boas consequências que o conhecimento da origem genética pode trazer, nos termos e argumentos apresentados no início desse tópico. Deve-se atentar, ainda, para que a constatação da origem biológica de uma pessoa não afete o bem estar da família da qual aquela faz parte, porque este é o bem realmente guardado pela Constituição Federal.

No caso da adoção, de acordo com o a Lei nº 12.010/2009 que modificou o artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o adotado tem direito a conhecer sua origem genética, sua ancestralidade. Este direito é essencial à

²⁸LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

pessoa, coadunando com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, assim, interpretado como um direito de personalidade, não devendo influenciar na relação de parentescos – não adentrando em questões jurídicas como a sucessória e a alimentícia²⁹.

A confusão entre o conceito de filiação e o conceito de conhecimento à origem genética podem gerar conflitos complexos e, por isso, deve ser evitada, sendo necessária esta distinção. Tendo em vista que no ordenamento nacional a primazia é pela filiação³⁰, ou seja, os laços afetivos que são construídos em razão do estado de filiação socioafetivo, este deve ser protegido em detrimento do outro para que nenhum dano seja causado ao instituto familiar anteriormente constituído.

1.3 Tipos de filiação no ordenamento jurídico brasileiro

Como foi relatada ao longo dos tópicos anteriores, a filiação vem sofrendo, assim como o conceito de família, um processo de manifesta evolução. Ao pensarmos primeiramente na família, em uma análise histórica, é perceptível que esta sofreu densa evolução ao longo dos períodos históricos que conhecemos, desde a Idade Antiga até a Idade Contemporânea. No contexto atual, é possível encontrarmos configurações familiares muito diversas dentro de uma região culturalmente semelhante, embora ampla, o Ocidente.

Vale lembrar de maneira pontual, que, quando a economia ainda tinha suas bases no meio rural, a família apresentava uma dimensão muito ampla, sendo considerados como família todos os parentes em linha reta e colaterais. Essa configuração é modificada com a ocupação dos espaços urbanos, ocorrendo uma restrição da família, chegando ao ponto de ser considerada como tal aquela que constituída pelo núcleo dos pais e seus filhos³¹.

A família não precisa mais, à luz do Direito, seguir, necessariamente,

²⁹LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

³⁰Ibidem, p. 229.

³¹MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, 3ª Ed. p. 5.

um protocolo pré-concebido para que seja reconhecida como tal, mas é preciso uma análise mais sociológica para perceber que o objetivo primeiro daquela nova organização é o mesmo que sempre foi na seara familiar: a sua identificação na solidariedade³².

Concomitantemente às novas possibilidades de família, temos, também, novas possibilidades de relação parental e, conseqüentemente, de filiação. Essa reformulação de institutos do Direito de Família, que eram cristalizados, se dá por uma causa além das reformas dos diplomas legais – e que, aliás, motivam essas reformas – que é o intuito de relacionar esses nomes à realidade social do momento presente. A adaptação dos termos é inevitável para passarmos por períodos de constante transformação sem deixarmos de entender seu contexto jurídico. No momento atual, abandonamos preceitos arcaicos e insuficientes para nos dar respostas, e acolhemos, graças principalmente à Constituição Federal, princípios mais tutelares ao indivíduo, além de maleáveis e correspondentes aos fatos reais.

Sendo assim, podemos reconhecer e tentar explicar alguns tipos de filiação que são apreciadas pelo ordenamento nacional, mas não podemos, de forma alguma, dizer que este rol é taxativo e deverá ser mantido por muitos anos considerando especialmente a evolução científica e a mutabilidade da ciência jurídica. Na presente pesquisa, atentaremos para a filiação biológica e a filiação socioafetiva (instituto da adoção).

1.3.1 *Filiação biológica*

Reconhece como pai legítimo, no sistema biológico, aquele que fornece genes para que um ser humano se desenvolva³³. O seja, a filiação se baseia única e exclusivamente na herança genética, desconsiderando outros fatores sociais ou afetivos. Pai é o que gera.

Esse entendimento é retrógrado e vem sendo menos reforçado a

³²LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

³³FARIAS, Cristiano Chaves de. e SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 13.

partir da nova Constituição Federal, que buscou extinguir a possibilidade de tratamento diferenciado entre os filhos em decorrência da sua origem.

Apesar disso, a confirmação da filiação biológica tem se tornado muito popular no cenário atual, tendo em vista que temos fácil acesso ao exame de DNA, que determina de maneira quase absoluta (certeza científica de 99,99%)³⁴ a existência ou não da relação entre pai e filho. Às palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, temos que:

através do critério científico determina-se na filiação com base na carga genética do indivíduo, ou seja, a paternidade ou maternidade é definida como esteio no vínculo biológico existente, afastadas outras perquirições e debates, relativos, por exemplo, à herança cultural, afetiva, emocional, etc.³⁵

No Código Civil, os laços biológicos são considerados, relativamente à filiação, tanto no que decorre da presunção – artigo 1.597, I e II – quanto às relações comprovadas por exames genéticos³⁶.

A presunção *pater is est* é uma presunção legal, imposta pelo legislador como meio de provar a paternidade diante da impossibilidade de demonstrar de outra forma a relação paterno-filial, e assim, expressa uma regra imperativa, vinculada à própria instituição do casamento, cuja união é tida como sagrada e institucionalmente regulada, dela advindo obrigações dos esposos, de coabitação e de fidelidade, e, se presentes estes deveres, a filiação é naturalmente presumida até a prova em contrário, que na atualidade alcança absoluta certeza científica, tomando obsoletos todos os demais sistemas existentes.³⁷

É exatamente a verdade biológica o que possibilita a presunção de paternidade no sistema jurídico nacional. Assim é possível que seja determinada a filiação por meio de critérios biológicos, mesmo que não haja qualquer relação

³⁴ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de Paternidade de DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 104.

³⁵FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 514.

³⁶FARIAS, Cristiano Chaves de. e SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 13.

³⁷MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009, p. 383.

afetiva entre o pai e o filho envolvidos, através do exame de DNA, sendo a relação construída por critério científico, o que torna a relação mais frágil e, por vezes, menos querida, embora existente plenamente perante o Poder Judiciário³⁸. Não sendo verificado vínculo afetivo caracterizado, deve-se buscar o critério biológico, independentemente de registro civil de nascimento, sendo cabível ação denegatória de paternidade, como é verificado na jurisprudência que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. VERDADE BIOLÓGICA QUE PREVALECE SOBRE A VERDADE REGISTRAL. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SOCIOAFETIVA.

1. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.
2. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar.
3. Se o autor registrou demandado como filho, sem saber que não era o pai biológico, e não possui maior relação socioafetiva com ele, a ação negatória de paternidade é medida que se impõe, pois, neste caso, a verdade biológica deve prevalecer sobre a verdade registral. Apelo não provido.³⁹

Este critério não será, então, o único a ser considerado para que se determine a relação de filiação, sendo possíveis outros que não consideram os fatores aqui explicados.

1.3.2 Filiação socioafetiva

Não é necessário, em todos os casos, que a relação de filiação entre as pessoas se dê por motivos genéticos ou biológicos, como é claramente observado no ordenamento pátrio, mas essa relação pode ocorrer em decorrência de fatores jurídicos e sociais.

No caso da paternidade estabelecida a partir de critérios de afetividade e vontade jurídica de estabelecer laços familiares, nos deparamos com

³⁸FARIAS, Cristiano Chaves de. e SIMÕES, Thiago Felipe Vargas, op. cit., p. 14.

³⁹Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70021308515. Pelotas. Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda. Jul. 13/12/2007; DOERS 11/01/2008. p. 36

uma ficção legal⁴⁰, que resulta no instituto da adoção, que seria o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, o vínculo de filiação⁴¹. Nesse cenário temos como fundamental o amor, afeto e a convivência familiar, acima de tudo.

Para Fachin, a paternidade socioafetiva seria a verdadeira paternidade, a qual agrega à relação paterno-filial um elemento a mais⁴². Desenvolvendo este discurso, analisa Maria Cristina da Almeida que:

O novo posicionamento acerca da verdadeira paternidade não despreza o liame biológico da relação paterno-filial, mas dá notícia do incremento da paternidade sócio-afetiva, da qual surge um novo personagem a desempenhar o importante papel de pai: o pai social, que é o pai de afeto, aquele que constrói uma relação com o filho, seja biológica ou não, moldada pelo amor, dedicação e carinho constantes⁴³.

Com base neste entendimento, podemos ir ainda mais fundo na questão dos tipos de filiação, ao constatarmos que toda paternidade é socioafetiva, o que tornaria a filiação socioafetiva um gênero da qual são espécies a paternidade biológica e a não-biológica⁴⁴.

A paternidade jurídica é imposta por presunção, nos termos do art. 1.597, I a V, do Código Civil.⁴⁵ Destaca Paulo Lôbo que, neste artigo, precisamente no inciso V:

admite a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, ou seja, com utilização do sêmen de outro homem, desde que tenha havido prévia autorização do marido da mãe. A origem do filho, em relação

⁴⁰AHMAD, Roseli Borin Ramadan. *Identidade genética e exame de DNA*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 26.

⁴¹GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p; 349

⁴²FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 23

⁴³ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de Paternidade de DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 160.

⁴⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8333>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

⁴⁵CC/2002, art. 1.597 - Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

aos pais, é praticamente biológica, pois o pai é exclusivamente socioafetivo, jamais podendo ser contraditada por investigação de paternidade ulterior.

Embora seja um dos objetivos da ordenação jurídica o prestígio às famílias matrimonializadas, devem ser resguardados sempre o direito do filho à identidade genética, direitos sucessórios e alimentícios, buscando a preservação do indivíduo de forma integral.

No que se refere às comparações e possíveis choques de entendimento sobre qual relação de filiação deve prevalecer em determinados casos, há entendimento do STJ, no REsp 807.849, onde a Ministra Relatora, Nancy Andrichi, afirma que “o reconhecimento da paternidade biológica deve prevalecer quando concorrente com a paternidade sócio-afetiva ou jurídica” e continua o relato destacando que embora a pessoa “tenha sido acolhida em um lar adotivo e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito [...] de ter acesso à verdade biológica que lhe foi negada.”

Ainda existem divergências doutrinárias com relação ao tema, que tem sido mais presente, aceito e discutido atualmente, o que impossibilita uma resposta acabada sobre determinados casos. Como bem sabemos enquanto estudiosos da ciência jurídica, para dirimir problemas e buscar sua melhor solução, temos que observar o caso concreto, tendo em vista a particularidade dos processos no Direito de Família.

2 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

O principal objetivo da ação de investigação de paternidade é a busca pelo reconhecimento da filiação, ou seja, da relação de parentesco em primeiro grau na linha reta, com pai ou mãe, mesmo que contra a vontade deste genitor que vem sendo investigado. Aqui temos uma ação que tem como pressuposto a negativa do reconhecimento deste vínculo voluntariamente⁴⁶. Sendo assim, temos uma possibilidade de reconhecimento de parentesco que se dá de maneira forçosa, e é legitimada por uma decisão proferida pelo Poder Judiciário.

Mitigada qualquer diferença no tratamento filial no ordenamento jurídico atual, assegurado pela Carta Magna, temos que é possível a ampla possibilidade de arguição pelas pessoas, bem como o consequente ingresso com a ação de investigação de paternidade nos dias de hoje. Não são mais garantidos os direitos à filiação exclusivamente por pessoas introduzidas no contexto de família matrimonializada, como outrora fora, mas para todas as pessoas, sem qualquer discriminação, nas mais diversas instituições familiares hoje em dia constatáveis, em respeito à proposta isonômica da Constituição Federal de 1988⁴⁷. Logo, conclui-se que, não importa a forma de reconhecimento do vínculo relacional de parentesco filial, seja ele voluntário ou imposto, a força deste será a mesma.

O reconhecimento voluntário seria:

o ato pelo qual o pai, a mãe ou ambos (pessoas não casadas entre si, pois os filhos dos casados submetem-se à presunção *pater ist est*) declaram, pessoalmente ou através de procurador com poderes específicos, o vínculo que os une ao filho nascido, conferindo-lhe o

⁴⁶MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009, p. 428.

⁴⁷Ibidem, p. 429.

status correspondente.⁴⁸

A Lei de Investigação de Paternidade – nº 8.560/92 – em seu artigo segundo, estabelece a possibilidade de averiguação oficiosa, o que seria uma fase facultativa da investigação de paternidade em si, tendo em vista que é um processo administrativo, e não judiciário, que busca o reconhecimento da relação de filiação com o pai quando já foi anteriormente estabelecida a relação materna⁴⁹. No caso deste processo, pode haver conflito entre os interesses da mãe, que não anseia prestar informações referentes ao suposto pai, resguardada pelo direito à sua intimidade⁵⁰, bem como do filho, que, também por força constitucional, tem direito a conhecer sua origem e relação de filiação. Em casos de conflitos de direitos fundamentais, resta ao juiz decidir qual é a melhor medida cabível, podendo nomear curador em casos de conflitos permanentes.

Diante desta investigação administrativa, o suposto pai, depois de notificado sobre a averiguação, deverá se manifestar a favor ou contra o reconhecimento. Sendo contra, se perceber que restam provas suficientes para declarar a paternidade, o Ministério Público irá ingressar com a ação em si, agora no Judiciário⁵¹.

2.1 A ação de investigação de paternidade

Esta ação nasce quando é necessário usar um meio de coação para que o vínculo de filiação seja afirmado, no caso, uma decisão judicial. A legitimidade para ingressar com essa ação é, de acordo com a lei, exclusiva do filho que demanda o estado de filiação⁵² – podendo ser representado enquanto ainda não atingiu a maioridade civil. Além do mais, outras diversas características são atribuídas ao direito de reconhecimento do estado de filiação, como observamos no

⁴⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47.

⁴⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 54.

⁵⁰Ibidem. p. 55.

⁵¹ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, sobre o tema.

⁵²LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262

artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina que “é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.” No que tange à imprescritibilidade, também é observado na Súmula 149 do STF⁵³.

Nesta ação, busca-se, além do simples direito à origem genética, que é integrante ao direito de personalidade dos indivíduos, constatar a estabilidade das relações afetivas desenvolvidas entre pais e filhos⁵⁴.

A seguinte posição do Tribunal de Justiça de Goiás expressa bem as características apresentadas nas linhas anteriores a partir da seguinte decisão referente a uma apelação cível:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA COMPROBATÓRIO. PATERNIDADE BIOLÓGICA COMPROVADA. AUSENTE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IRRELEVÂNCIA. DIREITO AO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO BIOLÓGICO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Desconstruir a paternidade biológica, sob alegativa de ausência de paternidade socioafetiva vai de encontro a princípios constitucionais basilares, como a dignidade da pessoa humana, e normas de igual natureza.

2. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

3. O reconhecimento da paternidade deve ser acessível a todos de uma forma equitativa, independente de qual seja o método utilizado, o que importa é que o indivíduo conheça suas raízes, a sua origem, sob pena de ferimento frontal ao princípio basilar constitucional da dignidade da pessoa humana. Apelo conhecido e improvido.⁵⁵

2.1.1 Fundamentos da ação de investigação de paternidade

Após a promulgação de Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir da redação do já citado artigo 27, os fundamentos para ingresso da ação de investigação de paternidade se tornaram muito mais amplos. Não há mais restrições enumeradas em hipóteses para o cabimento da ação, como havia anteriormente no

⁵³Súmula 149, STF: “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”

⁵⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

⁵⁵Tribunal de Justiça de Goiânia. AC 138266-8/188. Goiatuba. Rel. Des. Fausto Moreira Diniz. DJGO 27/05/2009. p. 289.

Código Civil de 1916, no artigo 363, que apresentava “enumeração taxativa” de situações onde a ação era cabível⁵⁶.

Percebe-se, então, que a motivação constitucional, baseada em princípios fortemente protegidos pela Carta Magna atual, como a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade de tratamento dos filhos, bem como o Estatuto, rompem com qualquer entrave com relação à ação, buscando, assim, uma solução baseada mais fortemente na justiça, garantindo a equidade. Hoje, pode-se afirmar que a ação se baseia em fatores relacionados à socioafetividade, além da concepção, de qualquer modo decorrente.

2.1.2 Natureza jurídica da ação

A ação de investigação de paternidade é uma medida relativa ao estado da pessoa em momento familiar, buscando o reconhecimento, por força jurisdicional, da relação de filiação que lhe foi negada pelo seu genitor. Sendo assim, a natureza jurídica desta ação é declaratória⁵⁷, buscando a afirmação de uma relação jurídica. Apesar de ser uma ação de estado da pessoa, esta legitimidade vem sendo relativizada, em situações onde, por exemplo, o Ministério Público investiga em nome próprio a paternidade de quem só tem em seu assento de nascimento o estabelecimento da maternidade⁵⁸.

Ao ser reconhecida judicialmente a relação de paternidade, “tem-se a declaração de uma situação fática pré-existente, conformando-a, dali em diante, no mundo jurídico, com efeitos retroativos, desde o nascimento”⁵⁹.

Aliás, em razão da sua natureza eminentemente declaratória, esta ação é dita imprescritível. Em entendimento que corrobora a posição hoje em dia pacificada na doutrina quanto a esta característica da ação, conclui José Orlando

⁵⁶TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Revonar, 1999, p. 411.

⁵⁷AHMAD, Roseli Borin Ramadan. *Identidade genética e exame de DNA*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 32.

⁵⁸MADALENO, Rodolfo. *Curso de Direito de Família*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009, p. 433.

⁵⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 67.

Rocha de Carvalho que as ações declaratórias são imprescritíveis porque ao julgá-la o juiz não vai além de um juízo de realidade, não perpassando o domínio do ser ou não ser, afastando-se qualquer juízo valorativo⁶⁰. Essa lógica pode embasar os demais direitos da personalidade, evitando que qualquer lesão a estes seja facilitada.

2.1.3 O segredo de justiça no processo de investigação de paternidade

Em redação explícita, o artigo 155 do Código de Processo Civil, declara que:

Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito a casamento, **filiação**, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. (grifo nosso)

Podemos afirmar que a ação de investigação de paternidade, bem como outras situações processuais em Direito de Família, pode correr em segredo de justiça. O objetivo desta regra jurídica é a preservação de intimidade das pessoas envolvidas no processo, tendo em vista que as relações de família são, quase sempre, muito delicadas. Aqui são resguardados os dados do indivíduo envolvido no processo em decorrência da sua vida familiar, doméstica ou particular, resguardado seus hábitos, segredos, atitudes e planos de vida⁶¹.

É preservado um direito de personalidade quando o legislador expõe exceções ao artigo citado, tal seja o direito de privacidade, de resguardo da intimidade dos envolvidos no processo, tendo em vista que a exposição é desnecessária e diz respeito ao particular e não ao público.

2.1.4 A legitimidade na ação de investigação de paternidade

Para que um processo seja formado e tramite de modo coerente e sem nenhum vício, evitando futuras nulidades e até sua extinção, devem ser

⁶⁰CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Ação declaratória*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 227.

⁶¹TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 587.

observadas três condições básicas da ação: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes.

A legitimidade é uma das condições da ação, ou seja, para que um processo seja possível, efetivo e válido, é necessário que este requisito seja devidamente respeitado. Seria a legitimidade aquela onde o interessado possui pertinência subjetiva na propositura da ação, buscando obter tutela jurisdicional que respalde seus pedidos⁶². Esta condição deve ser observada tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo da relação processual. Sendo assim, a legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão⁶³.

No processo, a legitimidade possui duas espécies: ordinária e extraordinária. Por óbvio, a primeira é coerente à regra e a segunda à exceção. A primeira espécie permite que um sujeito vá a juízo por ter potencial titularidade do direito material, já a segunda diz respeito a casos específicos, restritos e taxativos, em caráter excepcional, onde o sistema jurídico autoriza que outro sujeito, que não da relação jurídica direta, pleiteie direito alheio em nome próprio⁶⁴.

Na ação de investigação de paternidade, em regra, o filho é quem terá o direito de buscar seu estado de filiação, ou seja, este tem legitimidade ativa no processo. Mas, não se pode esquecer que outros indivíduos podem ter interesse no caso e, assim, pleitear a ação – co-legitimados. O filho, por regras legais expressas, tem o direito ao ingresso na ação, como já foi relatado no presente escrito, tendo em vista que a ação é personalíssima. Apesar disso, quando o filho for menor ele deve ser devidamente representado. Neste caso, apesar da representação, a ação deve ser proposta em nome do menor, caso contrário seria configurada a ilegitimidade de parte.

No que tange à questão do nascituro, ao analisarmos o artigo 26 do

⁶²FARIAS, Cristiano Chaves de. e SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 78.

⁶³AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 5ª Ed., v. I, nº 129, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 146.

⁶⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262.

Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu parágrafo único, fica claro, apesar das divergências doutrinárias com relação aos direitos de personalidade do nascituro – teoria natalista e teoria concepcionista – que este é legítimo para ajuizar ação de investigação de paternidade, levando em conta os princípios protecionistas constitucionais, que vem sendo muito considerados e analisados no prisma do direito privado como um todo. Assim, o reconhecimento pode ser feito a qualquer tempo, antes ou depois do nascimento, ficando limitado, na segunda hipótese, àqueles que deixarem descendentes, haja vista que, caso contrário, não haveria ninguém prejudicado pela não ocorrência da ação, mesmo que tal justificativa não seja totalmente convincente⁶⁵.

Outra situação possível é a legitimação para ingresso com a ação de filho já registrado com pai diverso. Esta deve ser assegurada tendo em vista o objetivo maior da ação, que é o reconhecimento do verdadeiro genitor, ou, em alguns casos, daquele relacionado por vínculo afetivo, resguardado pelo direito amplo à perfilhação⁶⁶. Mesmo que alguém tenha registrado como pai qualquer pessoa, por qualquer motivo, não seria justo que este fosse impedido de buscar sua verdade familiar.

2.1.4.1 Investigação de paternidade avoenga

A relação avoenga é atinente aos avós com os netos. Foi relatado aqui que a ação de investigação de paternidade é personalíssima, sendo legitimado o filho ao seu ingresso contra o seu suposto pai. Apesar disso, deve-se pensar em como ficaria a ação quando, enquanto em vida, o filho não buscou tutela jurisdicional para resolver seu conflito de filiação, mas deixou filhos, consequentes supostos netos do pai que deveria ou poderia ter sido investigado. Seria possível, nessa situação, exercendo o direito de representação do artigo 1.606⁶⁷ do Código Civil, que os netos ingressassem em juízo, diferentemente do que é assegurado

⁶⁵ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*: (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25-26.

⁶⁶LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: Famílias. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 268.

⁶⁷CC/2002 – Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

expressamente pela legislação, se nunca houve pedido do filho-investigante antes de sua morte?

Essa questão não é pacificada na doutrina e na jurisprudência, devendo ser discutida para que o direito de uma pessoa não seja perdido. Para alguns, seria impossível o ingresso exclusivamente pelos netos, tendo em vista que a ação é personalíssima, havendo a ilegitimidade destes herdeiros. Este posicionamento pode ser considerado frágil e questionável se levarmos em conta princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o direito à identidade genética e à filiação, dentre outros que são assegurados pela Constituição e devem, antes de qualquer análise infraconstitucional, ser considerados. O que temos aqui é um conflito entre uma característica que por vezes é mitigada – qual seja o caráter personalíssimo nos casos de representação – e princípios constitucionais que devem, acima de qualquer norma, ser respeitados e garantidos para assegurar o pleno direito dos cidadãos.

Temos aqui netos, que, tal quais os filhos, fazem parte da cadeia da família, possuindo laços também importantes e que não devem ser interrompidos, buscando exercer direitos básicos e fundamentais da pessoa humana e reconhecer sua origem, tentando ajuizar uma ação que faz todo o sentido, tanto no âmbito jurídico como social, ser apreciada e acolhida. Por óbvio, deve haver respeito à vontade dos netos que buscam respostas com relação à sua ascendência tendo em vista que, em momento algum, em vida, houve qualquer manifestação negativa de seus pais com relação à busca pela sua origem genética.

Deve ser permissiva a legitimação dos netos tendo em vista que a pretensão está relacionada à essência humana, abordando valores como identidade familiar, parentesco, identidade genética, etc. O objetivo aqui é garantir a integridade da família bem como a sua dignidade, que podem ser, em determinados casos, até mais apreciados e reconfortantes quando relativos a interesses econômicos, que também serão, em consequência, assegurados.

Além da negatória de uma ação baseada na relação avoenga desrespeitar de maneira inquestionável a Carta Magna, limitando que a pessoa

exerça seus direitos pessoais, ainda fere o Pacto de San José da Costa Rica, tendo em vista o seu artigo 18 que diz que “toda pessoa tem direito a um nome próprio e aos sobrenomes de seus pais ou um deles”.

Ora, se um dos objetivos do Direito de Família atual é garantir o princípio da solidariedade familiar, expresso no artigo 3º, inciso I da Lei Maior, garantindo, assim, a dignidade da pessoa humana, o direito aqui questionado não deve ser mitigado, como não é no que tange aos alimentos gravídicos avoengos quando os pais não têm condições de prestá-los, de forma subsidiária, ou até mesmo na recentemente publicada Lei 12.398/2011, que autoriza expressamente o direito de convivência dos avós com seus netos, importante para a formação integral desses e satisfação daqueles.

Assim, se faz notar que os avós fazem parte da família, hoje em dia, tanto quanto os pais, devendo, então, ter garantias e direitos assegurados de modo correspondente àqueles, como forma de justiça.

2.1.4.2 Legitimidade passiva

A legitimidade passiva diz respeito àqueles que compõem o pólo oposto à pretensão do autor da ação. Em regra, quem será legitimado passivo é o pai investigado, ou, caso este já tenha falecido, quem comporá o pólo serão seus herdeiros. Restará, então, nesta posição o possível genitor, que sofrerá com os efeitos da declaração da sentença da ação de investigação de paternidade caso esta seja positiva ao autor e, em consequência, contrária à sua vontade.

No caso de pré-morte do suposto pai, quem é legítimo a compor aquele que seria sua posição no processo são os herdeiros, e não o espólio, devido ao caráter personalíssimo da ação⁶⁸. É escusável e lógico que o espólio seja considerado ilegítimo para atuar no pólo passivo desta relação jurídica tendo em vista que a capacidade deste é para estar em juízo defendendo os interesses

⁶⁸FARIAS, Cristiano Chaves de. e SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 98.

patrimoniais da massa hereditária⁶⁹.

No caso de não possuir, o pré-morto, descendentes ou ascendentes vivos, quem figurará será o seu cônjuge ou companheiro, e, na sua ausência, colaterais até o quarto grau. Não havendo herdeiros legítimos, pode compor o pólo passivo o herdeiro testamentário ou até mesmo o legatário⁷⁰.

De forma genérica, ou não restando qualquer espécie de herdeiro que possa atuar na posição passiva do processo, resta lembrar o que o artigo 1.615 do Código Civil autoriza, de maneira expressa, que “qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.”

2.2 Fase probatória da ação de investigação de paternidade

O vocábulo prova vem do latim – *probatio* – e, em critério semântico, representa verificação, exame, confirmação, dentre outros sinônimos, a respeito de fatos anteriormente ocorridos. Esta ideia está intimamente ligada às expressões verdade, verossimilhança e probabilidade para buscar sua definição. Neste momento do processo, onde são apresentadas provas, o que se verifica é a tentativa de convencimento do juiz de que o que a parte está alegando é realmente a réplica do que aconteceu⁷¹. A verdade processual, para ser verdadeira, deve somar a verdade fática e a verdade jurídica⁷².

Com relação ao objeto da prova, neste momento a questão importante não é a aquisição de conhecimentos novos, mas a demonstração da verdade dos fatos já alegados no processo, que restam ser confirmados pela prova⁷³.

⁶⁹CRUZ, José Aparecido da. *Averiguação e investigação de paternidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 106.

⁷⁰GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 351.

⁷¹CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica: exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3.

⁷²FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 40-41.

⁷³MENDES, João de Castro. *Manual de processo civil*. Lisboa: Editora Coimbra, 1963, p. 409.

Podem existir em um processo várias formas de buscar a verdade do que foi alegado, ou seja, de fazer prova daquilo que foi trazido em juízo. Estes são chamados de meios de prova e podem ser diversos, mais ou menos eficazes, dependendo da ação em exame. Afirma Pontes de Miranda que o meio de prova são as fontes probantes pelos quais o juiz recebe os elementos ou os motivos de prova, exemplificando com os mais comuns, quais sejam, os documentos, testemunhas e depoimentos das partes envolvidas no processo⁷⁴. Ao analisarmos os códigos processuais vigentes no ordenamento nacional, iremos observar artigos que trazem enumerados alguns meios. Resta a ressalva essencial de que, apesar destas passagens dos nossos códigos processuais que apresentam rol de meios, temos o artigo 332 do Código de Processo Civil que autoriza, com relação aos meios de prova que “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.”

2.2.1 Prova científica e procedimento jurídico-probatório

A constituição da prova científica se dá pelo uso de critérios e métodos científicos dos mais variados, de acordo com o objetivo e com o próprio objeto que está sendo investigado. O uso moderno deste instrumento no Direito é muito incentivado e pode ser encontrado nos mais diversos ramos da ciência jurídica. Podemos verificar o uso das provas científicas em lides penais, trabalhistas e cíveis. São inúmeros os exemplos, indo dos mais simples aos mais complexos, como em casos de identificação de criminosos a partir de exames de sangue e de DNA baseados em marcas deixadas pelo autor na cena do crime, bem como em casos de constatação da provocação de uma determinada doença por condições insalubres não observadas no ambiente de trabalho⁷⁵.

Na esfera cível, mais especificamente em questões relacionadas ao Direito de Família e de Sucessões, é frequente a verificação do uso do exame de

⁷⁴PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª. Ed. Tomo III, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 287.

⁷⁵CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica: exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 19-20.

DNA em seus conflitos, em especial na ação de investigação de paternidade, tanto para reconhecer a filiação como para excluir o suposto pai que vem sendo investigado. Este tipo de exame tem se mostrado muito positivo na esfera jurídica principalmente pela segurança que traz ao magistrado no momento em que vai proferir a sentença, além da maior celeridade dos resultados com relação ao passado.

Quando se trata de prova científica para a identificação de pessoas, temos como principais métodos investigativos o exame de DNA, a análise de impressões digitais coletadas e os sistemas ABO, o Rh e HLA.

O sistema ABO se baseia na análise sanguínea de cada pessoa. Cada indivíduo tem um dos seis tipos de pares: AA, AO, BB, BO, AB e OO. Os genes A e B são dominantes, enquanto o O é recessivo; sendo assim, quando alguém tem BO, por exemplo, se diz que seu tipo sanguíneo é B. Como essa determinação genética é oriunda dos genitores, se o tipo de uma pessoa é AB é constatável que um dos genitores é A e o outro B.⁷⁶

Esse tipo de exame, embora não apresente a precisão quase incontestável do exame de DNA, pode ser útil para possibilitar a exclusão do agente passivo da ação de investigação de paternidade, embora não possa determinar a paternidade de forma categórica. Para completar e tornar mais concreto o sistema ABO, temos o sistema Rh, que da mesma forma, é transmitido geneticamente. O sistema HLA – antígeno de leucócitos humanos – serve para verificar a possibilidade de compatibilidade em casos de transplantes, mas pode ser determinante como identificador⁷⁷.

Comparando os métodos investigativos no caso das ações de filiação, constatou-se que o poder de exclusão do sistema ABO é de 13,42%; do Rh, 27,46%; do HLA, 92%; e do DNA, 99,99%.⁷⁸

⁷⁶CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica: exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 20.

⁷⁷Ibidem.

⁷⁸Ibidem, p. 21.

Apesar de o conhecimento científico possibilitar que o procedimento jurídico seja mais legítimo e seguro, estes dois tipos de conhecimento não são iguais. Temos nos dois âmbitos, jurídico e científico, formas diferentes de obter conhecimento.⁷⁹ A experimentação científica se baseia em questões laboratoriais e é constatada tanto pela observação quanto pelo empirismo. Essa pesquisa, por se basear na experiência, pode levar anos para ser de fato comprovada e aceita de uma vez por todas pela comunidade científica. Após de fato aceitas, estas se tornam leis que não são mais questionadas, salvo se algum tipo de situação revolucionária se revela, e se torna base para o desenvolvimento de novas pesquisas.

Por outro lado, no que tange ao conhecimento jurídico, as provas processuais são relativas apenas e exclusivamente a uma determinada lide. As provas que são produzidas em um processo são exclusivas deste e só a este servem. Aliás, enquanto jurídica, não é permitida uma análise contínua e demorada das provas, mas é necessário que a prova seja acabada e determinada, não sendo permanentemente observável. As provas, no Direito, devem, ainda, respeitar diversos princípios estabelecidos pelo ordenamento ao longo de toda sua legislação, caso contrário esta será descartada e não poderá ser apreciada no processo em que foi produzida, bem como em nenhum outro.

Ao observarmos a constante evolução das ciências médicas e da biologia, temos que as provas produzidas a partir do conhecimento científico podem ser modificadas e substituídas por outras constatações, ao contrário da prova processual, que deve ser perfeita para oferecer segurança jurídica ao sistema. A verdade aqui deve ser definitiva.⁸⁰

Outro fator que deve ser observado é que a análise da prova científica exige conhecimento técnico para que seja inequívoca e, nesse momento, o juiz deve raciocinar a partir de um pensamento científico que não é desenvolvido por ele unicamente, mas por auxiliares, como peritos. Mas, como o termo mesmo

⁷⁹CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica: exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 30.

⁸⁰Ibidem, p. 31.

explícita, os auxiliares irão ajudar o juiz para que este dê o direito buscando sempre a equidade, mas este deve conhecer minimamente a matéria que irá tratar. Um julgador totalmente despreparado com relação a determinado assunto jamais poderá atuar da melhor forma possível em um processo, tendo em vista que não domina, ou ao menos compreende, os métodos de pesquisa adotados pelo cientista.⁸¹

2.3 Análise do exame de DNA

As questões hereditárias passaram por várias fases até atingir o grau de aperfeiçoamento, certeza e qualidade que podemos verificar atualmente. O início se deu em 1865, com Mendel, ao determinar, a partir de experiência laboratoriais, a “Lei de Transmissão dos Caracteres Hereditários”.

A partir deste estudo, diversos outros foram desenvolvidos se tratando de hereditariedade e genética, até que, em 1944, Oswald T. Avery, Colin McLeod e Maclyn McCarthy, demonstraram que o DNA contém informações genéticas que são provenientes da hereditariedade. Em 1953, Francis Crick, Maurice Winkis e James Watson, determinaram toda a estrutura molecular do DNA – modelo de dupla hélice. Todos esses estudos permitem que ocorra, a partir de 1988, o Projeto Genoma Humano.⁸²

Genoma é o conjunto de genes de uma célula responsável pelo desenvolvimento das características de um ser vivo, enquanto o gene corresponde a determinado trecho do DNA,⁸³ que será responsável pelas funções e características do ser humano. Os genes constituem um pequeno percentual do DNA – de dois a três por cento – sendo o restante material genético inativo. O genoma humano possuiu forma diplóide e consiste em aproximadamente 7 milhões de pares de bases de DNA, organizados linearmente em 23 pares de cromossomos. A ordem como estão organizadas as bases do DNA são essenciais para determinar as características dos seres, tornando-os totalmente únicos.

⁸¹AHMAD, Roseli Borin Ramadan. *Identidade genética e exame de DNA*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 43.

⁸²CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica: exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 21-22.

⁸³LINHARES, Sérgio e SZNAJDER, Fernando. *Biologia hoje*. São Paulo: Ática, 2003, p. 222.

Outros estudos levaram ao conhecimento de enzimas que podem cortar duas cadeias de DNA, assim como juntá-las. A partir disso, é possível reorganizar a estrutura do DNA humano, dando início à engenharia genética. Essas enzimas também podem ajudar na própria análise do DNA, tendo em vista que por meio delas são obtidos fragmentos, sendo que cada indivíduo possui um conjunto de fragmentos distintos – com exceção aos gêmeos univitelinos.

Quando se verificou possível cortar em partes o DNA, a descoberta das sondas, o mapeamento genético e o avanço da biologia possibilitaram, então, a identificação e determinação da pessoa a partir do exame de DNA. Assim, é possível afirmar que a evolução na manipulação deste método de prova científico permitiu a evolução da concepção da filiação nupcialista⁸⁴ e se tornou fator essencial na investigação de paternidade⁸⁵

Diante de todos os aspectos tratados no presente capítulo, bem como os que foram abordados no seu precedente, busca-se, agora, a relação prático-jurídica dos argumentos, métodos e institutos apresentados, o que possibilitará a análise e maior compreensão do julgado a seguir observado, cerne da pesquisa desenvolvida.

⁸⁴FACHIN, Luiz Edson. *Paternidade e ascendência genética*. In: Leite Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro. Forense, 2000, p. 163.

⁸⁵AHMAD, Roseli Borin Ramadan. *Identidade genética e exame de DNA*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 62.

3 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E RELAÇÃO AVOENGA NA PERSPECTIVA DO STJ: ANÁLISE DE JULGADO

Neste capítulo realizar-se-á a análise do Recurso Especial nº 807.849 – RJ (2006/0003284-7) a fim de ilustrar a interpretação dos Tribunais pátrios sobre a matéria objeto desta pesquisa. Tal decisão foi eleita por se tratar de um caso bem peculiar e emblemático, bem como foi sua sentença, totalmente inovadora no Direito de Família.

A questão tem início pois ocorreu que, quando, ao ter notícia da gravidez, a família do suposto pai, parte da alta sociedade carioca, o enviou para o exterior. Embora não tenha havido vínculo familiar efetivamente reconhecido, o pai do pai investigado, então suposto avô, tratava a criança como neto, prestando-lhe assistência material durante longo período de vida. Após a morte do suposto avô, em 1997, e conseqüente cessão do auxílio, o filho procurou pelo seu suposto pai, que embora contrariado, ofereceu ajuda esporadicamente. Mesmo após a morte do suposto avô que primeiramente lhe prestou assistência, o auxiliado nunca entrou com ação contra o suposto pai, buscando a declaração de filiação. Acontece que, após sua morte, em 1999, esta ação foi movida pelos seus descendentes e a cônjuge sobrevivente, buscando a declaratória de relação avoenga, se baseando em provas de DNA dos restos mortais dos falecidos, para serem atuantes como co-herdeiros dos recorridos a partir do reconhecimento do vínculo familiar⁸⁶.

A tese que prevaleceu, declarando a ação procedente, foi a de que, embora a ação de investigação de paternidade seja personalíssima, é possível o ingresso em juízo para que este determine se existe ou não relação material de parentesco com o suposto avô, nos casos em que o pai, pré-morto, não foi

⁸⁶Superior Tribunal de Justiça. Data: 05/04/2010. Publicação. Notícia refere-se ao processo: REsp 807849. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96563>. Acessado pela última vez em 05/04/2011 às 22h.

investigado. Essa tese, embora razoável se analisarmos a evolução do instituto da família no direito nacional, que não mais o limita ao núcleo familiar, alargando, assim, seu conceito e abraçando os demais membros familiares, não havia sido acolhida nas instâncias inferiores, que entenderam haver carência de ação por falta de legitimidade da parte autora, e que direito alheio estaria sendo pleiteado em nome próprio, o que acarretaria na extinção do processo sem julgamento de mérito. Além do mais, como argumento apresentado pelos recorridos, seria impossível a realização da prova pericial genética requerida a menos que fosse apresentada alguma prova da suposta relação avoenga, considerando que a motivação da ação se deu por aspectos meramente econômicos.

A legitimidade posta em questão é uma das condições da ação⁸⁷, que garante a possibilidade de que certo litígio seja trazido ao judiciário para ser analisado e julgado, ratificando que o manejador do direito de ação tenha realmente um interesse tutelável⁸⁸. Sendo assim, seriam legitimados no processo os sujeitos da lide, que são os titulares dos interesses conflitantes. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.⁸⁹

Embora tenhamos a legitimidade como o elemento principal relativo ao caso, para que este seja efetivamente analisado, necessário foi fazer seu o diálogo com outros componentes já apresentados ao longo da presente pesquisa, como a declaração de relação avoenga, os direitos personalíssimos, direitos de busca pela ancestralidade e a dignidade da pessoa humana, para que os julgadores pudessem chegar aos seus votos e, conseqüentemente, à sentença, que, como veremos, não foi unânime.

O Recurso Especial alegou a violação dos artigos 4º, inciso I e 267,

⁸⁷ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VI - quando não concorrer qualquer das **condições da ação**, como a possibilidade jurídica, a **legitimidade das partes** e o interesse processual.

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67.

⁸⁹ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 5ª Ed., v. I, nº 129, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 146.

§3º do Código de Processo Civil de 2002⁹⁰; artigos 75 e 363 do Código de Processo Civil de 1916⁹¹; artigo 1.609 do Código Civil⁹²; e artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹³. E, como será evidenciado ao analisarmos os votos dos julgadores a seguir, perceberemos quais argumentos eles utilizam, refutam ou inovam, buscando proferir a sentença mais justa.

3.1 Análise dos votos vencidos

3.1.2 Ministro Sidnei Beneti⁹⁴

O primeiro julgador que analisaremos proferiu entendimento divergente ao da maioria, inclusive ao da Ministra relatora, Nancy Andrighi. Inicia seu voto ressaltando haver precedentes favoráveis à admissibilidade da ação de declaração avoenga em outras turmas do Tribunal, listando os seguintes julgados favoráveis:

1º Precedente.- REsp 296-RS, 3ª T., 2.3.1990, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER - "PROCESSUAL CIVIL - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – AÇÃO DECLARATÓRIA - RELAÇÃO AVOENGA Conquanto sabido ser a investigação de paternidade do art 363 do Código Civil ação personalíssima, admissível a ação declaratória para que diga o judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô que, como testemunha ,

⁹⁰Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; art. 267, § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

⁹¹Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura; art. 363. 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.

⁹²Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

⁹³Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

⁹⁴Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp nº 807849. Segunda Seção. Brasília. 24/03/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=7506862&sReg=200600032847&sData=20100806&sTipo=3&formato=PDF>. Última consulta: 08/04/2011 às 21h32.

firmou na certidão de nascimento dos autores a declaração de que fizera seu pai ser este, em verdade seu avô, caminho que lhes apontara o Supremo Tribunal Federal quando, excluídos do inventário, julgou o recurso que interpuseram. II - Recurso conhecido e provido" (Transcrição fls. 229/230) (Rel. Min. WALDEMAR ZWEITER, acompanhado pelos Mins. GUEIROS LEITE e NILSON NAVES, vencidos os Mins. CLÁUDIO DOS SANTOS e EDUARDO RIBEIRO).

2º precedente.- 3ª T. - REsp 603885-RS, 3ª T., 3.2005, Rel. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO -"AÇÃO DOS NETOS PARA IDENTIFICAR A RELAÇÃO AVOENGA. PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA. I - Precedente da Terceira Turma reconheceu a possibilidade da ação declaratória "para que diga o judiciário existir ou não a relação material de parentesco com suposto avô" (RESP n. 269/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZWEITER, DJ de 07/05/1990). 2. Recursos especiais conhecidos e providos." (Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, acompanhado pelos Min. NANCY ANDRIGHI e CASTRO FILHO, ausentes, ocasionalmente, os Min. Antonio de Pádua ribeiro e Humberto Gomes de Barros).

3º Precedente.- REsp 604154-RS, Rel. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª T., j. 16.6.2005 - "RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RELAÇÃO AVOENGA. RECONHECIMENTO JUDICIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. - É juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, ou seus herdeiros deste, visando ao reconhecimento judicial da relação avoenga. - Nenhum interpretação pode levar o texto legal ao absurdo (Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, acompanhado pelos Mins. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, NANCY ANDRIGHI e CASTRO FILHO).

4º Precedente.- AR 336/RS, 2ª Seção, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ 24.4.2006."Legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento de relação avoenga e petição de herança, se já então falecido seu pai, que em vida não vindicara a investigação sobre a sua origem paterna" (Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, acompanhado pelos Mins. JORGE SCARTEZZINI, CASTRO FILHO, BARROS MONTEIRO, HUMBERTO GOMES DE BARROS e CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, vencidos os Mins. CÉSAR ASFOR ROCHA e ARI PARGENDLER).

Inicia a análise do mérito ressaltando que à época da propositura da ação, em 1999, estávamos à luz do Código Civil de 1916, trazendo, então o artigo 363⁹⁵ deste dispositivo, bem como o artigo 227, §6º da Constituição Federal e artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já transcritos no início do capítulo e

⁹⁵CC/1916, art. 363 - "O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento dentro nos 4 (quatro anos) que se seguirem a maioridade ou emancipação."

ainda em vigor no nosso ordenamento jurídico. Para o magistrado, se até aquele momento não havia sido discutida a possibilidade de o pretense neto acionar diretamente o avô, quando o pai pré-morto não o fizera, investigando, assim a paternidade, isso ocorreu por falta de interesse da sociedade na situação em pauta, tendo em vista a facilidade de instituir norma sobre o referido tema por lei ordinária, o que eliminaria o presente conflito. Além do mais, tal questão, se realmente relevante fosse, iria passar por debate social e pelo Poder Legislativo e não seria apreciado por criação jurisprudencial, que é invasiva à atividade legislativa.

Esse tipo na análise severa, se posicionando contrário à jurisprudência, ou, pelo menos, a limitando, é muito perigosa. Isso porque, o juiz é aquele que diz o direito, ou seja, é função dos tribunais interpretar o direito na medida em que isso é necessário para aplicar as normas vigentes a casos concretos⁹⁶. Sendo assim, ao colocar seu pensamento da forma que fez, o julgador, além de subjugar a função prática do judiciário, roga pela previsão da sociedade para antever questões jurídicas que possam ser problemáticas. É fato que o caso ora analisado não é uma constante em ações judiciais, afetando apenas quem se enquadra na situação que, evidentemente, não é a maioria da sociedade. Cobrar um debate prévio que mova o Legislativo é exigir, nesta situação, que uma ocorrência longe da normalidade seja pensada por todos os componentes sociais, o que pode ser considerado pouco razoável, sendo para tanto presente a aqui explanada função que tem a jurisprudência.

Continua seus argumentos no voto pela decisão contrária à legitimidade para a presente ação declaratória afirmando que, tanto o revogado artigo 363 quanto o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente são explícitos ao usar o termo “personalíssimo” ao tratar da ação de investigação de paternidade, sendo que, até presente momento, não houve divergência doutrinária a respeito do atual problema. Não há, aqui, qualquer relativização que possibilite outro entendimento do exposto. O julgador se utiliza do método literal para exercer a hermenêutica jurídica, retomando à escola da *exegese*, expondo a matéria do

⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009. p. 383.

código artigo por artigo⁹⁷, sem considerar os demais métodos, como o sistemático do ordenamento ou o sociológico, que seria mais condizente por trazer a visão do homem moderno em face à sociedade e suas modificações.

Certifica, ainda, a possibilidade do reconhecimento precedente ao nascimento do filho, bem como após sua morte, se deixar descendentes, como é a redação expressa do parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil em vigor. Aqui não haveria qualquer dúvida sobre a possibilidade diante da morte do filho, mas se cala a lei no que se tratar da morte do pai. Assim sendo, afirma não haver vertente doutrinária de peso que dê suporte à investigação avoenga, salvo no caso do artigo ora citado.

Voltando ao âmbito jurisprudencial do Tribunal, relata que sempre prevaleceu o entendimento pela impossibilidade desta ação na forma em que ora se apresenta, apesar dos precedentes elencados. Diz que, além de inexistir autorização expressa nesse sentido, autorizar a propositura da ação aos netos seria desrespeitoso à memória daquele que em vida não quis propô-la, não sendo razoável que o simples interesse patrimonial dos netos se sobreponha à memória daquele que já faleceu.

No entanto, como já foi explanado nos capítulos iniciais deste trabalho, é muito plausível que, em vida, o pai não tenha proposto a ação por mera displicência ou por simplesmente não achar necessário que o vínculo jurídico seja estabelecido, podendo se contentar com um eventual vínculo afetivo, muitas vezes até mais importante para as pessoas. No que tange ao caráter patrimonial, soa muito áspero premeditar que todas as relações jurídicas visam apenas este fim. Há de se pensar que para a nossa sociedade é importante se ver pertencente a um grupo, e a família é algo imaculado e absoluto aos nossos olhos. Talvez o vínculo seja muito mais do que uma sentença, mas um conforto para aqueles que procuram sua origem. Além do mais, da mesma forma que devemos respeito aos mortos, faz-se claro o dever de respeito aos vivos, tendo o direito à ancestralidade, como já explanado, característica de direito da personalidade, devendo ser assegurado de

⁹⁷ MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2000. p. 45

forma fundamental. Não se pode generalizar a situação, julgando-a sem uma análise psicologia profunda dos que ingressam em uma empreitada judicial – quase sempre muito desgastante no prisma emocional.

Diz ainda que o simples fato de não termos presentes expressões restritivas, como “somente, só, apenas ou tão somente”, pela doutrina e jurisprudência, não é suficiente para permitir a legitimidade de outros que não o pai e seu conseqüente ingresso com a ação. Em uma interpretação literal, é possível propor, com essa visão, uma afronta direta ao princípio da legalidade, celebrado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. É explícito, em seu texto, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, não sendo direto com relação à limitação, há de se induzir que tudo aquilo que não é proibido é permitido, quando se trata de direito privado⁹⁸.

Segue, ainda, pressupondo verdades sem provas ou fortes evidências quando se refere à investigação da ancestralidade. No entendimento do julgador, haja vista que o pai pré-morto já tinha atingido idade suficiente para discernir se deveria ou não ingressar com uma ação judicial de reconhecimento de vínculo de paternidade, se não o fez é justamente porque optou pelo contrário. Aqui, entende que a omissão significa a falta de vontade de investigar e, caso à outra pessoa seja permitida a legitimação para encaminhar a ação, esta estaria violando a intimidade do genitor dos possíveis novo legitimados. Arriscada afirmação. Diz que se o pré-morto não utilizou a faculdade personalíssima da ação em vida, não é possível uma “investigação de paternidade póstuma”.

Continua seu raciocínio alegando que não cumpre ao intérprete da lei resguardar qualquer discórdia dentro do âmbito familiar que sempre se mostrou pacífico. Ademais, ao abrir a possibilidade de legitimação da presente ação contra outros ancestrais, esta linha se tornaria infinita, podendo, então, serem abertos caminhos para mera intromissão e não para a real busca da origem do pólo ativo.

Explica que há razão de ser desta restrição processual, ressaltando

⁹⁸MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p.197

que não é permitida a investigação de ancestralidade, mas somente a de paternidade, de forma direta, tendo em vista questões processuais que estaria disponível o investigado. No que tange especificamente à relação avoenga, esta impossibilidade repousa no fato do avô investigado não ter, necessariamente, conhecimento das aventuras amorosas do seu filho, não devendo, então, colher consequência destes atos que nem conhecia, causando um mal estar no núcleo familiar, salvo se considerasse a ação voluntariamente, tendo instrumentos processuais para persegui-la, além das mitigações processuais já apresentadas.

Aduz que, até a presente vista aos autos do processo, em pesquisa doutrinária e jurisprudencial feita com relação a países estrangeiros de proximidade ideológica na ciência jurídica, não houve o conhecimento da possibilidade de investigação avoenga de maneira objetiva, sendo sempre o pai ou mãe os legitimados a tomar as rédeas da ação. Assim, destaca o Brasil como isolado com tal pretensão, mesmo se comparado aos sistemas, em direito parental mais liberais do mundo, que experimentaram a modernização e liberalidade das relações familiares e afetivas. Como será visto no voto da Ministra Nancy Andrichi, essa hipótese pode ser refutada se analisarmos as decisões das Cortes Alemãs citadas no que tange ao direito ao conhecimento da origem genética, que, embora não trate de maneira direta da legitimação, traz indícios da possibilidade, haja vista que a lei alemã é clara ao afirmar que “desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames”⁹⁹.

Alega que, se a busca pela ancestralidade fosse realmente de interesse da sociedade, sendo posicionada no padrão dos direitos da personalidade, esta estaria expressa no Código de Processo Civil, haja vista ser uma lei posterior tanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto à Constituição Federal, não sendo necessário ser aferido em uma série de direitos esparsos no ordenamento vigente. Isso provaria, para o julgador, a falta de vontade da sociedade brasileira para que a presente tese seja sustentada.

Enaltece, no que tange à natureza jurídica, ser uma estratégia de

⁹⁹ZPO, § 372^a (1) – Código de Processo Civil alemão.

eufemismo considerar a presente ação investigatória como mera ação declaratória. Estaríamos diante de um mero desvio de enfoque, sendo que o objetivo aqui seria a apresentar como uma lide mais ingênua, sendo que, na verdade, o atingido é a substância do parentesco, sendo a ação eminentemente investigatória.

Apresentou, por fim, o trecho de um voto do REsp 296 – RS, de 1990, onde o Ministro Eduardo Ribeiro votou no mesmo sentido e sustentando argumentos da questão declaratória/investigatória do presente voto, bem como concluiu com o seguinte entendimento:

Não se trata aqui de negar a prestação jurisdicional. Existe prestação jurisdicional também quando se afirma que falta ao autor uma das condições da ação.

3.1.3 *Ministro Vasco Della Giustina*¹⁰⁰

Inicia o voto afirmando que pouco teria a acrescentar em matéria jurídica, tendo em vista que os demais Ministros haviam trazido todos os ângulos de análise, bem como invocado todos os princípios atinentes ao caso. No entanto, se posicionando com relação ao já discutido, votou em favor do já analisado voto do Ministro Sidnei Beneti. Assim, fundamenta seu voto em passagens do julgador citado, bem como traz o voto do Ministro César Asfor Rocha, na AR nº 336 do RS, já citada no voto anterior, que coaduna com o seu pensamento ao afirmar o seguinte:

Com a devida vênia, penso que não poderia ser de outra forma. Na verdade, a Lei, ao estabelecer que a ação é personalíssima, pelo art. 363 do antigo Código Civil, que está de alguma sorte, reproduzido no art. 1.614 do Código Civil de 2002, pretende, com isso, pacificar as relações familiares. Vejam V. Exas, admitamos que o neto possa contestar a filiação do seu pai; então, o bisneto poderá, também, contestar a filiação do seu avô, e o tataraneto poderá contestar a filiação do seu tataravô. Imaginem as posições contraditórias: alguns quererão ser netos de B, outros de A. A Lei, quando diz que a relação é personalíssima, quer, na verdade que somente a pessoa possa dizer quem seja o seu pai; ninguém pode questionar isso e, se puder contestar depois de sua morte, também poderia ainda em vida. Se os netos pudessem contestar, outros familiares também poderiam.

Destaca, ainda, o argumento do caráter legalista do Direito de

¹⁰⁰ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp nº 807849. Segunda Seção. Brasília. 24/03/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9613449&sReg=200600032847&sData=20100806&sTipo=51&formato=PDF>. Última consulta: 12/04/2011 às 21h43

Família, afirmando que este deve ter interpretação restritiva, sob perigo de causar situações conflitantes na família se extensivamente for interpretado. Assim, a interpretação deve logicamente existir, mas tem que ser a mais limitada possível. Para finalizar adverte para o fato de não termos casos como este em sede de Direito Comparado, enquanto seja o direito estrangeiro um valioso subsídio.

3.2 Análise dos votos vencedores

3.2.1 Ministra Nancy Andrighi¹⁰¹

Destaca, inicialmente, com relação às peculiaridades da lide que vem sendo analisada, o fato do pólo ativo da ação, ora recorrente, ser composto por, além de dois netos que buscam a declaração de relação avoenga, pela mãe destes, haja vista que, no momento do casamento com o pai, que poderia ter ingressado com a ação de investigação de paternidade de forma direta, ela era casada em regime de comunhão universal de bens, o que acarreta na sua participação como meeira nas ações de sucessões.

No que tange ao prequestionamento, em razão de o tribunal *a quo* não ter se manifestado sobre a ação cabível no presente caso, se mera ação declaratória de reconhecimento de vínculo ou ação de investigação de paternidade, interpreta a Ministra que, em razão da inteligência da Súmula 211 do STJ, que determina “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”, não seria possível esta discussão pela Turma julgadora, devendo a lide se restringir à questão da legitimidade, já que foi a matéria apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

¹⁰¹ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp nº 807849. Segunda Seção. Brasília. 24/03/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5995683&sReg=200600032847&sData=20100806&sTipo=51&formato=PDF>. Última consulta: 08/04/2011 às 21h32

Adentrando no mérito recursal, uma série de argumentos que corroboram a conclusão pelo provimento do recurso são apresentados e articulados pela julgadora, tal como veremos.

Os recorrentes, inconformados com a decisão proferida em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apresentaram como primeiro argumento do recurso o fato dos julgadores da segunda instância terem ignorado orientação do STJ referente à possibilidade dos netos buscarem em juízo a declaração de relação avoenga, quando já falecido o pai, que, enquanto vivo, não pleiteou a ação de investigação de sua origem. No recorrido acórdão foi sustentada a tese da carência de ação, por ilegitimidade da parte autora da ação, como já explicado no começo deste capítulo.

Para a Julgadora, ora votante, esta tese não se sustenta, tendo em vista que dentre os direitos da personalidade estão assegurados o direito ao reconhecimento da origem genética, bem como ao nome, sendo tais direitos inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*. Se baseando nestas características, conclui pela possibilidade de ingresso legítimo na presente ação pelos netos, tendo em vista, ainda, que o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão ligados à dignidade da pessoa humana.

Destaca o direito à busca pela ancestralidade como personalíssimo¹⁰², possuindo, então, tutela jurisdicional especial e integral, em virtude dos artigos 5º e 266¹⁰³ da Constituição Federal.

Faz uma análise sobre as relações de parentesco ao interpretar o Código Civil, que em seu artigo 1.591 diz que “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e

¹⁰²BIRCHAL, Alice de Souza. *A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos*. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil – Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 43

¹⁰³Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

descendentes.” Assim sendo, não há qualquer limite em um tronco ancestral comum fazendo, então, com que todas as pessoas que o integrem sejam parentes, independentemente do grau de proximidade. Ou seja, ao ser afirmada a desejada declaração de parentesco de segundo grau, automaticamente, estará reconhecida o grau familiar em primeiro grau. Em conclusão, temos que a linha parental, explanada no artigo supra transcrito, bem como no artigo 1.594 do mesmo diploma legal, não se esgota, nem mesmo em caso de morte, o que demonstra a inexistência da impossibilidade jurídica do pedido pleiteado em vista à necessária análise do caso em sua origem, de forma ampla no que tange às provas que ainda virão a ser arguidas em momento oportuno, o que impossibilita, como fundamento para que a ação não prospere, a ausência de provas.

A Ministra usa do direito comparado para dar alicerce à fundamentação construída, apresentando julgados de Cortes Alemãs que entendem o direito ao conhecimento da própria origem genética como direito da personalidade. Além de citar este julgado, apresenta outro, do Tribunal Superior de Dresden, exprimindo que:

por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos n.º 22 WF 359/98), restou decidido que “em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue”. Essa linha de raciocínio deu origem à reforma legislativa que provocou a edição do § 372a do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) em 17 de dezembro de 2008, abaixo transcrito (tradução livre): “§ 372a Investigações para constatação da origem genética I. Desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames, em especial a coleta de amostra sanguínea, a não ser que o exame não possa ser exigido da pessoa examinada. Os §§ 386 a 390 são igualmente aplicáveis. Em caso de repetida e injustificada recusa ao exame médico, poderá ser utilizada coação, em particular a condução forçada da pessoa a ser examinada.

Ainda com argumentos favoráveis, alega ser inadequada a recusa com relação ao ingresso de uma ação deste tipo em juízo pelos netos nos casos em que, pela morte, o seu pai não o possa fazer, em razão da moderna concepção do Direito de Família, resumindo todo seu pensamento em uma frase conclusiva: “não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação.” No que tange às provas, estas são, ao

entendimento da Julgadora, exigíveis para que seja procedente a ação declaratória, mas devem ser produzidas em momentos processuais adequados, não sendo possível sua exigibilidade antecipada.

Ao negar a legitimidade para ingresso no judiciário nesses casos, está o julgador das primeiras instâncias negando a própria prestação jurisdicional, obrigação expressa do Estado, não sendo razoável que a pessoa que pretende a declaratória tenha seu direito personalíssimo negado, nos termos já expostos. O fato do desconhecimento da sua ancestralidade já é motivo suficiente para que a relação avoenga seja reconhecida e garantida, incidindo, assim, seus consequentes reflexos – como exemplo, o direito de herança.

Destaca, ainda, que a motivação desta ação não é exclusivamente patrimonial, pois decorre dos direitos personalíssimos apresentados, sendo a questão sucessória consequência daqueles, o que faz, ainda, com que, uma vez prescritas a pretensão sucessória, nada mais tem a fazer aquele que pleiteia em juízo a declaração de parentesco. Não deve prevalecer qualquer cláusula que restrinja os direitos de personalidade.

Por essas razões, ficaria ampliada a redação do artigo 1.606 do Código Civil que determina que “a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz”, sendo possível sem qualquer problema a ação declaratória que visa que o Judiciário diga se existe relação material de parentesco entre investigantes e investigados, tanto quanto do suposto avô quanto qualquer outro parente em linha reta de forma infinita, ou, no caso de colaterais, até o quarto grau.

Invoca ainda, o parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil, que é expresso ao declarar a possibilidade de reconhecimento de filiação *post mortem* através da seguinte redação: “o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”. Assim, ao reconhecer a relação do avô com o filho falecido, será, consequentemente, reconhecida a dos netos com aquele.

Artigo que amplia a possibilidade de reconhecimento parental é o 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, expresso ao assegurar o exercício do direito posto em cheque contra os pais e herdeiros, desaparecendo qualquer restrição. Em transcrição literal deste dispositivo, temos 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, observando o segredo de justiça.

Em análise, temos que se trata de um direito da personalidade, sendo, então, por sua natureza, indisponível e imprescritível. Depreende-se que a legitimidade ativa é do filho ou de seus descendentes, devendo, assim, participar no pólo passiva da lide, os pais ou seus herdeiros. Neste caso, para manter a lógica processual, quando o pai já for falecido – caso contrário deve ser somente ele. No mesmo sentido com relação ao filho que deve figurar como autor se estiver vivo. No caso de menoridade, deve ser assistido pela mãe ou outros responsável legal, que não deve, pela interpretação deste artigo, figurar como autor, dedicando-se à atividade exclusiva da tutela do menor.¹⁰⁴

No que se refere às questões patrimoniais relacionadas à sucessão e conseqüente herança, – assegurada pelo artigo 5º, XXX da Constituição Federal – os dispositivos 1.845 e 1.846 do Código Civil, que tratam dos herdeiros necessários, apontam, expressamente, os descendentes como participantes nesta ação, sendo, então, também, os netos herdeiros dos avós.

Com relação às “novas famílias” asseguradas pela Constituição Federal, que não aquelas já tradicionalmente aceitas no ordenamento jurídico nacional, apresenta o artigo 226, §4º¹⁰⁵ do Diploma Maior a família monoparental, alargando o conceito de família, que não mais se limita aos filhos.

Pela análise sistemática do Direito de Família, ao considerar de

¹⁰⁴ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*: (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26.

¹⁰⁵Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

maneira ampla a possibilidade de reconhecimento de parentesco em linha reta, consideram os descendentes como herdeiros necessários, assegurando-lhes direitos sucessórios e reconhecer a família monoparental, como constituída pelo pai e seus descendentes, percebe-se a movimentação para que sejam asseguradas as relações de parentesco, bem como sua proteção e conseqüente declaração pelo Judiciário.

Para finalizar seu voto, a Ministra elenca julgados precedentes do Superior Tribunal de Justiça que corroboram com seu entendimento, como os que entendem ser:

legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento de relação avoenga e petição de herança, se já então falecido seu pai, que em vida não vindicara a investigação sobre a sua origem paterna (AR 336/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 2ª Seção, DJ de 24/4/2006).

E que:

é juridicamente possível o pedido que os netos formulam contra o avô, e os herdeiros deste, visando o reconhecimento judicial da relação avoenga (REsp 604.154/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ de 1º/7/2005).

Destaca, ainda, que no REsp 326.136/MG, de sua autoria, fora reconhecida a relação de parentesco entre sobrinhos e tios, com o objetivo de reflexo nas obrigações sucessórias.

Assim, conclui o voto expressando ser totalmente possível e razoável a busca pela relação avoenga, afastando a carência de ação por ilegitimidade da parte autora ou impossibilidade jurídica do pedido, à luz da jurisprudência do STJ, que busca a ampliação do reconhecimento das relações familiares, desde que devidamente trazidos os argumentos hábeis de prova no momento processual adequado. No que tange à viúva, parte autora juntamente aos netos, em razão da omissão quanto a ela no acórdão recorrido, tem-se que lhe resta na mesma situação que os netos, tendo em vista que caso não fosse assim entendido, o fundamento estaria declarando *reformatio in pejus*. Dá provimento ao recurso apresentado, para que haja a reforma da decisão relativa à preliminar em tela, e determina o conseqüente prosseguimento da ação, nos moldes do devido

processo legal.

3.2.2 *Ministro João Otávio de Noronha*¹⁰⁶

O entendimento que baseia o presente voto coaduna com o já expresso pelo voto da Ministra relatora, Nancy Andrichi. Inicia o Ministro relacionando os princípios e direitos que respaldam o presente caso. Diz ele que todas as pessoas têm direito a conhecer sua origem, sendo este um direito fundamental, devendo ser assegurado pelo Estado. Ressalta, ainda, que, enquanto Estado Democrático de Direito, o Brasil tem como um de seus alicerces ideológicos o princípio da dignidade da pessoa humana, concluindo ser impossível considerar em pleno gozo de seus direitos aquele que não conhece sua origem.

Ao elucidar sobre os Códigos Civis de 1916 e de 2002, em suas diferenças, traz à discussão o fato daquele ter sido idealizado em um momento de rudimentar desenvolvimento social do país, onde ainda éramos escravocratas e o interesse da burguesia prevalecia às classes dominadas, o que explica a dificuldade de investigação das relações parentais, haja vista o grande número de infidelidade, estupros e adultérios praticados por aquela classe, que não tinha interesse em se expor reconhecendo filhos que tinham com a classe pobre, muitas vezes à força.

O julgador levanta a possibilidade da investigação não ter sido proposta pelo pai, em vida, por constrangimento ou orgulho, o que acarretaria enorme prejuízo a um direito fundamental que deveria ser pelo Estado tutelado, à luz do artigo 1.696, do atual Código Civil, que diz que:

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.

Assim, tendo em vista que o dispositivo é claro ao determinar a extensão a todos os ascendentes de assistência, não seria razoável negar ao menor

¹⁰⁶Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp nº 807849. Segunda Seção. Brasília. 24/03/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9639242&sReg=200600032847&sData=20100806&sTipo=51&formato=PDF>. Última consulta: 12/04/2011 às 21h41

esta garantia fundamental. Por uma possível atitude relapsa do pai, então, o seu filho ficaria sem recursos para o seu sustento.

Alega que todas as normas infraconstitucionais devem se relacionar de forma harmônica com a Constituição Federal, em uma visão hermenêutica sistemática, e, então, traz o artigo 227, §6º¹⁰⁷, refletindo pela proteção integral da família, tendo em vista que, se algo ao filho foi garantido, deve, também, ao seu filho ser. Sendo assim, os direitos fundamentais devem prevalecer aos direitos materiais e econômicos.

No que tange a esse tema, embora possa haver interesses patrimoniais justos ou mesquinhos, estes não devem prevalecer frente a um interesse maior, qual seja a dignidade humana.

No que pode ser ressaltado com relação ao respeito aos mortos, argumenta que a ossada depois de alguns anos é desenterrada e colocada em outro recipiente, sem em nada ferir qualquer memória do morto. Sendo assim, tendo em vista haver outras tantas pessoas buscando esclarecer a verdade, uma prova constituída pelos restos mortais de alguém não seria uma espécie de violação. Além do mais, por vezes, a única opção que se tem é a prova constituída por exame de DNA, hoje em dia tão simples e violando tão pouco a pessoa investigada, que não seria aceitável sua recusa. Temos avultados tais valores somente quando conflitantes com interesses de outra pessoa, momento em que exageramos na sua defesa para nos defender.

O Ministro ainda salienta que a legislação ordinária infraconstitucional por enquanto não avançou de forma completa no que trata do Direito de Família e das Sucessões, o que, por vezes, se faz por legislação extravagante, que só começaram a vigorar após a publicação do Código Civil de 2002.

Entende, o ora votante, que se deve dar à legislação uma

¹⁰⁷Artigo 227, §6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

interpretação integrativa, sendo o sistema jurídico preenchido pelo interprete da lei. O Brasil não está, de forma alguma, atrás dos legisladores de outros países, mas sim a frente, se pensarmos nessa lógica.

3.2.3. *Ministro Luis Felipe Salomão*¹⁰⁸

Ao iniciar seu voto, o Ministro deixa claro que concorda com o entendimento da Ministra Relatora e, para justificar seu posicionamento com relação à possibilidade jurídica do pedido e a adequação, examinados pelo ângulo das condições da ação, invoca entendimentos doutrinários. Inicialmente chama a posição de Humberto Theodoro, invocando Allorio, destacando que:

Predomina na doutrina o exame da possibilidade jurídica sob o ângulo de adequação do pedido ao direito material a que eventualmente correspondente a pretensão do autor. Juridicamente impossível seria, assim, o pedido que não encontrasse amparo no direito material positivo. Allorio, no entanto, demonstrou o equívoco desse posicionamento, pois o cotejo do pedido com direito material só pode levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua improcedência, caso conflite com o ordenamento jurídico, ainda que a pretensão, *prima facie*, se revele temerária ou absurda. Diante dessa aguda objeção, impõe-se restringir a possibilidade jurídica do pedido no aspecto processual, pois só assim estaremos diante de uma verdadeira condição da ação como requisito prévio da admissibilidade do exame da questão de mérito. (Curso de Direito Processual Civil, vol.I, 47ª edição, 2007, p. 64/65).

No mesmo sentido, se manifesta Nelson Nery Júnior, também transcrito, onde afirma que:

O pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve entender-se o termo “pedido” não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir. (JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição, 2007, p. 504).

Assim, ao se deparar com os pressentes pressupostos doutrinários, se pergunta o Ministro onde está expressamente previsto no ordenamento brasileiro

¹⁰⁸ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp nº 807849. Segunda Seção. Brasília. 24/03/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9613938&sReg=200600032847&sData=20100806&sTipo=51&formato=PDF>. Última consulta: 12/04/2011 às 21h41

a impossibilidade de reconhecimento da relação avoenga. Conclui que não há em lugar nenhum esta previsão, mas tão pouco sua vedação, tornando-a, então, possível.

Ainda ressalva que há precedente expresso que corresponde exatamente ao caso ora julgado, o REsp nº 604.154, que diz que "*é juridicamente possível o pedido dos netos formulados contra o avô aos seus herdeiros, desde que visando o reconhecimento judicial da relação avoenga*". Além desta ação, ainda houve outra, Ação Rescisória, nº 336 do RS, em 2005, que foi expressa ao afirmar ser "legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento de relação avoenga e petição de herança, se já é então falecido seu pai, que, em vida, não vindicava a investigação sobre a sua origem paterna".

Finaliza o voto afirmando que, frente aos julgados citados, iria gerar uma instabilidade jurisprudencial grande não seguir tal entendimento, o que não deve ser permitido pelos operadores do direito.

3.2.4 Ministro Honildo Amaral de Mello Castro¹⁰⁹

Como derradeiro voto, o Ministro afirma ir de acordo com o voto da Ministra Relatora, mas faz uma pequena ressalva sobre a extensão do seu voto. Aduz que toda a discussão trazida no caso era referente à ancestralidade e o direito personalíssimo de reconhecimento da origem, entendendo a extensão à mãe dos supostos netos do direito discutido uma ampliação exagerada. Sem mais considerações ou oposições, opta por seguir o voto.

¹⁰⁹ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp nº 807849. Segunda Seção. Brasília. 24/03/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9639697&sReg=200600032847&sData=20100806&sTipo=51&formato=PDF>. Última consulta: 12/04/2011 às 21h44

CONCLUSÃO

A presente pesquisa ganha uma relevância especial haja vista as controvérsias presentes na jurisprudência atual, bem como a omissão doutrinária no que trata o assunto da forma que foi abordado. Elucidar novas possibilidades na ciência jurídica, é permitir que esta se desenvolva, evolua, para que abrace cada vez mais pessoas, se tornando mais real e, conseqüentemente, oferecendo mais segurança à sociedade. O Direito, como bem sabemos, enquanto estudiosos e graças ao contato mais constante, não está acabado, nem nunca estará. Devemos, então, motivar, através da pesquisa e do debate, seu desenvolvimento, para cumprir sempre sua função social da maneira mais perfeita possível. Este trabalho buscou exatamente abranger a possibilidade de reflexão para o operador do direito, apresentando argumentos que demonstram que a letra da lei, pura e simples, nem sempre é suficiente para garantir a justiça, sendo necessário, a partir de uma análise sistêmica do ordenamento, invocar princípios e desenvolver novos direitos para tanto.

O reconhecimento da filiação, como foi colocado diversas vezes ao longo do desenvolvimento da pesquisa, é de importância inestimável para o ser humano, que tem vontade de conhecer sua origem, bem como sua ancestralidade para se sentir completo. Quando não for possível essa completude por pura vontade daqueles que compõem seu núcleo familiar, pode, então, recorrer ao Poder Judiciário para se sentir inteiro, no presente caso através da ação de investigação de paternidade. Verificar e entender as novas configurações familiares, bem como permitir que estas sejam ampliadas, é garantir que o instituto familiar, base da sociedade em que vivemos, se mantenha forte e seguro para os indivíduos. Assim, assegurar que a família seja uma a partir do reconhecimento de paternidade na relação avoenga, é ampliar, como merece, a entidade familiar, abraçando as relações de parentesco ao máximo, fazendo com que o ser humano se veja cada vez mais completo.

Ao restringir a legitimidade na ação que foi analisada, limitam-se, também, os direitos da personalidade da pessoa, a tornando fragmentado e frágil. Muito mais do que questões puramente financeiras – argumentos sucessórios – o

que se buscou demonstrar foi que a família deve ser protegida, para ser afastada de qualquer possível desfacelamento ou incompletude, buscando sempre a integração a partir da hereditariedade, bem como da afetividade, elemento constitutivo essencial à formação familiar. Foi possível alegar, a partir da análise do julgado, que corroborou a fundamentação apresentada no desenvolvimento da pesquisa, que o Direito de Família tem evoluído do âmbito puramente legalista e positivista, para o prisma social e afetivo.

Foi abordada no primeiro capítulo a relação parental, principalmente de filiação, mostrando sua evolução jurídica e como ela é entendida no ordenamento jurídico atual, sem dúvida muito mais protegida e envolta de maior preocupação. Notou-se a crescente importância que a sociedade, refletida em nossos legisladores, tem dado para a afetividade. Ainda, foram explorados no capítulo inicial fundamentos que exaltam o direito à origem genética, tão importante por razões sociais, emocionais, políticas e até de saúde. Assim, restou clara a importância da tutela familiar, balizada na proteção integral proposta pelo nosso ordenamento jurídico, sendo aquela o núcleo motivador para o desenvolvimento do trabalho.

No capítulo seguinte, quando a pesquisa adentrou na ação de investigação de paternidade e reconhecimento da filiação, além dos aspectos materiais e sociais que já vinham sendo abordados, foram analisados pressupostos relativos ao procedimento em si, bem como as questões de prova, em seu procedimento, como o exame de DNA. Além do mais, neste capítulo foi explorado o foco da pesquisa, que era a relação avoenga. Portanto, a partir da análise mais específica da ação em foco, notou-se possível sua adaptação à relação avoenga, eliminando a restrição outrora imposta pela interpretação literal das normas jurídicas.

Para mesclar todas as ideias apresentadas ao longo dos dois capítulos, o capítulo final buscou analisar o REsp 807.849 – RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, demonstrando posicionamentos contrários, em minoria, e favoráveis do que foi enfatizado ao longo da pesquisa, demonstrando a aplicabilidade das hipóteses que surgiram ao caso concreto, que garantiu, então, a tutela integral da família como expressamente assegura a Constituição Federal.

Assim, a pesquisa objetivou demonstrar, antes de tudo, que o Direito não pode ser analisado e estruturado distante da sua aplicabilidade, mas sim visando dirimir conflitos concretos. O Direito de Família, como percebemos atualmente, é constantemente mutável e cuida de um instituto essencial à sociedade, devendo ter amparo estatal máximo. Acima de tudo, a proteção da família e de seus membros em suas relações deve prevalecer, garantindo a paz individual e social.

REFERÊNCIAS

AHMAD, Roseli Borin Ramadan. *Identidade genética e exame de DNA*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de Paternidade de DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 5ª Ed., v. I, nº 129, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BIRCHAL, Alice de Souza. *A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos*. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil – Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Ação declaratória*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica: exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRUZ, José Aparecido da. *Averiguação e investigação de paternidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. p.362.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.) *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 18.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *Paternidade e ascendência genética*. In: Leite Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de. e SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. “Direito Constitucional à família ou famílias sociológicas x famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional”, *in Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM-Síntese, vol. 23, 2002.

_____. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LINHARES, Sérgio e SZNAJDER, Fernando. *Biologia hoje*. São Paulo: Ática, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8333>

_____. *Direito civil: Famílias*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O Exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 1, jun, 1999.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.

MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2000.

MENDES, João de Castro. *Manual de processo civil*. Lisboa: Editora Coimbra, 1963

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 9

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª. Ed. Tomo III, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Revonar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. I, Rio de Janeiro: Forense. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão. REsp nº 8077849. Segunda Seção. Brasília. 24/03/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600032847&dt_publicacao=06/08/2010> . Último acesso em 14/04/2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Publicação. Data: 05/04/2010. Notícia refere-se ao processo: REsp 807849. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96563>. Último acesso em 14/04/2011.