

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

**LAURA AYA YAMADA**

**A DICOTOMIA ENTRE AS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E DE  
INVESTIGAÇÃO DE ASCENDÊNCIA GENÉTICA**

**CURITIBA  
2018**

**LAURA AYA YAMADA**

**A DICOTOMIA ENTRE AS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E DE  
INVESTIGAÇÃO DE ASCENDÊNCIA GENÉTICA**

**Trabalho Parcial de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do  
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Msc. Camila Gil Marquez  
Bresolin**

**CURITIBA  
2018**

**LAURA AYA YAMADA**

**A DICOTOMIA ENTRE AS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E DE  
INVESTIGAÇÃO DE ASCENDÊNCIA GENÉTICA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito do Centro Universitário Unicuritiba, pela Banca Examinadora formada pelos  
professores:

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Msc. Camila Gil Marquez Bresolin

---

Prof. Membro da Banca

Curitiba, 09 de abril de 2018.

**A meus pais, Akihiro e Luciane,  
que nunca desistiram de mim.**

**Ao meu amor, Gabriel,  
parceiro da minha caminhada.**

## RESUMO

Tem este trabalho a proposta de problematizar a dicotomia que existe entre uma ação de investigação de paternidade e uma ação de investigação de ascendência genética; busca-se demonstrar suas diferenças claras, explícitas e as suas diferenças sutis, implícitas. O objetivo principal é o de oferecer um diagnóstico da atual situação legislativa, jurisprudencial e doutrinária no entorno destas duas modalidades distintas de ações, as quais muito frequentemente são confundidas como sendo da mesma espécie - na realidade, são de espécies completamente diversas, embora dividam o mesmo gênero, em certa medida. O foco principal da problemática que se pretende aqui é o de uma vez explicitadas as suas diferenças, relativiza-las, na busca de modalidades que possam acarretar uma à outra. Em outras palavras, será que existe a possibilidade de uma ação de investigação de ascendência genética, que possui características específicas e próprias, oferecer ensejo para que de seus frutos pretenda-se peticionar no sentido de requerer a paternidade (ou maternidade), com todas as características específicas e próprias que somente à ela acomodam-se, como a petição de herança? Conforme mencionado, busca-se trazer à luz uma problemática - realizar os procedimentos necessários para apontarmos um diagnóstico preciso; o tratamento, entretanto, não será nosso foco neste trabalho, mas espera-se que possa-se emergir discussões saudáveis neste sentido.

**Palavras-chave:** ação de investigação de ascendência genética, ação de investigação de paternidade, petição de herança, filiação, filiação biológica, filiação sócio afetiva.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	4
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2 DA FILIAÇÃO</b> .....	7
2.1 DA HISTÓRIA DA FILIAÇÃO.....	8
2.1.1 Das Origens Históricas.....	9
2.1.2 Da Grécia e da Roma Clássicas.....	9
2.1.3 Do Cristianismo aos Dias Atuais.....	11
2.2 DA FAMÍLIA.....	13
2.2.1 Do Casamento.....	15
2.2.2 Dos Filhos Legítimos e Ilegítimos.....	16
2.2.3 Dos Filhos Biológicos e Não-Biológicos.....	17
2.3 DO ESTADO DE FILIAÇÃO.....	19
<b>3 DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE</b> .....	22
3.1 DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE.....	23
3.1.1 Do Princípio <i>Nemo Tenetur Se Detegere</i> .....	24
3.1.2 Da Inversão do Ônus da Prova.....	25
3.2 DO DIREITO À HERANÇA.....	26
3.2.1 Do Direito dos Netos.....	27
<b>4 DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE ASCENDÊNCIA GENÉTICA</b> .....	30
4.1 DIREITO DE FAMÍLIA X DIREITO DE PERSONALIDADE.....	30
4.1.1 Do Direito ao Conhecimento da Origem Genética.....	33
4.2 DA FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.....	35
4.3 DA NEGATIVA EM FORNECER O MATERIAL GENÉTICO.....	37
4.3.1 Da Possibilidade da Prova Obtida por Meio Ilícito.....	38
<b>5 DA DICOTOMIA – RETOMADA</b> .....	40
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	48

### 1 INTRODUÇÃO

Ao mesmo tempo em que a ação de investigação de paternidade surge como um meio através do qual se buscava garantir direitos àqueles que não possuíam o estado de filiação paterno, nasce, com os avanços na medicina e na tecnologia, a necessidade de se ter conhecimento de sua ascendência genética - o que, se verá mais adiante, não necessariamente encontra par na paternidade.

Uma é de direito de família, a outra de direito da personalidade, ambas com fundamentos no princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, muito ainda se confunde a ação de investigação de paternidade (ou de maternidade, embora

menos comum) com a ação de investigação de ascendência genética, isto porque a questão da filiação atrelada ao genitor, ao provedor de material genético, ainda sobrevive em certo subconsciente social. Equivocado, no entanto, é equipararmos estes dois institutos do processo civil como sinônimos; conforme se discorrerá ao longo do presente trabalho, eles são lados opostos de uma mesma moeda, possuem construções e propósitos claramente diversos.

O que se pergunta, no entanto, é se existe alguma possibilidade de uma ação de investigação de ascendência genética (a qual normalmente tem por objetivo fins medicinais) ocasionar, em algum determinado caso, a possibilidade de inserir determinado ascendente genético no posto de pai ou mãe, de forma a gerar os vínculos que a parentalidade exige.

Para melhor entender estas questões, deve-se, primeiramente, conhecer em melhores termos uma e outra, e, antes de qualquer delas, o conceito chave que delimitará toda a construção que deverá ser feita em ambos os casos - a noção de filiação, sua construção histórica, e como ela se apresenta na atualidade, as mudanças recentes por que passou, e sua importância na constituição da família, sempre com fundamento na Constituição Federal, respeitando seus princípios basilares de edificação do sistema jurídico brasileiro.

## **2 DA FILIAÇÃO**

Toda a discussão acerca da dicotomia entre a ação de investigação de paternidade e a ação de investigação de ascendência genética, bem como a possibilidade desta acarretar alguma possibilidade de levar àquela, deverá, invariavelmente, ser circunscrita sob o prisma da filiação, na sua mais variada amplitude de possibilidades jurídicas e sociais.

Deve-se ter em consideração que qualquer forma de interpretação, seja doutrinária, seja legal, será tida sempre com os auspícios constitucionais. Não há que se falar em visão legalista-dogmática que, seja implícita ou explicitamente, tende a

ignorar ou restringir qualquer dispositivo ou princípio constitucional; trata-se da constitucionalização da legislação.<sup>1</sup>

Feita estas ressalvas, será preciso, antes de mais nada, realizar uma imersão no contingente jurídico que cerca o instituto da filiação, tema basilar de toda a discussão que será abordada no presente trabalho - não obstante sua peculiaridade de base para o tratamento dos presentes assuntos, não há possibilidade de entender a materialidade ou a processualidade seja da ação de investigação de paternidade, seja de investigação de ascendência genética (e especialmente as problemáticas que dessas duas espécies podem emergir, principalmente no tocante a um ponto tangente entre ambas - a problemática de uma ação de investigação de ascendência genética levar à uma ação de investigação de paternidade, ou acarretar na criação de direitos e deveres próprias desta) sem que seja alcançado uma compreensão acurada da construção deste instituto e do entendimento que dele deriva através da legislação constitucional e infra-constitucional, doutrinária e jurisprudencial.

O tema da filiação como instituto jurídico, não apenas na tradição ocidental mas, como aponta a Antropologia do Direito, em diversas sociedades, em seus diversos tempos, é tratado com especial cuidado e preocupação, tendo-se em vista a enorme gama de direitos e deveres que cada sociedade atribui a esta vinculação *inter homines*, além de ter sido considerada, não por poucas vezes, tabu social e, ao mesmo tempo, prestígio social, a depender do desenrolar que esta “ligação” entre os sujeitos de direito a ela relacionados se configura.<sup>2</sup>

Importante ressaltar a historicidade desse instituto, pois o entendimento que se dá hoje em dia somente poderá entender-se completo se levada em consideração uma metodologia histórica, como nos aponta Ricardo Marcelo Fonseca<sup>3</sup>, sem que haja uma falsa visão de linearidade jurídica, ao contrário, o que existe é um complexo desenvolver de teias de ligação que não se aprimora historicamente em sentido linear, mas através de um procedimento de rupturas, nos quais, a cada era, uma nova interpretação se confere ao instituto da filiação.

---

<sup>1</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. 191p. (Teoria & direito público). Inclui bibliografia. ISBN 8574206962 (broch.).

<sup>2</sup> Cf: SANTOS, Armindo dos. **Antropologia do Parentesco e da Família**: teorias e investigação. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. 272 p., il. (Epistemologia e sociedade, 241). Inclui referências e índice. ISBN 9789727718498 (broch.).

<sup>3</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Jurua, 2009. 174p. (Biblioteca de história do direito). Inclui referências e índice. ISBN 9788536226712 (enc.).



## 2.1 DA HISTÓRIA DA FILIAÇÃO

Não se intenciona realizar um trabalho de exaustão da temática histórica, mesmo porquê o objetivo desta seção é o de conferir embasamento histórico para o aprofundamento do tema da filiação que é mero corolário da dicotomia que objetiva com fim maior o trabalho (embora por ser mero corolário o tema da filiação apenas neste trabalho, não significa dizer menos importante, mas, em contrapartida, chave fundamental para interpretação da esfera problemática à qual se insere o tema principal).

Objetiva-se aqui atingir um embasamento teórico-histórico para, justamente com isso, colocar em cheque a atual concepção do instituto sob os olhos da jurisdição, o que será tratado em minúcias mais adiante, com cuja dialética ter-se-á condições de cristalizarmos uma síntese para melhor compreender e julgar a dialética supra, a qual é o tema do trabalho.

### 2.1.1 Das Origens Históricas

Primordialmente, tem-se que nas origens das civilizações, nunca se atribuiu grande importância ao direito dos menores. A filiação funcionava como legitimação para assumir o posto social ao qual estava inserido o genitor masculino (sim, aqui restava uma concepção, ao que tudo indica, unicamente biológica da filiação), o direito de sucessão, conforme se conhece na atualidade, não possuía par.

Herdava-se a honra, a posição, os deveres e os direitos do genitor masculino<sup>4</sup> (pois amiúde descartava-se o papel feminino em qualquer sentido social, embora não

---

<sup>4</sup> ESCOBAR-CÓDOBA, Frederico. **La Esquiva Definición del Derecho, a la Luz de Los Códigos Mesopotámicos**. *ResearchGate*. Disponível em <<http://www.researchgate.net/publication/2375585>>

ter o presente trabalho focado em nenhuma pesquisa nesta temática específica), dizia-se, “Baltazar, o velho” para o pai e “Baltazar, o jovem” para o filho – observa-se que, aos auspícios daquelas sociedades, não se falava em duas pessoas distintas, mas, primordialmente, de uma única pessoa: a dinastia inteira equivalia a uma única pessoa, dividida em vários “entes mundanos” e, assim sendo, a sanção aplicada por crime cometido pelo pai aplicar-se-ia a toda a família - prática denominada “harmátia”, reproduzida pelos Gregos e, com devidas proporções, reinserida pelos Romanos, sob o codinome de *machina fatalis*<sup>5</sup>, ao menos até a ascendência do cristianismo (tópico este a ser tratado logo adiante).

### 2.1.2 Da Grécia e Roma Clássicas

Com as rupturas intrínsecas às eras históricas, ascende ao pódio de estudo a civilização grega e romana.<sup>6</sup> Considerando não ser este o tema deste trabalho, deve-se reunir em um único texto, exíguo e humilde, ambas as concepções conferidas por estas civilizações acerca da filiação, com a reiterada ressalva de que estudos sobre este tema são em demasia abrangentes e ricos para aqueles que maior interesse despertem sobre o assunto.

Nas civilizações grega e romana é possível encontrar características diversas sobre a filiação, primeiramente porque, na própria estrutura do nome já podemos, especialmente entre os romanos (mas também inserido aos gregos em anos tardios), encontrar a origem do nome, sobrenome, pré-nome e etc, a qual era chamada de *praenomen, nomen, and cognomen*<sup>7</sup>. Verifica-se uma forte vinculação do dito direito

---

#### [87 LA ESQUIVA DEFINICIN DEL DERECHO A LA LUZ DE LOS CDIGOS MESOPOTMICOS](#)

> Consultado em 15.03.2017, 12h34. ISSN 00419060

<sup>5</sup> BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega - História**. I. Título 21. Ed. - Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 78-100.

<sup>6</sup> O objetivo não é o de realizar uma profunda e exauriente pesquisa sobre a história da filiação, mas sim conferir uma discussão meramente embasadora do assunto para que se possa adentrar nos assuntos posteriores.

<sup>7</sup> Pré-nome, nome e terceiro nome pelo qual um cidadão romano era conhecido. Cf.: Oxford Classical Dictionary, 2nd Ed. (1970), "**Gens.**"; George Davis Chase, "**The Origin of Roman Praenomina**", in Harvard Studies in Classical Philology, vol. VIII (1897); Harper's Dictionary of Classical Literature and Antiquities, Second Edition, Harry Thurston Peck, Editor (1897), "**Adoption.**"; Oxford Classical Dictionary, 2nd Ed. (1970), "**Adoption.**"; James Chidester Egbert, Jr., **Introduction to the Study of Latin Inscriptions** (American Book Company, 1896); Harper's Dictionary of Classical Literature and Antiquities, Second Edition, Harry Thurston Peck, Editor (1897), "**Tribus.**"; Oxford Classical Dictionary,

de sucessão, o que demonstra a forte vinculação da filiação ao que modernamente denominamos como estado de filiação. Há, destarte, evidente correlação econômica nas relações *inter homines* de parentesco<sup>8</sup>, e, ao mesmo tempo, há a vinculação entre sujeitos pelo laço biológico que, por sua vez, estava intrinsecamente ligada, também, em ambas civilizações, à questão de cidadania, no entanto não ia muito além dela na visão romana.

O conceito de cidadania que reinava naqueles tempos era de suma importância para a aquisição de direitos ante à metrópole e à sociedade. Na Grécia Clássica, inclusive, utilizava-se como o atual sobrenome o nome da cidade. “Tales de Mileto”, por exemplo, em que Tales é o filósofo pré-socrático e Mileto a sua cidade natal. A noção de cidadania era, por muitas vezes, mais importante do que a própria filiação e sua conotação de transmissão de bens. Isso é dito pois, em Roma, era perfeitamente aceitável a adoção (obviamente em termos e condições muito distintas da atual, mas, independentemente, uma adoção de qualquer forma) de qualquer homem livre membro de sua sociedade, inclusive se mais velho. Curioso também é que a adoção de um *Pater Familias* sobre outro *Pater Familias* incorreria na imediata adoção de toda a família do adotado pelo adotante.<sup>9</sup>

*Pater familias.* - Latim; 1. “Pai de família, chefe de casa.” (P.R.); 2. “Na Roma antiga, o patriarca, o chefe, aquele que mantinha sob seu poder absoluto e vitalício, sem qualquer interferência externa, um conjunto de pessoas”. (...) <sup>10</sup>

Com a ascendência do cristianismo, muito dos princípios basilares da filiação sofrem mudanças radicais - a sacratização da relação matrimonial impõe “castigos divinos” por sobre os filhos ilegítimos, por assim dizer, aqueles tidos fora da relação matrimonial. Tal tabu não era tão superestimado na época prévia pois, com a adoção, podia-se facilmente consertar esses determinados defeitos - aquele que possuía poder era única e exclusivamente o *Pater Familias*, que tinha palavra de pena capital

---

2nd Ed. (1970), “**Tribus**.”; Harper’s Dictionary of Classical Literature and Antiquities, Second Edition, Harry Thurston Peck, Editor (1897), “**Comitia**.”; Mika Kajava (fi), Roman Female Praenomina: **Studies in the Nomenclature of Roman Women** (1994)

<sup>8</sup> FADA, Carlo. **Concetti Fondamentali Del Diritto Ereditario Romano**. Milano: Giuffrè, 1949. 2v. cit. p.56-65.

<sup>9</sup> FADA, Carlo, loc. cit.

<sup>10</sup> VOCABULÁRIO DE PALAVRAS E EXPRESSÕES. “**Pater Familias**”, TRT3, <[http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om\\_isapi.dll?clientID=274411&infobase=vocabulario.nfo&jump=Pater%20familias&softpage=ref\\_Doc](http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=274411&infobase=vocabulario.nfo&jump=Pater%20familias&softpage=ref_Doc)> Consulta em 17.03.2017, 15h03.

por sobre toda a comunidade familiar à ele subjugada, sua família era composta por filhos, esposa, escravos, bens, tudo isso fazia parte intrínseca da família, e o *Pater Familias* detinha, inclusive, o direito de apontar seu sucessor, fosse ele filho biológico ou não.

### 2.1.3 Do Cristianismo aos Dias Atuais

Prosseguindo, a ruptura desta instituição que foi ocasionada pelo cristianismo, fez com que se reinventasse toda a construção do conceito de filiação sob o prisma da religião. Obviamente, algo assim não ocorreu em um intervalo ínfimo de tempo, mas foi uma construção contínua da qual, em determinado momento, observava-se uma completa diferença das concepções de filiação antigas na sociedade ocidental, que inclusive adentraram no que se chamou de Idade Média, não sem que mudanças ocorressem, mas, ainda assim, com fundamento em uma origem comum - a religião.

Segundo os ensinamentos de António Manuel Hespanha, entende-se como filiação jurídica na idade média a relação primordialmente biológica. É fator taxativo a necessária vinculação sanguínea entre os pais e os filhos e, ainda mais, somente, exclusivamente e unicamente válida e eficaz quando estes filhos forem gerados a partir da relação do sacro matrimônio. A necessidade de legitimidade dos filhos para que estes possam ascender e pleitear direitos e deveres ante a sociedade, a família, a igreja, o reino, ante qualquer instituição que vigorasse (inclusive universidades) é quase que absoluta. Acaso não fossem frutos do matrimônio, seriam eles “filhos do pecado”.<sup>11</sup>

Verifica-se, portanto, que foi sobre essa escora religiosa que em 1916, promulgou-se o antigo Código Civil. Mas, é preciso, antes que tal afirmação cause espanto, que não pode ser tida como uma verdade absoluta. Isto é, é algo que beira o absurdo afirmar que essa visão da filiação - de origem na idade média - foi a que se manteve até os dias “recentes”.

No decorrer de mais de mil anos, não se pode afirmar com categoria que uma instituição jurídica, qualquer que seja, manteve-se estável e imutável; muito pelo

---

<sup>11</sup> HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européica**: síntese de um milénio. Florianópolis,: Fundação Boiteux, 2005. 551 p. Inclui bibliografia e notas bibliográficas. ISBN 8587995472 (broch.).

contrário, as transformações que essa instituição - da filiação - sofreu não deixaram de acompanhar as mudanças que a sociedade sofreu no decorrer desses vários séculos, a saber: êxodo rural e nascimento das cidades, surgimento das universidades, crescimento comercial, crise religiosa, reforma, contrarreforma, colonização das américas, iluminismo, revolução industrial, revolução francesa, império, república, etc. Não há margem de segurança alguma para a afirmação de que não ocorreram mudanças.

Estando clara tal explicação, verifica-se que a visão em *stricto sensu* religiosa (embora diferentemente dos seus primórdios) manteve-se importantíssima até muito recentemente, servindo de coluna dorsal para o conhecimento e efetivação do estado de filiação e impondo, ainda, demasiada importância na sociedade, mesmo que juridicamente já se possa observar, com certa segurança, mais um procedimento de ruptura com os antigos conceitos.

Os conhecimentos aqui apreendidos servem de fundação para a edificação em definitivo do instituto da filiação, que por sua vez, contribui à construção da dialética que propõe o presente trabalho - a história deste instituto serve de “família”, para o “gênero” filiação, do qual são “espécies” a ação de investigação de paternidade e a ação de investigação de ascendência genética.

## 2.2 DA FAMÍLIA

O tema da família, sem cuja organização social torna completamente vazia de significado a discussão sobre filiação, é tema não pacificado ainda, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Isso porque nos recentes anos muitas transformações vêm ocorrendo no entendimento sobre a instituição social da família (ou pelo menos o correto seria dizer mais acirradamente nos recentes anos, haja vista sua contínua transformação na sociedade ao passar de cada momento histórico). Tais mudanças paradigmáticas não estão restritas ao mundo jurídico, mas também no meio social. No entanto, especial atenção deve ser dispensada no que tange à ótica jurídica, pois, segundo a tradição romano-germânica, o direito positivado que tem, por si, a

presunção de “dizer” o direito, sob uma construção lógica, racional e “pura”<sup>12</sup>, acaba por, invariavelmente, tornar-se obsoleto e imperito em retratar com fidedignidade este tão importante instituto sócio-jurídico.

Quando se fala na proteção que o Estado confere à família<sup>13</sup>, nos termos da própria constituição, cria-se aqui perigo de ela mesma contradizer-se - enquanto o texto dita que para os efeitos da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, no contexto prático social, ou seja, no "caso concreto", já existem relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

A filosofia positivista kelseniana criaria no caso acima relatado um impedimento para que haja outras interpretações desta norma jurídica (em outras palavras, atrela-se obrigatoriamente a norma jurídica ao texto "homem e mulher"). A constituição de uma entidade familiar formada entre pessoas do mesmo sexo já é um fato social, mas sob o pretexto de um direito "puro" ocorreria, no mundo jurídico, a ignorância deste fato o que, de uma maneira ou de outra, fere princípios de base da constituição; por outras palavras, pode-se dizer que na medida em que a Jurisdição ignora as transformações que ocorrem na sociedade e tenta inferir uma leitura jurídica *ipsis litteris* do texto normativo, violam-se questões intrinsecamente relacionadas aos princípios constitucionais. Devemos, pois, fazer uma análise crítica dos textos legais sobre este tema, para adequarmos o texto legal à norma jurídica<sup>14</sup>, pois não se concebe aceitável, nos dias atuais, uma norma jurídica ser restrita ao seu texto.

Este ensaio acima tratado apenas demonstra de uma forma as diferenças que estão ocorrendo, concomitantemente, na família enquanto instituição social e no direito enquanto fonte de regulamentação e proteção da sociedade. Neste sentido, busca-se realizar uma definição coerente e própria para retratar a família, com fundamentos doutrinários e sem, contudo, ignorarmos o fenômeno social que por detrás de um conceito impera soberano no contexto prático.<sup>15</sup>

Podemos considerar a família como mais que um fato ou um acontecimento - é um fenômeno cuja construção se dá por sobre dados biológicos, mas não

---

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008. 419 p. (Stvdivm).

<sup>13</sup> BRASIL. **Constituição**. 1988. Art. 226 *caput* “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. § 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão e casamento”.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. rev. São Paulo, SP: EDIPRO, 2008. 192 p., il. (Clássicos do direito). Inclui bibliografia. ISBN 9788572836258 (broch.).

<sup>15</sup> ROSA, Fellippe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 9. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1992. 277p., 21 cm. Inclui bibliografia. ISBN 8571102198 (broch.).

exclusivamente biológicos, como também psicológicos, sociológicos e afetivos.<sup>16</sup> Trata-se de uma construção em demasia complexa, afinal, como dito anteriormente, incorre em transformações e alterações construídas a cada geração, com novos e revolucionários valores, em cada sociedade, em cada tempo; mutável a depender do local e do momento histórico em que está inserida.<sup>17</sup>

Conforme indica a própria Constituição Federal de 1988, trata-se do fundamento por sobre o qual toda a sociedade brasileira deve ser edificada<sup>18</sup> - neste sentido, não pode ser diferente do ponto central, nuclear da sociedade, que fornece norte e base para toda a construção, em suas mais amplas e complexas maneiras, desta.<sup>19</sup> Justamente por esse entendimento que tão amplamente atesta tanto a doutrina como o texto legal (e por consequência a norma jurídica que se transmite pelo texto), o Estado, nas suas responsabilidades, confere grande interesse neste fenômeno, com o fim de preservá-lo, apoiá-lo, fortalecê-lo, e por óbvio, protegendo toda a estrutura familiar.

### 2.2.1 Do Casamento

Conforme restou claro do estudo das origens históricas, desde a ascensão do cristianismo como paradigma referencial para a formação da família e da filiação como um todo, o casamento, até relativamente pouco tempo atrás, era tido como requisito fundamental, basilar, necessário para que se fosse considerada a formação de uma família - não poderia ser sequer imaginável, na sociedade ocidental, a existência de uma família que não fosse construída sobre o império do "sacro matrimônio".

Muito embora não se pretenda, no presente trabalho, realizar uma análise social de profundidade do tema, não restam segredos de que, ao menos para a sociedade atual, este conceito não sobrevive mais como imperativo na exaustiva

---

<sup>16</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. São Paulo: Atlas, 2007, p. 23.

<sup>17</sup> FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 7. ed, rev, atual e ampl, de acordo com o código civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 795.

<sup>18</sup> BRASIL. **Constituição**. 1988. Art. 226 *caput* "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"

<sup>19</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14.

maioria dos casos. Não há mais como se acreditar, ante as mais variadas formas de afeto que se contraíram na sociedade, que um instituto da sociedade, tido como base de toda a construção do Estado que deve protegê-lo especialmente - a família - seja cingido por um ato civil isolado - o da celebração do matrimônio.<sup>20</sup> Por sobre estas concepções, percebe-se que a família mudou bastante, a ponto de poder perceber do fato no qual a família tida como tradicional, no perfil religiosamente construído, acaba por, nos recentes tempos, oferecer lugar à família construída pelos laços regidos pelo afeto.<sup>21</sup> É findada a vinculação compulsória entre família e casamento - principalmente porque a própria Constituição<sup>22</sup> e o Código Civil<sup>23</sup> confere o entendimento de que estes dois fatos sociais são tidos como realizações distintas. Em se tratando de um conceito amplo, sociológico, de família, claramente inexiste uma verdade simples, única, sobre tal questão<sup>24</sup>, mas, o que há, em verdade é uma complexa rede de relações que interligam determinadas pessoas de maneira afetiva e, desta forma, constrói-se uma esfera, a qual se denomina família, e que está em constante alteração e construção.

### 2.2.2 Dos Filhos Legítimos e Ilegítimos

No antigo contexto de necessidade matrimonial para a confecção da família, no qual o que de fato existia, nos olhos tanto jurídicos quanto sociais, era um modelo familiar patriarcal, constituído tanto por uma herança religiosa, histórica, e por meios ideológicos há muito disseminados e enraizados na sociedade<sup>25</sup> (meios ideológicos

---

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 4. ed rev, atual e ampla. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 28.

<sup>21</sup> Ibid., p. 38

<sup>22</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988, art.226, parágrafo 4 “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. art. 227, parágrafo 6 “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminarias relativas à filiação”.

<sup>23</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002, art. 1593 “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Art. 1595 “cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”. Art. 1603 “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”.

<sup>24</sup> VENOSA, 2007, p. 16.

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito no Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária**. Conferência proferida no “II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF”, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Distrito Federal, de 10 a 14 de maio de 2004, no auditório do STJ, em Brasília - DF, p. 01-02.



estes que, não incluem-se apenas no direito de família, mas em diversas ramificações jurídicas e sociais) o que, ocasionou a criação de um sistema hierarquizado, machista, racista e intolerante - e cuja lenta, mas contínua modificação ocasionou diversos movimentos ao longo do século XX, seja de ascendência feminina em um contexto social igualitário (reconheço que, ainda, em construção), a progressiva (e, infelizmente, não completa) nulidade dos preconceitos raciais, a ascendência de uma tolerância religiosa em lento, porém progressivo andamento, entre muitos outros. Ocorre, como demonstra a história, uma contínua batalha contra as concepções ideológicas nocivas que tanto germinaram diferenças e abusos na sociedade.

Aquele modelo familiar, com cuja carga de hegemonia do patriarcalismo, construída sob o pilar do matrimônio gerou, formalmente, um requisito para a filiação - o da legitimidade. Legítimo era o filho biológico, nascido da conjunção entre o marido e sua esposa, o filho que nasce dentro da relação matrimonial. Qualquer outro filho, biológico ou não, era considerado ilegítimo.<sup>26</sup>

Verifica-se que todos os filhos (biologicamente tidos, naturalmente, de ambos os pais) que nasciam dentro do casamento eram sujeitos de amplos direitos, eram fortemente afetados por esta situação - da preexistência de uma sociedade conjugal entre um homem e uma mulher. Sem esta condição de preexistência, era-lhes proibido desde o estado de filiação até a proteção que do estado de filiação deriva-se.<sup>27</sup>

Cabe, aqui a inserção de um excerto de Giorgis, valioso para situar o contexto sócio-jurídica que havia até não muito tempo atrás:

*[...] os filhos ilegítimos se subdividiam em dois grupos: os naturais, oriundos do concubinato, representando uma terceira que surgiu no direito pós-clássico; e os espúrios, que receberam tal designação devido a impedimentos de os pais se casarem à época de sua concepção. Ressalte-se que a filiação espúria se subdivide em espúrios incestuosos, cujo impedimento decorre de parentesco próximo dos genitores, ou de afinidade; e, espúrio adulterino, cujo impedimento se dá em função de um deles já ser casado com outra pessoa.<sup>28</sup>*

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 02.

<sup>27</sup> ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. São Paul: Saraiva, 2004, p.31.

<sup>28</sup> ALMEIDA, Guilherme Weber Gomes de. **Paternidade Biológica e Afetiva no Direito Brasileiro**. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-direito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro,44723.html>> Consultado em 18/04/2017, 16:59.

Neste sentido, conforme exposto anteriormente, estes conceitos ideológicos, religiosos e sociais foram sofrendo suas transformações ao longo do século XX, até o ponto em que não mais se fala em legitimidade de um filho – foi-se operando uma intensa ampliação dos círculos de construção da relação familiar, de modo a incluir no conceito de família os filhos ilegítimos (como um dos exemplos de mudança nesse sentido), de maneira a que, pelo menos juridicamente, não restem resquícios dessa diferenciação filial. O momento de encerramento pleno dessa visão, ao menos no mundo jurídico, foi com o advento da Constituição Federal de 1988.<sup>29</sup> Não há mais filhos legítimos ou ilegítimos. Há , única e exclusivamente, filhos – filhos dotados de pleno rol de direitos e deveres familiares, sem que sofra qualquer forma de preconceito em relação à pré-existência ou não da sociedade conjugal no momento de seu nascimento.

### 2.2.3 Dos Filhos Biológicos e Não-Biológicos

Há que se falar ainda da questão dos filhos biológicos e não biológicos. Se por um lado foi-se considerando, continuamente, a desconstituição da separação que imperava entre os filhos biológicos, tidos intra ou extra matrimônio, em se tratando dos filhos não-biológicos não poderia haver diferença.

Primeiramente, é preciso apontar, sem a pretensão de exaurir os modelos algumas modalidades de filiação não biológicas, como a adoção.

Nesta modalidade, pelo Código de 1916, o filho que adotado fosse estaria em claro grau de desigualdade com os filhos biológicos - como constava do art. 377<sup>30</sup> da Lei nº 3071 de 1916 (o Código Civil de 1916). Com o advento da Constituição Federal de 1988, no entanto, em seu art. 277<sup>31</sup>, verificamos que a diferenciação entre filhos biológicos ou não existe mais.

Claramente verifica-se que, neste caso, houve a desconstituição, em letras

---

<sup>29</sup> LÔBO, 2004, p. 01-02.

<sup>30</sup> BRASIL. **Código Civil**. 1916. Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 8.5.1957).

<sup>31</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 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.

jurídicas, de toda a segregação filial que havia antigamente. Não se fala mais em filho adotado – o que temos é filho, seja adotado ou não.<sup>32</sup>

No artigo supracitado da Constituição Federal de 1988, fala-se em filhos havidos ou não da relação do casamento, ou seja, pode haver filhos havidos na relação do casamento, mas que não possuem carga genética nem do pai e nem da mãe – imaginemos um banco de óvulos e espermatozoides, no qual um casal impossibilitado de ter filhos busca realizar uma inseminação artificial, com materiais genéticos que não pertencem à quaisquer um deles (obtidos por doadores anônimos), os embriões são inseridos na mulher, que desenvolve o filho em seu ventre e para ele dá a luz – temos uma mãe e um pai que tiveram um filho na relação de seu casamento – não adotado, naturalmente – e que não contempla em seu material genético qualquer informação de seus pais.

Essa situação, sob o olhar da Constituição, não deixa dúvidas de que esse filho é, obviamente, filho. Nada mais a se falar – a criança não deixará de ser filha do casal simplesmente pelo fato de não possuir no interior de cada uma de suas células a semelhança de seus pais. A norma, seja no texto, seja na fonte normativa, é clara neste aspecto.

Salienta-se que não é a pretensão deste trabalho realizar um profundo estudo destes casos de filiação não biológica – estes pontos serão retratados ao longo deste trabalho. Porém, para os objetivos deste capítulo, fizeram-se necessárias visões atuais da configuração da família, a fim de relatar a antítese entre essas visões e a anterior.

### 2.3 DO ESTADO DE FILIAÇÃO

Não se pode realizar um estudo mais complexo sobre o direito à filiação sem analisar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual, inclusive, é fundamento da República. A ligação da filiação a este princípio evidencia que este instituto seja observado por sobre os auspícios da igualdade, que rege o direito moderno de família de acordo com a Lei Maior, a partir da qual proíbe-se qualquer forma de tratamento desigual, de discriminação, ou outra forma pejorativa entre as diversas formas de

---

<sup>32</sup> LÔBO, 2004, p. 6.

filiação, como a filiação que, por sua vez, é construída de forma biológica, afetiva ou adotiva.

Partindo desse pressuposto, entende-se que a filiação é a relação existente, segundo Venosa, entre o filho e aqueles que o geraram.<sup>33</sup> Este é, sem dúvida, uma das explicações para definir a filiação, mas além de estar desatualizada, é pouco elaborada. Assim, parte-se por um outro aspecto – o que se busca aqui são os vínculos de parentalidade, as ligações que ateam duas ou mais pessoas em um complexo sistema de laços, de maneira que possa revelar um retrato muito mais coerente de nossa realidade e do mundo jurídico neste assunto.

Objetivamente encontramos, pelo menos, uma filiação social, filiação sócio afetiva, filiação biológica, filiação psicológica, estado de filho afetivo, e muitas outras. A partir disso, pode-se entender que a filiação deixou de possuir uma conotação religiosa, econômica ou social, e passa a se afirmar no campo do companheirismo e da afetividade - a filiação é o entendimento que reúne, em si, a totalidade da relações, incluindo nesse contexto a constituição, modificação e extinção, e que possui como sujeitos pais e filhos.<sup>34</sup>

*No exame de seus elementos caracterizadores, é preciso distinguir que a intensidade com que irá revelar-se a “posse de estado de filho” pode variar de acordo com eventuais impedimentos que possa ter o pai em identificar, publicamente, esta situação. É evidente que, para os cônjuges, sem impedimentos de ordem legal ou ético-moral, é fácil demonstrar, ou, até mesmo invocar abertamente a posse de estado para justificar a filiação, ainda não regularizada ou cujo assento perdeu-se ou é insuficiente. Por outro lado, quando se tratar de filiação ilegítima e ainda, mais especificamente, de adulterina, é possível que a “posse de estado de filho” não seja menos intensa embora tenha que ter sido sufocada por longo período. Então, a posse do estado de filho caracteriza-se numa relação clara e pública, de um vínculo natural existente entre pai e filho.<sup>35</sup>*

A partir das reflexões acima apontadas, é possível compreender que a relação que se constrói entre pais e filhos não deriva, e nem sequer poderia, de um fato biológico, mas sim de uma convivência afetiva. A partir do momento em que os pais cumprem seus papéis na compreensão completa – amar, educar, demonstrar e atuar com interesse pelo bem maior da criança<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> VENOSA, 2007, p. 244.

<sup>34</sup> DIAS, 2007, p. 320.

<sup>35</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de Paternidade: posse do estado e filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 63

<sup>36</sup> ALMEIDA, 2013.

Blikstein ensina que a configuração do estado de filiação, através da prova da posse do estado de filiação, deve ocorrer segundo alguns determinados pressupostos: *nomen, tractatus, fama*.<sup>37</sup> O primeiro é, de longe, o menos importante para a doutrina já que se limita a afirmar que o filho deve possuir o nome do pai. Já o *tractatus* significa dizer que o comportamento caracterizado pelos sujeitos – suposto pai ou mãe e suposto filho – deve ser o de tratamento moral, material e social que demonstrem ser, assim, este filho daquele, ou seja, a questão da afetividade como elemento identificador da família, um elo de ligação entre um e outro (pai/mãe e filho) os laços de afeto derivam da convivência e não do sangue.<sup>38</sup>

A filiação sócio afetiva enquadra-se na identificação de que a posse de estado de filho está configurada – trata-se de uma crença da condição de filho fundada em uma conexão de afeto, mesmo que não seja de sangue. Dessa forma, a posse do estado é, em linhas gerais, a forma mais bela e exuberante da qual emerge o parentesco psicológico, trata-se da filiação afetiva.<sup>39</sup> Já a fama é considerada o elemento público, isto é, é preciso que esta relação estabelecida entre os sujeitos seja conhecida e atestada pela sociedade, é necessária a “fama” desta relação, a sociedade deve estar convicta de que são, assim, ambos pai ou mãe e filho.

*A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação da paternidade psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.*<sup>40</sup>

Assim, o estado de filiação não é conquistado apenas por aqueles que possuem correlação genética, mas também por aqueles que são adotados, inseminados artificialmente, e/ou tidos fora do matrimônio, contanto que exista o laço afetivo. Quando inexistente, o estado de filiação é buscado pela Ação de Investigação de Paternidade, tópico do próximo capítulo.

---

<sup>37</sup> BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, Paternidade e Filiação**. Belo Horizonte: Del Rey 2008, p. 115.

<sup>38</sup> ALMEIDA, op. cit.

<sup>39</sup> DIAS, 2007, p. 333.

<sup>40</sup> FACHIN, Luis Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 29.

### **3 DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

Deve-se considerar que a tecnologia avançou consideravelmente na tradução do DNA nos últimos anos, e conseqüentemente, a humanidade adquiriu mecanismos importantes para descoberta e profilaxia de doenças herdadas, que normalmente se manifestam somente após a infância.

Deste modo, atualmente, a vida e saúde podem ser protegidas antes mesmo da doença se manifestar. O instituto familiar também foi alvo de alterações, conforme visto anteriormente, contemplando outras formas de gestação humana, como por exemplo a gestação humana assistida.

Por outro lado, fato é que, além das pessoas que foram concebidas por inseminação artificial, é possível que alguém, filho não biológico – afetivo ou proveniente fora do casamento –, tenha a necessidade de investigar a sua

ancestralidade, por problemas relacionados à sua saúde, sem a intenção de alterar a relação parental.

A Constituição Federal de 1988, a primeira Carta brasileira a tratar do direito fundamental a saúde, se preocupa com valor da vida humana . O fato da saúde estar tão intimamente ligada ao direito à vida, parece sugerir que nem seria necessário seu reconhecimento explícito.

A Carta Magna veda qualquer discriminação aos filhos, atribuindo a todos eles tratamento isonômico<sup>41</sup>. Dentro desse contexto igualitário, o avanço das pesquisas científicas a respeito da utilização do exame de DNA causou grande furor sobre o critério legal de determinação filiatória.

O referido exame consegue, praticamente sem margem de erro, determinar o vínculo biológico, de forma simples e relativa economia temporal e monetária. Surgiu, assim, a ação de investigação de parentalidade. Com ela, o autor da ação que deseja ter o seu pai, ou mãe, reconhecido pela decisão judicial, estabelece um estado de filiação e, conseqüentemente, uma relação de parentesco, com todos os seus efeitos pessoais e patrimoniais.

### 3.1 DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade da presunção de paternidade, unicamente quando há a recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA. O Código Civil prevê que a recusa à perícia médica pode suprir o exame<sup>42</sup>, também com respaldo na súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça. A Lei nº 12.004/09, acrescentou o art. 2º-A à Lei nº 8.560/92, que trata da produção de provas na ação de investigação de paternidade, e que também prevê a referida presunção<sup>43</sup>.

Com o advento da Lei 10.406/02, atual Código Civil Brasileiro, inúmeras alterações e inovações foram constatadas no tocante à matéria probatória. Exemplo

---

<sup>41</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 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”.

<sup>42</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 232. “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

<sup>43</sup> BRASIL. **Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992**. Art. 2-A, parágrafo único. “A recusa do réu e, se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

disso são os artigos 231<sup>44</sup> e 232<sup>45</sup>, normas legais sem precedentes na legislação brasileira, que regulam a perícia médica e a consequente recusa injustificada da parte em submeter-se à sua realização. Essas regras disciplinadoras, conquanto sejam inovações, há muito suscitam profundas discussões na doutrina e jurisprudência, principalmente nas ações de conhecimento de ascendência genética e investigação de paternidade.

No entanto, a grande discussão gira entorno de quando uma pessoa que já é titular de uma relação paterno-filial, estabelecida a partir de hipóteses não-biológicas, como por exemplo por adoção, pode pretender obter o reconhecimento da sua origem ancestral, em relação aos seus genitores biológicos, sem requerer alteração de estado filiatório, nem pretendendo requerer alimentos ou a herança do demandado.

Por lógica, aqui não interessa ao autor ver presumido o vínculo biológico, mas confirmado pelo exame de DNA. Não há outro meio disponível para que essa prova seja produzida, senão pelo exame médico.

A presente discussão é mais um caso de como o jurista da atualidade vai encarar os conflitos causados pelas inovações tecnológicas e sociais. Não há como afastar o conflito de normas constitucionais: de um lado, o direito fundamental à saúde, aqui resguardado pela investigação genética e prevenção de patologias; de outro lado, o direito fundamental à integridade física, em que o demandado se vê no direito de recusar-se a submeter a exame médico.

Resta claro que a solução deve ser alcançada conforme o desenrolar do caso concreto, há vários argumentos favoráveis à prevalência do primeiro sobre o segundo. Por conseguinte, não se pode confundir direito à filiação, possível gerador do direito de herança, com direito ao conhecimento da origem biológica, que objetiva especificamente estabelecer a origem biológica do demandante.

A seguir, analisar-se-ão as consequências da recusa injustificada do réu a submeter-se ao exame de DNA na ação de investigação de paternidade. Partindo-se do entendimento consubstanciado no verbete nº 301 da Súmula do Superior Tribunal

---

<sup>44</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 231. “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”.

<sup>45</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 232. “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.



Justiça<sup>46</sup>, que a presunção prevista nos artigos 231<sup>47</sup> e 232<sup>48</sup> do Código Civil, aliada à regra do inciso IV do art. 374<sup>49</sup> do Código de Processo Civil, dispensa a produção de outras provas pela parte autora.

### 3.1.1 Do Princípio *Nemo Tenetur Se Detegere*

Prevê a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXIII<sup>50</sup>, que constitui o direito do preso de permanecer em silêncio, porém a abrangência desta norma não se resume a isso. Pelo uso do princípio da interpretação efetiva, a máxima diz que “ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo”, isto é, não se trata de um direito somente de quem for/estiver preso, mas de toda pessoa que sofre acusação

O direito de permanecer em silêncio é uma manifestação de uma garantia maior, que é a do direito de não auto acusação, sem prejuízos jurídicos, ou seja, alguém que se recusa a produzir prova contra si mesmo não pode ser prejudicado juridicamente, conforme dispõe o parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal<sup>51</sup>. Tal direito é mais conhecido como o Princípio *nemo tenetur se detegere*.<sup>52</sup>

Do mesmo modo, deve-se verificar que tal direito é internacionalmente reconhecido, pelo advento do Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 8º, alínea g<sup>53</sup>. Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, é assegurado referido direito pela Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.

---

<sup>46</sup> Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 301**. “Em ação investigaria, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. (Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 425.

<sup>47</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 231. “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”.

<sup>48</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 232. “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

<sup>49</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Art. 374, IV. “Não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência de veracidade”.

<sup>50</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 5º, LXIII. “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

<sup>51</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941. Art. 186, parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

<sup>52</sup> SANTOS, Luciano Aragão. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: ‘Nemo Tenetur se Detegere’**. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5283/O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-Nemo-tenetur-se-detegere>> Consultado em 11.11.2017, 19h25

<sup>53</sup> Tratado Internacional. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1969. Art. 8º, alínea g. “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Deste modo, resta cristalino a fundamental importância do Princípio *Nemo Tenetur Se Detegere*, uma vez que tal princípio norteia uma garantia mínima de todo acusado, sendo que não deve se limitar ao âmbito penal, mas deve abranger toda situação em que alguém estiver sendo acusado.

### 3.1.2 Da Inversão do Ônus da Prova

Conforme já analisado anteriormente, a recusa do suposto pai em submeter-se ao teste de DNA pode induzir à presunção *juris tantum* de paternidade, de acordo com o ordenamento brasileiro vigente. Porém, há de se fazer a ressalva do Princípio *Nemo Tenetur Se Detegere*. Deste modo, a jurisprudência dos tribunais pátrios tem entendido que a recusa a submeter-se ao exame médico implica na inversão do ônus da prova, conforme podemos verificar da ementa abaixo colacionada:

Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA). Recusa. Inversão do ônus da prova. Relacionamento amoroso e relacionamento casual. Paternidade reconhecida. - A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. - Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples 'ficar', relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual. Recurso especial provido.<sup>54</sup>

Assim, verifica-se que se deve respeitar tanto o ordenamento jurídico vigente quanto o Princípio *Nemo Tenetur Se Detegere*. Desta maneira, uma vez que há a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame médico, deve ser respeitado seu direito à integridade física, porém tal direito gera a inversão do ônus da prova, no qual o acusado fica compelido a trazer aos autos a prova negativa, sob pena de presunção *juris tantum* de paternidade.

---

<sup>54</sup> Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 557365 RO 2003/0105996-8**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/04/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.10.2005 p. 242.

### 3.2 DO DIREITO À HERANÇA

A petição de herança está prevista no Código Civil, em seu art. 1824<sup>55</sup>. Trata-se de uma proteção da qualidade de sucessor, quando este era desconhecido, ou seja, porque não se localizou no testamento, ou por se tratar de filho não reconhecido quando da partilha dos bens.

A ação de petição de herança é uma ação autônoma, necessária para que o sucessor tenha seu direito reconhecido e, do mesmo modo, tenha a restituição da parte herança que tem direito.

Há situações, conforme dispõe o art. 628<sup>56</sup> do Código de Processo Civil, em que somente será aceita se o herdeiro demandar sua admissão na ação de inventário antes da partilha, não sendo necessária a ação autônoma. Porém, acaso o inventário já estiver encerrado, deve o herdeiro ingressar com a ação de petição de herança.

No entanto, a pessoa, ao ser adotada, cria um vínculo de afetividade, ou seja, é titular do estado de filiação com os pais adotantes. Deste modo, a jurisprudência pátria entende que impossibilitado fica o adotado de participar da sucessão do pai biológico.

CIVIL E PROCESSO CIVIL - SUCESSÃO - INVENTÁRIO E PARTILHA - FILHO ADOTADO - IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA SUCESSÃO DO PAI BIOLÓGICO - COMPANHEIRA SOBREVIVENTE - FALTA DE DESCENDENTES E ASCENDENTES - TOTALIDADE DA HERANÇA - LEI Nº 8.971/94. 1. A ADOÇÃO ATRIBUI A CONDIÇÃO DE FILHO AO ADOTADO, COM DIREITOS E DEVERES, DESLIGANDO-O DE QUALQUER VÍNCULO COM OS PAIS E PARENTES, NÃO PODENDO, POR-TANTO, PARTICIPAR DA SUCESSÃO DO PAI BIOLÓGICO AQUELE QUE FOI ADOTADO, MÁ-XIME SE JÁ PARTICIPOU DA SUCESSÃO DE SEUS PAIS ADOTIVOS. 2. DE ACORDO COM O DISPOSTO NO ARTIGO 2º, INCISO III, DA LEI Nº 8.971/94, A COMPANHEIRA SOBREVIVENTE TERÁ DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA NA FALTA DE DESCENDENTES E ASCENDENTES. 3. RECURSO IMPROVIDO, SENTENÇA MANTIDA<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 1824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

<sup>56</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Art. 628. Aquele que se julgar preterido poderá demandar sua admissão no inventário, requerendo-a antes da partilha.

<sup>57</sup> TJ-DF - **APC: 20040111168458** DF, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Data de Julgamento: 15/08/2007, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 20/09/2007 Pág. : 98

Entendem, por conseguinte, tanto a jurisprudência quanto a doutrina pátrias, que a pessoa adotada já é titular do estado de filiação, não podendo, assim, ingressar na sucessão de seu ascendente genético, uma vez que o estado de filiação tem origem na formação e preservação dos laços afetivos edificados no cotidiano da família<sup>58</sup>, não fazendo jus, portanto, à herança.

### 3.2.1 Do Direito dos Netos

Cabe, neste ponto, questionar se netos podem ajuizar ação declaratória de parentesco com o avô cumulada com pedido de herança. Para esta questão, será analisado um caso concreto cuja decisão foi em favor do provimento do pedido.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu uma decisão inovadora. Por maioria dos votos, os ministros acompanharam a relatora Nancy Andrighi, entendendo que os netos podem ajuizar ação declaratória de relação avoenga. Embora a investigação de paternidade seja um direito personalíssimo, prevaleceu o entendimento de que se admite a referida ação para que o Judiciário se manifeste acerca da existência ou não da relação material de parentesco com o suposto avô.

Referida decisão reformou o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que extinguiu o feito sem julgamento do mérito por carência de ação. Os julgadores decidiram pela impossibilidade jurídica do pedido de investigação de paternidade em face do avô. Para estes julgadores, os netos carecem de legitimidade ativa, uma vez que eles não podem pleitear direito alheio em nome próprio.

Nos termos da relatora do Superior Tribunal de Justiça:

Sob a ótica da moderna concepção do direito de família, não se mostra adequado recusar aos netos o direito de buscarem, por meio de ação declaratória, a origem desconhecida. [...] Se o pai não propôs ação investigatória em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação de parentesco pleiteada. [...] a preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida.

---

<sup>58</sup> LÔBO, loc. cit.

A relatora, após buscar referências na jurisprudência estrangeira, destacou que os direitos ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana. Dessa forma, os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear a declaração de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros, quando o avô for falecido.

A conclusão foi de que é possível qualquer investigação sobre parentesco na linha reta, que é infinita, e, também, na linha colateral, limitado ao quarto grau, frisando que o alcance de efeitos patrimoniais dessa declaração de parentesco será limitada às situações em que não estiver prescrita a pretensão sucessória.

Referido caso, portanto, é emblemático por conter uma série de peculiaridades. Há informações nos autos de que o avô reconhecia a criança como neto, apesar de ela nunca ter sido reconhecida pelo pai, e prestou-lhe toda assistência material. O filho nunca ingressou com a ação de investigação de paternidade, nem mesmo após a morte do suposto avô e conseqüente fim do auxílio.

Somente após o falecimento do avô e do filho não reconhecido, a viúva e os descendentes do *de cujus* ingressaram com ação declaratória de relação avoenga. Para tanto, solicitaram exame de DNA a ser realizado por meio da exumação dos restos mortais do suposto pai e do suposto avô, o que foi deferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Deste modo, verifica-se a possibilidade, em determinadas hipóteses, de netos ingressarem com a ação de investigação de paternidade, para obtenção da declaração de parentesco e conseqüente ação de petição de herança.

Com isto, venceu-se, ao menos que brevemente, um estudo acerca da ação de investigação de paternidade como instituto jurídico em nosso ordenamento e mais precisamente, como instrumento processual para satisfação de direitos específicos. Há que se estudar ainda, outro instituto jurídico para satisfação de direitos diversos, mas que, não corriqueiramente, são confundidos com os até aqui apreciados. A partir desta ótica, adentraremos ao estudo de outro instrumento processual – o da ação de investigação de ascendência genética.

#### **4 DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE ASCENDÊNCIA GENÉTICA**

Apurou-se anteriormente que se faz necessário, para ingressar com a ação de investigação de paternidade, a ausência de estado de filiação constituída, bem como deve haver ligação genética com o réu da ação, no caso, o suposto pai (ou mãe), bem como seus direitos intrínsecos.

Com os avanços da sociedade, no geral, no aspecto do entendimento de família e parentalidade, restou necessária a criação de um novo instituto que busca, não o direito ao estado de filiação, mas sim, o direito ao conhecimento à origem genética, seja por motivos de mera apreciação da árvore genealógica, seja por motivos de saúde. Hoje em dia, com a possibilidade do conhecimento à origem genética e com os aperfeiçoamentos da tecnologia e da medicina, pode-se identificar doenças

genéticas e tratá-las ou mesmo evitá-las, justifica-se, assim, a importância do presente estudo.

#### 4.1 DIREITO DE FAMÍLIA X DIREITO DE PERSONALIDADE

Para garantir a eficácia e a efetividade da Ação de Investigação de Parentalidade e da Ação de Investigação de Ascendência Genética é fundamental apontar as diferenças intrínsecas que às caracterizam. A primeira possui origem no direito de família, enquanto que a segunda busca a efetivação de um direito da personalidade. Essa diferenciação é vital para que se compreenda que cada uma dessas ações está submetida à uma normatização de regência específica, de modo que seus efeitos não se confundem nem se interpenetram<sup>59</sup>.

A classificação da natureza da Ação de Investigação de Parentalidade tem sido alvo de acalorado debate acadêmico nos últimos anos. A parte mais tradicionalista da doutrina classifica as sentenças em Ação de Investigação de Parentalidade com base em seu conteúdo meramente declaratório, que se traduz como a da existência ou inexistência da parentalidade, gerando efeitos *ex tunc*. Para Carlos Roberto Gonçalves o reconhecimento da parentalidade possui conteúdo declaratório<sup>60</sup> uma vez que apenas faz ingressar no mundo jurídico uma relação já existente na realidade fática. Segundo o autor, a filiação jurídica apenas deriva da filiação biológica já existente<sup>61</sup>, mesmo que reconhecida muito após sua concepção, devendo preencher todo período decorrido entre o surgimento do vínculo biológico e seu reconhecimento jurídico.

Este foi o entendimento que perdurou pacificamente durante os anos em que a parentalidade estava vinculada ao fator genético. Porém, nos últimos vinte anos, essa noção mudou, deixando de ser determinada essencialmente pelo fator biológico para tornar-se um vínculo jurídico, que pode ser constituído por meios genéticos ou sócio afetivos.

---

<sup>59</sup> LÔBO, 2004, p. 53.

<sup>60</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol 6. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 307.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 281.

Em razão deste novo cenário na construção dos vínculos de parentalidade, parte da doutrina passou a defender o recente entendimento de que a Ação de Investigação de Parentalidade passou a possuir natureza constitutiva, ligada à um direito potestativo, onde a sentença cria uma nova relação jurídica ao constituir o vínculo jurídico da parentalidade, atribuindo ao indivíduo a posição de pai ou mãe. Sobre o tema, ensina Didier Jr.:

*Direito potestativo é o poder jurídico conferido a alguém de alterar, criar ou extinguir situações jurídicas. O sujeito passivo de tais direitos nada deve; não há conduta que precise ser prestada para que o direito potestativo seja efetivado. O direito potestativo efetiva-se no mundo jurídico das normas, não no mundo dos fatos, como ocorre, de modo diverso, com os direitos a uma prestação. A efetivação de tais direitos consiste na alteração/criação/extinção de uma situação jurídica, fenômenos que só se operam juridicamente, sem a necessidade de qualquer ato material (mundo dos fatos).<sup>62</sup>*

Este posicionamento é defendido apesar da regra geral de que as sentenças constitutivas geram efeitos *ex nunc*, afirmando que a Ação de Investigação de Parentalidade, apesar de constitutiva, gera efeitos retroativos. De fato, embora os efeitos *ex nunc* sejam observados na grande maioria das ações constitutivas, há exemplos de ações constitutivas que geram efeitos retroativos sem que aconteça o desvirtuamento da ação, tal como a Ação Anulatória, prevista no art. 182 do Código Civil<sup>63</sup>. Deste modo, sempre que o final do processo constitua uma nova relação jurídica, ou modifique uma relação jurídica já existente, se está diante de uma demanda constitutiva, mesmo que durante o decorrer dos trâmites processuais se observe a incidência de conteúdo declaratório. Assim esclarece Antônio Carlos de Araújo Cintra:

*Chama-se, pois, processo constitutivo aquele que visa a um provimento jurisdicional que constitua, modifique ou extinga uma relação ou situação jurídica. E para que proceda à constituição, à modificação ou à desconstituição, é mister que antes a sentença declare que ocorrem as condições legais que autorizam a isso.<sup>64</sup>*

---

<sup>62</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Bahia: PODIVM, 2007. v1. p. 184.

<sup>63</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

<sup>64</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 325.



Por outro lado, é de opinião consonante da doutrina dedicada ao tema que a Ação de Investigação de Origem Genética produz sentenças meramente declaratórias, uma vez que a ação busca apenas esclarecer a inexistência ou existência de uma situação jurídica<sup>65</sup>, no caso, de um vínculo biológico do indivíduo com seus possíveis ascendentes. Segundo a conceituação de Antônio Carlos de Araújo Cintra:

“O processo meramente declaratório visa apenas a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica; excepcionalmente, a lei pode prever a declaração de meros fatos. A incerteza jurídica determina ou pode determinar a eclosão de um conflito entre as pessoas; existe, portanto, no estado de incerteza jurídica um conflito atual ou ao menos o perigo de conflito. O provimento jurisdicional invocado exaure-se, nessa hipótese, na decisão quanto à existência ou a inexistência da relação jurídica.”<sup>66</sup>

Portanto, a Ação de Investigação de Origem Genética não busca constituir uma nova relação jurídica, mesmo porque tanto o entendimento doutrinário como o jurisprudencial afirmam que a filiação biológica não deve prevalecer sobre estado de filiação já constituído por outros meios e firmada através de relações sócio afetivas consolidadas. Apenas nas situações nas quais não foram estabelecido estado de filiação sócio afetivo é que a filiação genética desempenha papel relevante para determinação da paternidade e/ou da maternidade do indivíduo, uma vez que toda pessoa humana possui o direito inalienável à um estado de filiação.

Salvo nesta hipótese, a descoberta da origem genética possui apenas o intuito de efetivar um direito personalíssimo do indivíduo ao acesso a sua identidade genética, conhecendo integralmente todo seu histórico de vida, desde o nascimento à fase adulta.

#### 4.1.1 Do Direito ao Conhecimento da Origem Genética

---

<sup>65</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica.

<sup>66</sup> CINTRA, op. cit., p. 323.

Os direitos da personalidade são direitos extrapatrimoniais que dedicam-se a preservação da integridade física, moral e intelectual, como o direito ao nome, à imagem, à privacidade, ao corpo vivo ou morto, etc. São aspectos que dizem respeito ao cerne da pessoa, essenciais ao ser humano.

A origem dos direitos da personalidade emana do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que constituem atributo essencial do ser humano. Acerca do conceito de dignidade da pessoa humana:

“qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”<sup>67</sup>.

O reconhecimento do direito ao conhecimento da origem genética é fruto das novas tecnologias que vem sendo experimentadas aos longo das últimas décadas, o avanço medicinal que nos é contemporâneo vem elencando, através de inúmeras pesquisas e descobertas, cada vez mais benefícios obtidos em se tomar ciência do histórico genético de seus parentes biológicos próximos. O histórico de saúde dos ascendentes genéticos é cada vez mais relevante na prevenção de doenças, a ponto de se tornar decisivo para a manutenção da própria vida do descendente interessado.

Vê-se, portanto, que o direito ao conhecimento da ascendência genética é questão cada vez mais pertinente da Bioética, que, assim como a técnica de inseminação artificial heteróloga, criou novas situações e possibilidades no meio social, que devem ser alcançadas e normatizadas pelo Direito.

Neste ponto, o direito ao conhecimento da origem genética integra os chamados “biodireitos fundamentais”, pautados no princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente no que concerne ao direito fundamental à vida, e no dever de se preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético. A categoria dos “biodireitos fundamentais” é acolhida pelo amparo constitucional proporcionado pelo caráter não exaustivo do catálogo de direitos fundamentais expressamente elencado no texto da Constituição Federal, o que permite a possibilidade de se reconhecer

---

<sup>67</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 60.

novos direitos conforme as necessidades sociais que surgem ao longo do tempo. Para Judith Hofmeister Martins Costa é justamente esse caráter aberto do ordenamento constitucional que permite a possibilidade de “*canalizar, juridicamente, as exigências axiológicas fundamentais da comunidade, tanto na Bioética quanto no Direito*”<sup>68</sup>.

Deste modo, fica claro que os direitos efetivados através da Ação de Investigação de Ascendência Genética de modo algum se confundem com os interesses defendidos pela Ação de Investigação de Parentalidade, assim como o conhecimento da origem biológica não pode interferir no estado de filiação já consolidado por meios socioafetivos.

Neste sentido, colhe-se o ensinamento de Paulo Lobo:

Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por dador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como esses que demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação da paternidade com direito à origem genética. Em contrapartida, toda pessoa humana tem direito inalienável ao estado de filiação, quando não o tenha. Apenas nessa hipótese, a origem biológica desempenha papel relevante no campo do direito de família, como fundamento do reconhecimento da paternidade ou da maternidade, cujos laços não se tenham constituído de outro modo (adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse de estado). Não pode servir de base para vindicar novo estado de filiação, contrariando o já existente.<sup>69</sup>

Ainda entende Paulo Lobo que, com a evolução do direito, deve-se fazer a distinção entre pai, genitor e procriador, sendo que os conceitos dos dois primeiros estiveram juntos enquanto houve primazia da função biológica de família.<sup>70</sup>

Fica claro, portanto, que a Ação de Investigação da Origem Genética não se confunde com a Ação de Investigação de Parentalidade, uma vez que o direito buscado não está relacionado ao direito de família, mas sim à direito inerente à personalidade e à dignidade da pessoa humana, sendo intrínseco ao direito à

---

<sup>68</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito.** In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo: Padma, 2000, Vol.3, (jul./set.2000), p. 63.

<sup>69</sup> LÓBO, 2004, p. 53.

<sup>70</sup> Ibid. p. 54.

identidade pessoal, que envolve o interesse no conhecimento da própria história, e, principalmente, relacionado ao direito de cada ser humano de conhecer seu patrimônio genético, seja para prevenção de determinadas doenças, com consequente manutenção da própria vida, seja para completude de um processo de autoconhecimento que pode vir a ter efeitos impactantes na formação psíquica e no desenvolvimento da própria personalidade.

#### 4.2 DA FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Embora as discussões acadêmicas sobre temas relacionados à Bioética tenham se iniciado no Brasil no início dos anos 90, a resposta legislativa produzida no âmbito nacional ainda é bastante lenta e insatisfatória, de modo que o Poder Legislativo pouco produziu acerca do tema nas últimas décadas.

O reconhecimento do direito ao conhecimento da origem genética encontra respaldo legal no texto constitucional, mais precisamente, nos art. 11, inciso III<sup>71</sup> e art. 226, § 7º<sup>72</sup>, da Constituição Federal, que discorrem acerca da dignidade da pessoa humana, e no art. 5º, *caput*<sup>73</sup>, que fala do direito à vida. Tem-se, ainda, a irrenunciabilidade dos direitos à personalidade, prevista no art. 11<sup>74</sup> do Código Civil. Não há legislação específica no ordenamento nacional acerca do tema.

Porém, apesar da carência de positivação expressa na legislação pátria, o direito ao conhecimento de origem genética está amplamente reconhecido como direito personalíssimo pela Jurisprudência dos tribunais nacionais. Tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal firmaram seu entendimento de

---

<sup>71</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>72</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

<sup>73</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>74</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

que o conhecimento à origem genética integra o rol de direitos da personalidade, estando diretamente relacionado ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ao decidir um Recurso Especial julgado em 24/03/2010, a Min. Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que:

Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes.- Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.<sup>75</sup>

De mesmo modo, o Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento de Recurso Extraordinário realizado em 24/09/2014, afirmou que “*O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade*”.<sup>76</sup>

Portanto, mesmo na falta de previsão legal, o reconhecimento do direito ao conhecimento da origem genética como direito fundamental personalíssimo está amplamente consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores. Porém, o mesmo não se pode afirmar sobre a produção de provas nas Ações de Investigação de Parentalidade e nas Ações de Investigação de Origem Genética, conforme será analisado no próximo tópico.

#### 4.3 DA NEGATIVA EM FORNECER O MATERIAL GENÉTICO

As peculiaridades da Ação de Investigação de Ascendência Genética deixam claro que a ação não pode reger-se pelo mesmo regime probatório ao qual se submete a Ação de Investigação de Parentalidade. Isto porque ela busca o conhecimento de uma realidade fática, que não pode ser suprido pela presunção de um vínculo de

---

<sup>75</sup> STJ - REsp: 807849 RJ 2006/0003284-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/03/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/08/2010

<sup>76</sup> STF - ARE: 821407 RJ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/09/2014, Data de Publicação: DJe-189 DIVULG 26/09/2014 PUBLIC 29/09/2014

parentesco. Verifica-se, assim, a inaplicabilidade da súmula 301 do STJ<sup>77</sup>, uma vez que a presunção do vínculo de parentesco em caso de negativa do suposto pai biológico em fornecer material para realização do exame de modo algum supre as necessidades buscadas pela Ação de Investigação de Origem Genética, o que traz novos parâmetros para a discussão acadêmica acerca da possibilidade jurídica de imputação da realização do exame de DNA ao réu, mesmo que em contrariedade à sua manifestação de vontade.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.<sup>78</sup>

Acima verificamos a decisão histórica o STF, que optou por garantir ao réu o direito à recusa da realização do exame do DNA, em detrimento do direito ao conhecimento da origem genética do autor. A fundamentação da decisão também foi pautada na dignidade da pessoa humana, desta vez atrelada ao direito à integridade física e à vida privada, conforme demonstra a emenda da decisão, de relatoria do Min. Francisco Rezek.

Já o STJ, em decisão mais recente de um Recurso Especial, manifestou entendimento no sentido de que a negativa de realização de exame de DNA em ações que versem acerca do conhecimento da ascendência biológica caracteriza uso abusivo do direito à integridade física, e que não deve prevalecer sobre o direito personalíssimo do indivíduo à sua identidade genética:

A referida presunção advém, valendo-me da lição de Tepedino, porque "o conhecimento da ascendência biológica tem por objetivo não só estabelecer a paternidade, direito fundamental à pessoa humana, como também possibilitar que a pessoa conheça a sua identidade genética, seja como uma aspiração psicológica, seja para prevenir eventuais doenças hereditárias.

---

<sup>77</sup> STJ. **Súmula nº 301**. "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade". (Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 425.

<sup>78</sup> STF - **HC: 71373** RS, Relator: FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/11/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397

Neste caso, o exercício do direito à integridade física do investigado, embora garantido constitucionalmente, torna-se "abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade"(TEPEDINO, Gustavo. Código civil interpretado conforme a constituição da república - 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 493-494)<sup>79</sup>

O impasse dos tribunais superiores explicita a carência de normatização e jurisprudência que incide sobre o tema e que deve ser suprida pelo Direito brasileiro. O que já se pode afirmar com algum grau de certeza é que, no caso da Ação de Investigação de Ascendência Genética, a única prova satisfatória é a realização de teste laboratorial que comprove a existência ou inexistência de vínculo genético, sob pena de se ter totalmente invalidada a eficácia de um direito personalíssimo de amplo reconhecimento jurisprudencial.

#### 4.3.1 Da Possibilidade da Prova Obtida por Meio Ilícito

Outra consequência da inércia dos tribunais pátrios no que concerne à atribuição de parâmetros e diretrizes para o regime probatório das Ações de Investigação de Origem Genética é o incentivo de que se tente obter a satisfação do direito através de provas ilícitas.

O inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal estipula claramente a inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos<sup>80</sup>, de mesmo modo, o princípio da Legalidade, previsto no inciso II do mesmo art. 5º, garante que ninguém venha a ser coagido a fazer coisa contra sua vontade<sup>81</sup>. Porém, diante da impossibilidade da satisfação do direito pleiteado através da produção de outra prova que não a realização de exame de DNA, pode-se defender, através do princípio da

---

<sup>79</sup> STJ, **REsp: 1.115.428** SP. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/08/2013, T4 – QUARTA TURMA

<sup>80</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

<sup>81</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 5º, inciso II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Proporcionalidade, que se afaste um dos direitos existentes em benefício da proteção de um bem superior e mais adequado. Acerca do tema, afirma Alexandre de Moraes:

*[...] com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito a intimidade, segredo, liberdade e comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização”.*<sup>82</sup>

Diante da colisão de valores constitucionais, é importante que se faça a ponderação dos interesses envolvidos, considerando que nenhum direito, mesmo que constitucional, possui aplicabilidade absoluta. Há se de considerar, ainda, que nos casos de Ações de Investigação de Origem Genética ajuizadas em caráter meramente declaratório, em razão da existência de um estado de filiação já consolidado através das relações sócio afetivas, o suposto pai biológico não sofre alteração em sua esfera jurídica, de modo que é questionável se a mera colheita de uma amostra de sangue ou alguns fios de cabelo configura violação ao direito à integridade do corpo e ao princípio da Legalidade que, por si só, baste para impedir a satisfação de um direito da personalidade que não pode vir a ser efetivado através de outros meios de prova. Esta análise vai depender das peculiaridades do caso concreto, mas é importante que se realize discussão acadêmica acerca da problemática e das consequências possíveis que a colisão de tais valores possa vir a provocar.

## **5 DA DICOTOMIA – RETOMADA**

Com os avanços médicos e tecnológicos, a ação de investigação de paternidade emergiu como um meio através do qual objetivava-se garantir os direitos daqueles que não possuíam o estado de filiação paterno, com reflexos pessoais e patrimoniais, existindo presunção legal em caso de recusa em fornecer o material genético – vide súmula 301<sup>83</sup> do Superior Tribunal de Justiça e art. 2º-A da Lei nº 8.560/92<sup>84</sup>, conforme visto anteriormente.

---

<sup>82</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006; p. 97

<sup>83</sup> STJ. **Súmula nº 301**. “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”. (Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 425).

<sup>84</sup> BRASIL. **Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992**. Art. 2-A, parágrafo único. “A recusa do réu e, se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.



Verificou-se, também, que deve-se ressaltar o Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, prevista no art. 5º, inciso LXIII da Carta Magna<sup>85</sup>, bem como no art. 186 do Código de Processo Penal<sup>86</sup> e também reconhecido mundialmente, pelo advento do Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 8º, alínea g<sup>87</sup>. Para estes dois últimos, verificou-se que não pode ser limitado ao âmbito penal, devendo abranger todo aquele que estiver sendo acusado, é sua garantia mínima.

Assim, estudou-se que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, apesar da recusa poder gerar a presunção de paternidade. Porém, quando da recusa, conforme jurisprudência pátria, conforme analisado nos capítulos anteriores, tem entendido que a recusa em se submeter ao exame médico implica em inversão do ônus da prova<sup>88</sup>, devendo ser respeitado tanto o ordenamento jurídico vigente, quanto o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere*.

Também conforme visto previamente, como forma de proteção da qualidade de sucessor, quando este era desconhecido, a petição de herança está prevista no art. 1824 do Código Civil<sup>89</sup>. A jurisprudência brasileira entende que fica impossibilitado o adotado de participar da sucessão do pai biológico, visto que a pessoa, ao ser adotada, cria um vínculo de afetividade, ou seja, possui estado de filiação com os pais adotantes, não havendo que se falar em direito à herança dos pais biológicos<sup>90</sup>.

Já com relação ao direito dos netos, analisou-se a decisão inovadora, proferida na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na qual a relatora Nancy Andrichi, entendeu que os netos podem ajuizar ação declaratória de relação avoenga. Apesar da investigação de paternidade ser um direito personalíssimo, prevaleceu o entendimento de que referida ação é admitida para que o Judiciário se manifeste acerca da existência ou não da relação material de parentesco com o suposto avô.

---

<sup>85</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 5º, LXIII. “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

<sup>86</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941. Art. 186, parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

<sup>87</sup> Tratado Internacional. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1969. Art. 8º, alínea g. “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

<sup>88</sup> Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 557365 RO 2003/0105996-8**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/04/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.10.2005 p. 242

<sup>89</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 1824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui.

<sup>90</sup> TJ-DF - **APC: 20040111168458** DF, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Data de Julgamento: 15/08/2007, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 20/09/2007 Pág. : 98

Nos termos da relatora do Superior Tribunal de Justiça:

Sob a ótica da moderna concepção do direito de família, não se mostra adequado recusar aos netos o direito de buscarem, por meio de ação declaratória, a origem desconhecida. (...) Se o pai não propôs ação investigatória em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação de parentesco pleiteada. (...) A preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida.<sup>91</sup>

A relatora destacou que os direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana. A conclusão foi de que é possível qualquer investigação sobre parentesco na linha reta, que é infinita, e, também, na linha colateral, limitado ao quarto grau, salientando que o alcance de efeitos patrimoniais dessa declaração de parentesco será limitada às situações em que não estiver prescrita a pretensão sucessória.

Assim, restou a possibilidade, em determinadas hipóteses, conforme fundamentado nos capítulos anteriores, de netos ingressarem com a ação de investigação de paternidade para a obtenção da declaração de parentesco e consequente ação de petição de herança.

Verificou-se que a ação de investigação de paternidade possui origem no direito de família, enquanto que a ação de investigação de ascendência genética busca a consumação de um direito da personalidade. Esta diferenciação é vital para que se possa compreender que cada uma dessas ações está sujeita à uma normatização de regência específica, de modo que seus efeitos não se misturam nem se interpenetram<sup>92</sup>.

Deste modo, passou-se a analisar a ação de investigação de ascendência genética, que é completamente desvinculada de uma relação de família, sendo a manifestação expressa do direito da personalidade, assinalada pela imprescritibilidade e inalienabilidade, objetivando conhecer a origem genética, obter informações sobre a identidade e código genético, que podem ser de grande valor ao se tratar da proteção à saúde. Verificou-se, também que a ação de investigação de ancestralidade almeja apenas garantir o direito de personalidade, de tomar

---

<sup>91</sup> STJ - **REsp: 807849** RJ 2006/0003284-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/03/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/08/2010

<sup>92</sup> LOBO, 2004, p. 53.

conhecimento da origem biológica, sendo inútil a presunção de reconhecimento de vínculo biológico em caso de recusa do demandado.

Esta ação não almeja constituir uma nova relação jurídica, visto que, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, a filiação biológica não deve se sobrepor ao estado de filiação já constituído por outros meios e estabelecida através de relações sócio afetivas consolidadas.

Verificou-se, ainda, que a ação de investigação de paternidade possui origem no direito de família, enquanto que a ação de investigação de ascendência genética busca a efetivação de um direito da personalidade.

Apenas nas situações nas quais não foi estabelecido estado de filiação sócio afetivo é que a filiação genética desempenha papel relevante para determinação da paternidade e/ou da maternidade do indivíduo, uma vez que toda pessoa humana possui o direito inalienável à um estado de filiação<sup>93</sup>. Salvo nesta hipótese, a descoberta da origem genética possui apenas o intuito de efetivar um direito personalíssimo do indivíduo de ter acesso à sua identidade genética, conhecendo integralmente todo seu histórico de vida, desde o nascimento à fase adulta.

Restou evidente, após o estudo realizado, que a ação de investigação de ascendência genética produz sentenças meramente declaratórias, vez que referida ação busca tão somente esclarecer a existência ou não de uma situação jurídica<sup>94</sup>, no caso, de um vínculo biológico.

Conforme analisado anteriormente, os direitos da personalidade emanam do princípio da dignidade da pessoa humana, que é uma qualidade inerente e essencial de cada pessoa, que o faz ser digno do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade<sup>95</sup>.

O desenvolvimento ininterrupto da tecnologia e da medicina trouxe consigo o reconhecimento do direito ao conhecimento da origem genética, sendo muito mais benéfico tomar ciência do histórico genético dos ascendentes para a prevenção de doenças, podendo, em alguns casos, ser decisivo para a manutenção da própria vida do descendente impetrante.

Ainda, ensina Paulo Lobo que:

---

<sup>93</sup> Ibid., p. 53/54.

<sup>94</sup> CINTRA, 2006. p. 325.

<sup>95</sup> SARLET, 2001. p. 60.

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.<sup>96</sup>

Assim, concluiu-se que o direito almejado por esta ação não está relacionado ao direito de família, mas sim à direito atinente à personalidade e à dignidade da pessoa humana, sendo inerente ao direito à identidade pessoal, que envolve o interesse no conhecimento da própria história, e, especialmente, relacionado ao direito de cada ser humano de conhecer seu patrimônio genético, seja para prevenção de determinadas doenças, com consequente manutenção da própria vida, seja para completude de um processo de autoconhecimento que pode vir a ter efeitos impactantes na formação psíquica e no desenvolvimento da própria personalidade.

Prosseguindo, restou evidenciada, também, a ausência de legislação específica acerca do tema. Entretanto, apesar da insuficiência de positivação expressa na legislação brasileira, o direito ao conhecimento de origem genética está amplamente reconhecido como direito personalíssimo pela jurisprudência dos tribunais nacionais. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal fixaram seu entendimento de que o conhecimento à origem genética integra o rol de direitos da personalidade, estando diretamente relacionado ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A Min. Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir um Recurso Especial, afirmou que:

Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes. (...) porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana. O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.<sup>97</sup>

Bem como o Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, julgando um Recurso Extraordinário, aduziu que “o direito da pessoa ao reconhecimento de sua

---

<sup>96</sup> LOBO, 2004, p. 53/54.

<sup>97</sup> STJ - REsp: 807849 RJ 2006/0003284-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/03/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/08/2010

ancestralidade e oriem genética insere-se nos atributos da própria personalidade”.<sup>98</sup> Dos estudos restou cristalino que, mesmo com a ausência de legislação própria, o entendimento de que o direito ao conhecimento da origem genética como direito fundamental personalíssimo está consolidado na jurisprudência pátria.

Adentrando ao mérito da produção de provas na ação de investigação de ascendência genética, verificou-se que esta pretende o conhecimento de uma realidade fática, não sendo aplicável a súmula 301 do STJ<sup>99</sup>, vez que a presunção do vínculo de parentesco não garante as necessidades almejadas.

Conforme analisado previamente, há divergências jurisprudenciais acerca do assunto. O relator Min. Francisco Rezek, do Supremo Tribunal Federal, entende pela garantia ao réu do direito à recusa da realização do exame médico em detrimento ao direito de conhecimento da origem genética do autor, em razão do direito à integridade física e à vida privada<sup>100</sup>.

Em contrapartida, o relator Luis Felipe Salomão decidiu no sentido de que a recusa à submissão do teste de DNA, em ações de investigação de ascendência genética, indica uso abusivo do direito à integridade física, que não deve predominar sobre o direito personalíssimo do indivíduo à ciência de sua identidade genética.<sup>101</sup>

Referida divergência torna ainda mais claro a ausência de normatização e entendimentos jurisprudenciais acerca do tema, porém o que se pode afirmar é que para a ação de investigação de ascendência genética, necessário se faz a prova por meio do teste laboratorial, que comprova ou não a existência de vínculo genético.

Deste modo, verificou-se, outrossim, o vislumbre da possibilidade de prova obtida por meio ilícito, ante a inércia dos tribunais pátrios, apesar dos estabelecidos

---

<sup>98</sup> STF - **ARE: 821407** RJ , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/09/2014, Data de Publicação: DJe-189 DIVULG 26/09/2014 PUBLIC 29/09/2014

<sup>99</sup> STJ. **Súmula nº 301**. “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”. (Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 425.

<sup>100</sup> STF - **HC: 71373** RS, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/11/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397

<sup>101</sup> STJ, **REsp: 1.115.428** SP. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/08/2013, T4 – QUARTA TURMA

nos arts. 5º, incisos II<sup>102</sup> e LVI<sup>103</sup> da Carta Magna. Neste sentido, Alexandre de Moraes entende que:

(...) com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito a intimidade, segredo, liberdade e comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.<sup>104</sup>

Assim, através do Princípio da Proporcionalidade, diante da impraticabilidade de satisfação do direito pleiteado por meio da produção de outra prova que não o teste laboratorial, pode-se defender que se afaste um dos direitos existentes em benefício da proteção de um bem superior e mais acertado.

Principalmente em ações de investigação de ascencialidade genética ajuizadas em caráter meramente declaratório, em que o suposto pai não sofre nenhuma alteração em sua esfera jurídica, sendo discutível se a mera coleta de amostra de sangue e/ou fios de cabelo configura uma agressão ao direito à integridade física e ao Princípio da Legalidade que, por si só, baste para impedir a satisfação de um direito da personalidade – amplamente reconhecido pelos tribunais pátrios – que não pode ser concretizado através de outras provas.

## 6 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou a análise de duas ações distintas, muitas vezes confundidas, quais sejam, as ações de investigação de paternidade e de investigação de ascendência genética.

Verificou-se a verdadeira necessidade de diferenciá-las, uma vez que as incongruências formais e substanciais conduzem a resultados bastantes relevantes no campo jurídico material e processual.

---

<sup>102</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

<sup>103</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 5º, inciso LVI. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

<sup>104</sup> MORAES, 2006, p. 97

Além disso, pautado na pesquisa doutrinária a respeito dos efeitos dessa diferenciação entre as ações supracitadas, tanto no campo civil quanto no campo processual civil, estes tornam-se de suma importância para a compreensão da relevância do papel do magistrado no momento de resolver o conflito entre o direito fundamental à saúde e o direito à intimidade física.

Partindo de uma interpretação às lentes de um Direito Civil constitucionalizado, que se aproxima das necessidades humanas, deve-se realizar ações que possibilitem a materialização da justiça no caso concreto.

Deste modo, estudou-se cada uma das ações em suas nuances e especificidades, após basilar introdução histórica a respeito dos conceitos de família, da origem da filiação e do estado de filiação, chegando-se à conclusão de que o estado de filiação é um instituto central e consagrado como direito instrínseco da pessoa humana.

Analisou-se que, uma vez já constituído o estado de filiação, seja por meio de adoção, seja por outros meios (como por exemplo inseminação artificial), não se pode visar a declaração de parentalidade e buscar ingressar na sucessão do ascendente genético. Os laços de afetividade já estão firmados com os pais adotantes, por exemplo, e assim sendo, pais adotantes nada mais são que simplesmente pais. O estado de filiação se caracteriza pelo convívio, afetividade e criação.

Assim, em resumo, a ação de investigação de paternidade deve ser utilizada para buscar o estado de filiação com o suposto pai, bem como adentrar na sucessão, à parte da herança que lhe cabe. A sentença desta ação tem natureza declaratória, sendo admitida a presunção de paternidade. Já com relação à ação de investigação de ascendência genética, busca-se conhecer sua árvore genealógica e/ou conhecer seus genes, por motivos de saúde, por exemplo, para tratar ou evitar doenças genéticas, não sendo relevante a mera presunção de paternidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Weber Gomes de. **Paternidade Biológica e Afetiva no Direito Brasileiro**. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-direito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro,44723.html>> Consultado em 18/04/2017, 16:59.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. São Paul: Saraiva, 2004.

BLIKSTEIN, Daniel. DNA, **Paternidade e Filiação**. Belo Horizonte: Del Rey 2008, p. 115.



BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. rev. São Paulo, SP

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

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega - História**. I. Título 21. Ed. - Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 231. “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 232. “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Art. 1824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Art. 374, IV. “Não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência de veracidade”.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Art. 628. Aquele que se julgar preterido poderá demandar sua admissão no inventário, requerendo-a antes da partilha.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941. Art. 186, parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana;

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 5º, LXIII. “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 226 *caput* “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 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”.

BRASIL. **Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992**. Art. 2-A, parágrafo único. “A recusa do réu e, se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 4. ed rev, atual e ampla. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Bahia: PODIVM, 2007. v1. p. 184.

EDIPRO, 2008. 192 p., il. **Clássicos do direito**. Inclui bibliografia. ISBN 9788572836258 (broch.).

ENCICLOPÉDIA Britânica. Rio de Janeiro: 2008. v1.

ESCOBAR-CÓDOBA, Frederico. **La Esquiva Definición Del Derecho, a la Luz de los Códigos Mesopotámicos**. *ResearchGate*. Disponível em <[http://www.researchgate.net/publication/237558587\\_LA\\_ESQUIVA\\_DEFINICIN\\_DE\\_L\\_DERECHO\\_A\\_LA\\_LUZ\\_DE\\_LOS\\_CDIGOS\\_MESOPOTMICOS](http://www.researchgate.net/publication/237558587_LA_ESQUIVA_DEFINICIN_DE_L_DERECHO_A_LA_LUZ_DE_LOS_CDIGOS_MESOPOTMICOS)> Consultado em 15.03.2017, 12h34. ISSN 00419060

FACHIN, Luis Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FADA, Carlo. **Concetti Fondamentali Del Diritto Ereditario Romano**. Milano: Giuffrè, 1949. 2v. cit.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 7. ed, rev, atual e ampl, de acordo com o código civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Jurua, 2009. 174p. (Biblioteca de história do direito). Inclui referencias e indice. ISBN 9788536226712 (enc.).

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: síntese de um milénio.** Florianópolis,: Fundação Boiteux, 2005. 551 p. Inclui bibliografia e notas bibliográficas. ISBN 8587995472 (broch.).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008. 419 p. (Stvdivm).

LEITE, EDUARDO DE OLIVEIRA. **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família, Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais,** v. 4.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária.** Conferência proferida no “II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF”, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Distrito Federal, de 10 a 14 de maio de 2004, no auditório do STJ, em Brasília – DF

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: rumo à construção do biodireito.** In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo: Padma, 2000, Vol.3, (jul./set.2000).

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações.** Bookseller, Campinas: 1999, tomo 6.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** V. 6. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Fellipe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social.** 9. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1992. 277p., 21 cm. Inclui bibliografia. ISBN 8571102198 (broch.).

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005. 191p. (Teoria & direito público). Inclui bibliografia. ISBN 8574206962 (broch.).

STJ. **Súmula nº 301.** “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. (Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 425.

SANTOS, Luciano Aragão. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: ‘Nemo Tenetur se Detegere’.** Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5283/O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-Nemo-tenetur-se-detegere>> Consultado em 11.11.2017, 19h25

TRATADO INTERNACIONAL. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1969. Art. 8º, alínea g. “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. v. 6. São Paulo: Atlas, 2007, p. 23.