

DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NO CONTEXTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

PATERNITY RESEARCH ACTION IN THE CONTEXT OF PERSONALITY RIGHTS

Jussara Schmitt Sandri*

Patricia Machado Dias Olders**

RESUMO

Este artigo tem como objeto a análise da ação de investigação de paternidade no contexto dos direitos da personalidade dos litigantes. Para isso, serão escrutadas as peculiaridades da ação investigatória da paternidade, cotejando a coisa julgada formal e a coisa julgada material. Serão abordados os direitos da personalidade e suas características, com enfoque aos direitos à identidade pessoal, à integridade psicofísica, à intimidade e à vida privada. A temática apresenta controvérsias que despertam importantes discussões, especialmente nas hipóteses de conflito de valores constitucionais que se operam entre o direito à identidade pessoal do investigante e o direito à integridade psicofísica do suposto pai/investigado. Por fim, será altercada a paternidade socioafetiva, na medida em que, hodiernamente, a afetividade se sobrepõe à consanguinidade. O estudo de referidas questões se mostra relevante, pois se discute a dignidade da pessoa humana no ambiente familiar, sobretudo quando da busca da identidade biológica. A metodologia utilizada é descritiva e analítica, desenvolvida através de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Afetividade; integridade psicofísica; paternidade responsável; identidade biológica.

ABSTRACT

This paper is about the analysis of paternity research in the context of personal rights of litigants. For that, scrutinized the peculiarities of investigative paternity, comparing the formal res and judicata res. It will examine the rights of personality and characteristics, focusing rights to personal identity, integrity psychophysics, intimacy and privacy. The theme presents important discussions that arouse controversy, especially in cases of conflict of constitutional values that operate between the right to personal identity and the right to investigating the psychophysical integrity of the alleged father / investigated. Finally, the paternity is analysis, in that, today, affection overlaps the inbreeding. The study of these questions proves relevant as discussing the dignity of the human person in the family, especially when the search of his biological identity. The methodology and analytical is descriptive developed through literature search.

KEY WORDS: Affection; psychophysical integrity; responsible parenthood; biological identity.

* Mestra em Ciências Jurídica, área de concentração em Direitos da Personalidade, pelo Centro Universitário de Maringá. Professora de Direito no Instituto Federal do Paraná.

** Acadêmica do 10º Período do Curso de Bacharelado em Direito pelo Instituto Federal do Paraná. Bolsista do IFPR, atuando no Projeto Palmas para Mulheres Mil.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o propósito de analisar a ação de Investigação de Paternidade, meio pelo qual uma pessoa pretende desvendar a sua identidade genética junto ao Poder Judiciário, no contexto dos direitos da personalidade das partes envolvidas na lide.

Pretende-se analisar a ação de investigação de paternidade enfatizando os deveres decorrentes da relação que se formará a partir do reconhecimento da relação entre pai e filho, sobretudo no que concerne à paternidade responsável.

Na hipótese de recusa à realização do exame de DNA, o investigado será considerado pai presumido. Diante disto, discutir-se-á a coisa julgada formal e a coisa julgada material no âmbito da ação de investigação de paternidade, tendo em vista a relativização da coisa julgada, principalmente quando não são realizadas outras provas no curso processual.

No que se refere aos direitos da personalidade, serão estudadas as suas características, altercando que se encontram em uma esfera maior a dos direitos fundamentais, eis que, estes vislumbram uma relação de poder do ser humano, enquanto detentor de direitos, já os direitos de personalidade referem-se aos direitos inerentes ao ser humano, de forma indisponível e irrenunciável.

Dos diversos direitos da personalidade, pretende-se discutir com mais vagar os direitos à identidade pessoal, à integridade psicofísica, à intimidade e à vida privada, uma vez que estes direitos ficam em evidência no âmbito de uma ação de investigação de paternidade.

O direito à identidade pessoal será estudado como o direito ao reconhecimento do estado de filiação, de maneira que toda pessoa tem direito de conhecer a sua identidade genética.

Analisar-se-á o direito à integridade psicofísica como uma prerrogativa de incolumidade da saúde física e psíquica do ser humano.

O direito à intimidade e à vida privada serão discutidos como diretos que vedam a submissão forçada do investigado à realização do exame de DNA, de modo que somente será submetido ao referido exame mediante o seu consentimento expresso.

Pretende-se discutir, nesse contexto, os conflitos de valores constitucionais que se configuram no bojo de uma ação de investigação de paternidade: de um lado o direito à identidade pessoal do investigante em face, de outro lado, do direito à integridade psicofísica do investigado.

Será demonstrado que, do mesmo modo que o investigante tem o direito a ver sua identidade genética desvendada, não há no ordenamento jurídico qualquer norma que autorize

a violação da privacidade, da intimidade e da integridade física do investigado para se dirimir qualquer conflito judicial, sob pena de se estar violando norma constitucional, base de todo o ordenamento jurídico.

Por fim, será evidenciada a paternidade socioafetiva, pois a paternidade deixou de representar apenas vínculos biológicos ou genéticos, representando laços de afeto, carinho e de amor que nascem com a convivência familiar, com a estrutura e base de uma família, envolvendo, inclusive a paternidade responsável.

Na pesquisa levada a efeito foram estudados artigos científicos e livros jurídicos, de modo que a metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica. O método utilizado no desenvolvimento da pesquisa foi o teórico. Para o delineamento das conclusões finais empregou-se o método dedutivo.

1 DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A ação de Investigação de Paternidade é o meio pelo qual o filho poderá pleitear seu reconhecimento filial através do Poder Judiciário, para que se estabeleça o possível vínculo jurídico entre pai e filho.

Nesse contexto, a lei determina alguns critérios para a propositura desse modelo de ação, conforme leciona Arnaldo Wald (2005, p. 256):

Só se admite a investigação de paternidade ou maternidade pelo filho cujo termo de nascimento não tenha indicação de quem seja o pai ou mãe, ou cujo registro tenha sido previamente anulado, pois ninguém pode vindicar estado contrário ao que consta do registro do nascimento, salvo provando erro ou falsidade do registro (art. 1.604 do CC de 2002).

Deste modo, aquele que deter legitimidade para propor a ação de Investigação de Paternidade, poderá intentar frente ao Poder Judiciário, em razão de direito próprio, sendo reconhecido como um direito personalíssimo (nos termos do art. 27 da Lei n. 8.069/90).

A discussão doutrinária acerca deste instituto jurídico é de grande valia, uma vez que a sociedade está em constante mudança, não sendo mais considerada a Investigação de Paternidade com um único meio de pleitear exclusivamente o direito alimentar como era reconhecida no direito canônico, onde esta prestação era devida até mesmo aos filhos espúrios e sacrílegos. (WALD, 2005, p. 257).

Segundo Renato Maia (2008, p. 23), “[...] os filhos espúrios juridicamente não tinham pai: não era possível reconhecê-los, não possuíam quaisquer direitos, nem mesmo o direito a alimentos”.

Diante destas mudanças, entende Maria Berenice Dias que o termo Investigação de Paternidade deve ser abordado de forma ampla frente às várias espécies de ações que podem ser intentadas para a busca da filiação.

[...] Lembra a época em que se só se cogitava a hipótese de o filho buscar o reconhecimento de sua paternidade, como se não houvesse possibilidade de identificação da verdade biológica por meio de ações de investigação de maternidade, anulatória de registro, declaratória de filiação, negatória de paternidade, investigatória da ascendência genética etc. Redimensionando o leque de possibilidades de socorro ao Judiciário, em face da diversidade de demandas em que se busca a definição dos vínculos paterno-filiais, faz-se necessário ampliar também a expressão que identifica as diversas ações. Daí investigação de parentalidade. (DIAS, 2007, p. 345).

Importante destacar a distinção entre a filiação e a relação de paternidade ou maternidade. A filiação é o vínculo entre pais e filhos, já a relação de paternidade são os direitos e deveres decorrentes da paternidade.

Destaca Washington de Barros Monteiro, citado por Rizzardo (2007, p. 405), o entendimento acerca do vocábulo filiação:

Exprime a relação que existe entre o filho e as pessoas que o geraram. Ou seja, a relação do filho para com o pai, ou a mãe. Contrapõe-se à relação decorrente da paternidade, ou da maternidade, que é aquele rol de direitos e deveres do pai ou da mãe em relação ao filho.

Desta relação filial também se estabelecem direitos e deveres, elencados na Constituição Federal, sendo decorrentes da simples relação entre o pai e o filho, independentemente de ser este fruto da união matrimonial ou extraconjugal.

No Código Civil de 1916, distinguia-se de natural, resultante esta da procriação, podendo ainda ser legítima ou ilegítima, ou era civil, quando decorrente de adoção simples ou plena.

Na visão de Yussef Said Chali (1990, p. 446), citado por Renato Maia (2008, p. 26) a evolução histórica da filiação se deu da seguinte forma:

- A dominada pelas Ordenações Filipinas, admitia-se o reconhecimento do filho ilegítimo, encarregando-se a mãe de criá-lo de leite até os três anos e o pai, de fazer todas as despesas, proibida a sucessão legítima, mas não testamentária;

- A iniciada com a Lei n. 463, de 02.09.1948, passaram os espúrios a desfrutar de iguais direitos que os naturais, assistindo-lhes o direito hereditário, em concurso com os legítimos, se reconhecidos mediante escritura pública ou em testamento;
- A operada com o Código Civil de 1916 (art. 358), afirma-se a absoluta impossibilidade do reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos;
- A introduzida com radicais modificações a partir da Carta Constitucional de 1937, com leis esparsas, trabalho jurisprudencial, completando-se com as inovações trazidas pela Lei n. 6.515/77 e a Lei n. 7.250, de 14.11.1984;
- A instaurada pelo atual sistema de absoluta equiparação dos filhos de qualquer condição jurídica, instaurado com a Constituição de 05.10.1988, art. 227, § 6º, complementando-se com a Lei n. 7.841, de 17.10.1989, que revogou o art. 358 do CC de 1916, e a Lei n. 8560, de 29.12.1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos nascidos fora do casamento.

Ainda dentro do contexto de filiação, esta é dividida em espécies, podendo ser reconhecida como filiação biológica, biológica presumida e sociológica.

A biológica é a decorrente da própria relação dos pais, ou seja, o filho possui os tipos sanguíneos dos pais, subdividindo-se em legítimos, legitimados e ilegítimos.

Tais distinções foram realizadas por Arnaldo Rizzardo (2002, p. 410):

Legítimos consideram-se os filhos gerados na vigência do casamento civil de seus pais. Legitimados, os gerados antes desse casamento, que os legitima. Ilegítimos, os nascidos fora do casamento civil de seus pais, os quais, por sua vez, se distinguem em naturais *stricto sensu* e espúrios.

Já na filiação biológica presumida, é pautada do nascimento do filho na constância do casamento, ou até o período de 300 dias após o término do relacionamento, conforme disciplinado no Código Civil de 2002, no art. 1.597:

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

E por último a filiação sociológica, a qual é decorrente do instituto da adoção, que não tem vínculo biológico, mais gera os mesmo direitos e deveres para o filho adotado.

Vale destacar o comentário realizado por Rizzardo, quanto às relações proibidas, enunciadas em algumas legislações, inclusive no Brasil: “[...] é proibido o reconhecimento da filiação se decorrente de relações sexuais ilícitas, ou vedadas em razão de um parentesco em grau elevado, ou praticamente adulterinamente”. (2007, p. 411).

Atualmente o ordenamento jurídico adequou-se às mudanças sociais, de forma que reconhece as relações não conjugais, tornando todos os filhos iguais perante a lei.

Com base no princípio da igualdade, consagrado na CF/88, o Código Civil de 2002 adequou seu texto normativo, no art. 1596: “[...] os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Sendo assim, o reconhecimento dos filhos pode ser de forma espontânea ou forçada (judicial).

O reconhecimento espontâneo é o mais comum, sendo um ato solene e público, de modo que alguém declara uma pessoa como seu filho.

O reconhecimento judicial ou forçado é decorrente de uma sentença, fruto de uma ação de investigação de paternidade, cujo objeto da ação é o pedido de reconhecimento do autor, no que afirma ser filho do suposto pai, o requerido. (BEZERRA, 2009).

Essas mudanças constitucionais vieram para tornar iguais perante a lei todos os filhos havidos ou não do casamento, concedendo ainda a prerrogativa para aqueles que não forem reconhecidos voluntariamente, ingressarem com a devida demanda judicial para que haja o reconhecimento coercitivo pelo Estado, sendo esta demanda reconhecida como Ação de Investigação de Paternidade.

1.1 DA COISA JULGADA FORMAL E DA COISA JULGADA MATERIAL

Com o advento do exame de DNA, as ações de Investigação de Paternidade, para muitos julgadores, estavam resolvidas. Entretanto, o que se observou foi apenas a homologação de laudos periciais, onde constava que o investigado era ou não o pai do investigante, valorando a prova pericial como absoluta e verdadeira.

Segundo Magalhães (2009, p. 01), até meados da década de 90, entendia-se que as decisões transitadas em julgado, não podiam ser modificadas, somente era permitido em ações rescisórias, previstas em lei.

Após as descobertas científicas, nasceram discussões acerca da relativização da coisa julgada nas ações de Investigação de Paternidade, pelo fato dos julgadores entenderem ser o resultado do exame exato e preciso.

A coisa julgada é conceituada para Nicolau Júnior (2007, p. 269):

Conceitua-se a coisa julgada não como efeito da sentença, mas como uma especial qualidade desta que confere imutabilidade a seus efeitos, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente firmados pela sentença transitada em julgado.

Este conceito traz para o ordenamento jurídico maior segurança nas relações propriamente ditas, demonstrando a intenção do legislador em tornar as relações mais estáveis. Vale destacar que este conceito é de suma importância para os casos trazidos ao Poder Judiciário, os quais são imutáveis e de plena certeza em seus resultados, diferentemente do que acontece nas ações de Investigação de Paternidade, quando o próprio legislador deixa evidente a possibilidade de o investigado se recusar a realizar o exame de DNA, tendo apenas como consequência a presunção de paternidade.

A propósito disto, destaca-se o entendimento de Nicolau Júnior (2007, p. 271):

[...] Defende-se modernamente que essa idéia tradicional da coisa julgada trazida pelo brocardo *res judicata facit de albo nigrum* é incorreta, pois não se pode levar ao absoluto a imutabilidade dos efeitos de uma sentença, principalmente quando eivada de injustiças.

Sendo assim, não se pode tornar imutável uma decisão que não representa a verdade real, mas presumida.

O instituto da coisa julgada pode ser material ou formal. No entendimento de Neves (2009):

A coisa julgada material, então, é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Este *status*, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito que venha a contrariar o que houver sido declarado.

Sendo a coisa julgada material, ato que impede a modificação da sentença dentro do processo em que ocorreu a decisão ou ainda em qualquer outro processo, entende-se que este cumpriu todo o seu curso processual, exaurindo todos os meios legais para provar o direito alegado, permitindo com segurança ao Poder Judiciário decidir definitivamente a lide, não deixando margem para novas discussões.

Quanto às ações filiatórias, entende-se que não incidirá o instituto da coisa julgada material, pois o próprio texto da legislação pertinente torna possível a recusa em se submeter à prova pericial, podendo a matéria ser discutida posteriormente por ambas as partes litigantes, inclusive pelo investigado que, utilizando-se do seu direito de recusa tornou-se pai presumido, de acordo com a alteração trazida pela Lei 12.004/2009.

Desta feita, vale ressaltar que a causa de pedir nas ações de Investigação de Paternidade concerne exatamente em saber a verdade real sobre a paternidade, sendo assim, o legislador de forma lacunosa e equívoca, quando determinou a presunção, acaba por relativizar a coisa julgada.

Quanto à coisa julgada formal, Neves (2009), expõe que:

Deste modo, a coisa julgada formal é o fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, incapaz de ser alterado pela impossibilidade de interposição de recurso, quer porque a lei não mais o admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha a ele renunciado.

A coisa julgada formal impede a modificação da decisão dentro do mesmo processo, não ficando impedida a matéria de ser discutida em uma nova relação processual.

O que se discute na doutrina e jurisprudência é a relativização da coisa julgada, uma vez que antes do advento do exame de DNA, não se tinha certeza absoluta quanto à paternidade discutida em sede de Investigação de Paternidade.

É notória a valoração dada ao exame de DNA nas ações de Investigação de Paternidade, sendo considerada como prova absoluta, embora o que se discute neste trabalho é exatamente a alta confiabilidade dada aos resultados proferidos pelos laboratórios, alienando os julgadores em suas decisões, onde de fato, nada é absoluto, até mesmo o resultado de DNA, sendo assim, este pode emitir resultado contrário, imputando ao investigado uma paternidade que eventualmente possa não lhe pertencer, podendo este discutir novamente ao tempo que for necessário, diante da relativização da coisa julgada.

[...] Ofende a paz social e pessoal condenar uma criança a crescer tendo um pai que a rejeita, que não a gerou nem com ela estabeleceu qualquer vínculo, assim como é tremendamente injusto um homem saber que não é pai, mas que por força da lei foi-lhe atribuída uma série de responsabilidades inerentes ao poder familiar, principalmente agora, que, segundo Belmiro Pedro Welter, a família da atualidade é eudemonista, busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros, independente de sua origem se dá no matrimônio, na união estável ou no concubinato. (NEVES, 2009).

A coisa julgada deve ser relativizada, pois o Direito, assim como os fatos sociais que o compõem, está em constante evolução, de modo que nada é imutável e permanente.

A relativização da coisa julgada nas ações de Investigação de Paternidade tornou-se uma consequência da possível recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, eis que, a alteração trazida pela Lei 12.004/2009, apenas tornou a paternidade presumida, nestes

casos, não operando a coisa julgada. Da mesma forma ocorre quando não se realizam outras provas no curso processual, apenas a prova pericial de DNA, não poderão incidir os efeitos da coisa julgada para que não seja atribuída uma paternidade de forma injusta e prejudicial à criança, onde o que se pretende com a ação de Investigação de Paternidade vai muito além do reconhecimento documental e sim se deve prezar pelo reconhecimento afetivo, o qual não nasce com uma presunção imposta pelo Poder Judiciário.

2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado passou a atuar com respeito incondicional aos direitos fundamentais, pelo processo histórico que sofreu desde o regime militar em 1964.

Atualmente os direitos fundamentais constam no rol do art. 5º da CF/88, pertencentes às cláusulas pétreas, não sendo estes ilimitados, como bem especificados no próprio texto constitucional.

Esses direitos vêm expressos de forma explícita ou implícita, por toda a norma constitucional, garantindo a todas as pessoas segurança jurídica de direitos natos.

No Código Civil de 2002, os direitos da personalidade são tratados nos arts. 11 e seguintes, sendo estes irrenunciáveis e intransmissíveis. São inerentes a toda pessoa humana, reconhecidos como valor jurídico, consagrado na lei maior, independentemente de posição política, religiosa ou econômica.

Neste viés Carlos Alberto Bittar (2006, p. 01), conceitua os direitos da personalidade:

Considera-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico e exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Esses direitos são inerentes ao homem, pelo simples fato de nascer e viver, conforme disciplina o art. 1º da CF/88:

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:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Vale ressaltar que os direitos da personalidade se encontram em uma esfera maior à dos direitos fundamentais, eis que, estes vislumbram uma relação de poder do ser humano, enquanto detentor de direitos, já os direitos de personalidade demonstram os direitos inerentes ao ser humano, de forma indisponível e irrenunciável.

2.1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Assim como o conceito de Direito não é pacífico pelos doutrinadores, os direitos da personalidade também são apresentados de várias formas por aqueles que tratam da matéria.

Sabe-se que o simples fato de o ser humano nascer, este se torna detentor de direitos e obrigações na vida civil. Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar (2006, p. 05) apregoa que

São direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Daí são dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados, de que avultam, desde logo, as seguintes: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que se antepõe, inclusive como limites à própria ação do titular (que não pode eliminá-los por ato de vontade, mas, de outro lado, deles, sob certos aspectos, pode dispor, como, por exemplo, a licença para uso de imagem, dentre outras hipóteses).

Diante das características dos direitos da personalidade, quanto à intransmissibilidade, por não poderem transferir a outras pessoas e irrenunciabilidade, por não poder desistir de seu direito constitucional, embora tenha a faculdade de não exercê-lo em dado momento de sua vida, mas pode a qualquer momento rever sua decisão.

No entendimento de J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 416), citado por Madaleno (2011, p. 39):

Que os direitos fundamentais são direitos de todos, pois são direitos humanos e não apenas direitos de determinados cidadãos. É uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano; tem um valor supremo e atua como alicerce da ordem jurídica democrática.

O homem busca constantemente o aperfeiçoamento enquanto pessoa inserida na sociedade, tornando-se a cada dia mais individualista, constatando-se mais uma das principais características dos direitos da personalidade, qual seja, a vitaliciedade, permanecendo os direitos da personalidade até a morte, em alguns casos identificam-se os direitos *post mortem*.

A personalidade é o pressuposto de todos os direitos. Em outras palavras, podemos dizer, na personalidade tem-se em potência todos os direitos. Lembre-se: os direitos da personalidade compõem um conjunto mínimo de direitos indispensáveis à aquisição e ao exercício de todos os demais direitos. Os direitos personalíssimos passam da potência de ser algo (os outros direitos) ao ato de sê-lo quando, por meio do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, eles adquirem atualidade no sentido de podendo dar origem à aquisição e ao exercício de todos os demais direitos, acabam incorporando-se indiretamente a eles. (CARVALHO, 2003, p. 29, citado por NICOLAU JÚNIOR, 2007, p. 107).

Estes direitos apenas fundamentam os ditames do Estado Democrático de Direito, embora a violação seja alvo de grande discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência quanto ao direito à intimidade e à privacidade do investigado nas ações de Investigação de Paternidade. Em contrapartida, denota-se o direito do investigador em ter sua identidade desvendada e a paternidade reconhecida, de modo que observam-se todos estes direitos na norma constitucional, e passíveis de violação pelo ser humano.

Em outra concepção dos direitos da personalidade, Beltrão demonstra que estes direitos além de serem natos, devem ser respeitados não só pelo poder público, mas também pelos particulares, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, respeitando suas manifestações físicas ou de crença.

Os direitos da personalidade designam direitos privados fundamentais, os quais devem ser respeitados como conteúdo mínimo para a existência da pessoa humana, impondo limites à atuação do Estado e dos demais particulares; contudo, tal conceituação não é suficiente para determinar especificamente quais direitos são ou não da personalidade, sem que exista uma tipificação, uma vez que a posição de Messineo é de que os direitos da personalidade só se operam por força de lei. (BELTRÃO, 2005, p. 24)

Os direitos da personalidade são tutelados em várias áreas do Direito, tais como penal, civil, constitucional, embora o tema seja tratado de forma muito objetiva e clara pela legislação vigente, desde a análise do Anteprojeto do Código Civil.

No art. 2º do CC/02, consta que a “personalidade civil começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Porém, alguns doutrinadores entendem que os direitos fundamentais já estavam presentes desde o século passado.

A construção da teoria dos direitos da personalidade humana deve-se principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a idéia da dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissolivelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e, c) aos filósofos e pensadores do ilusionismo em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo, frente ao Estado. (BITTAR, 2006, p. 19).

Os direitos da personalidade são divididos em físicos, psíquicos e morais. Os físicos são os concernentes à vida, ao corpo, podendo este ser próprio ou de outrem, à imagem, à locomoção, à voz, ao cadáver, bem como as partes do corpo. Neste ponto encontra-se a discussão quanto à realização do exame de DNA nas ações de Investigação de Paternidade, reconhecida como prova infalível para alguns doutrinadores, onde é retirada certa quantidade de sangue constando informações genéticas privativas do homem, a fim de obter o reconhecimento da paternidade nesta modalidade processual, de forma que se viola a ordem psíquica do investigado quando, atinge a liberdade, a higidez psíquica, a intimidade e os segredos; por fim, a ordem moral, constando o nome, a reputação, a dignidade pessoal, o direito moral, dentre outros. (BITTAR, 2006, p. 64).

Com as crescentes mudanças na sociedade, não se pode delimitar a apreciação do tema apenas nas normas positivadas, pois o direito é mais amplo, compreendo os costumes, a jurisprudência e outras normas jurídicas. Atualmente os direitos da personalidade estão sendo levados à apreciação dos Tribunais com mais frequência.

É importante destacar a diferença entre os direitos da personalidade e os direitos pessoais.

Assim, pois, considerada a pessoa em seu conjunto, por diferentes aspectos é tratada pelo direito, incidindo: a) os direitos da personalidade sobre o ente em concreto e identificado; em si considerado, ou em seus desdobramentos na sociedade; enquanto b) os direitos pessoais abrangem a pessoa como indivíduo, ou ser abstratamente analisado, ou como membro de uma família, ou de uma comunidade, ou de uma nação, como toda a gama de relações daí defluentes. (BITTAR, 2006, p. 30).

Deste modo, “[...] a partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do direito civil e a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, 1º, III), o positivismo tornou-se insuficiente.” (DIAS, 2007, p. 54).

Os direitos da personalidade são aqueles natos do ser humano, oponíveis a todos, embora possam ser dispostos, independente de condição social, religião ou situação econômica frente à sociedade em que vive. Já os direitos da pessoa, são os previstos legalmente, passíveis de ser exigidos frente ao Estado.

Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana tem relação direta com os direitos da personalidade, quando especificamente nas ações de Investigação de Paternidade viola a própria dignidade do investigado.

A propósito disto, Dias entende que “[...] na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade.” (DIAS, 2007, p. 59-60).

É o que demonstra Wolfgang Sarlet (p. 60), citado por Ahmad (2009, p. 5345):

[...] 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 asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham (sic) a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Na seara da punibilidade de violação dos direitos da personalidade, vale ressaltar que qualquer lesão causada frente a esses direitos gera Responsabilidade Civil, conforme leciona Venosa:

Aquele que for ameaçado ou lesado em seus direitos da personalidade, honra, nome, liberdade, recato, etc., poderá exigir que cesse a ameaça ou lesão e reclamar perdas e danos, sem prejuízos de outras sanções, como dispõe o art. 12. Nesse prisma, a indenização por danos morais assume grande relevância. (2005, p. 201).

Embora a pessoa detentora dos direitos da personalidade tenha a faculdade de dispor dos mesmos, em hipótese alguma deverá aceitar sejam violados direitos previstos na norma constitucional, tema que será tratado com ênfase nos próximos capítulos do presente trabalho quanto à violação do direito à intimidade, bem como, o direito à integridade física da pessoa humana, diante da possibilidade de recusa do suposto pai a submeter-se a prova pericial de exame de DNA, nas ações de Investigação de Paternidade.

2.2 DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

Toda pessoa tem o direito de saber a sua identidade genética, direito este resguardado tanto na CF/88 quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 27, na medida em que “[...] o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

A relação entre pais e filhos está delimitada na linha reta de primeiro grau pelo parentesco de consangüinidade, ou, ainda, essa relação pode ser dar por afetividade, criando-se laços de carinho, amor, respeito e cumplicidade entre pais e filhos. Deste modo, nem sempre a filiação está ligada ao estado biológico da pessoa.

O direito à identidade pessoal está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana positivado no Direito Constitucional, consagrado no art. 1º, inc. III da CF/88, servindo como base para sustentar o Estado Democrático de Direito.

A dignidade humana atua na órbita constitucional na condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e como princípio constitucional consagra valores mais importantes da ordem jurídica, gozando de plena eficácia e efetividade, porque de alta hierarquia e fundamental prevalência, conciliando a segurança jurídica com a busca da justiça. (MADALENO, 2011, p. 40).

O art. 227 da CF/88 expressa em seu texto que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, a dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, de forma que se deve preservar ao máximo a integridade moral e física do menor.

Segundo Madaleno (2011, p. 485), “[...] o direito ao conhecimento das origens genéticas teve seu nascedouro nos tribunais alemães que o reconhecem como um direito fundamental à personalidade da pessoa”, desde então, passou-se a analisar o direito à identidade pessoal como uma forma de amenizar os problemas que a figura paterna possivelmente ocasionasse para o menor.

Para o mesmo autor, o direito à identidade genética deve estar em um patamar acima ao direito à intimidade e à vida privada, em casos em que filho e pai devem ser submetidos a exame de DNA para se descobrir a possível filiação, elevando o melhor interesse da criança.

Basta de fato analisar qual é o melhor interesse que envolve a criança nestas circunstâncias, uma vez que o reconhecimento biológico não representa apenas inserir o nome pai no registro de nascimento, mas deve criar laços de afetividade e obrigações, de maneira que o direito à identidade pessoal não deve estar relacionado somente ao direito ao nome.

A identidade é o aceitar a si mesmo e ao reflexo de si na sociedade e por isso tem de considerar-se a ontologia da identidade humana. Quer situando cada homem como o centro autônomo de interesses, reconhecendo o seu particular modo de ser e de se firmar e impondo aos outros o reconhecimento de sua identidade. (MAIA, 2008, p. 60).

A identificação facilita a localização da pessoa na ordem em que se encontra, este adquire o nome, pseudônimo (nome fictício) e apelido de seus ascendentes.

Para Madaleno, o ponto inicial para o desenvolvimento da criança, começa com o reconhecimento da identidade genética do menor envolvido, respeitando a dignidade humana enquanto ser detentor de direitos e deveres.

O direito à identidade genética encontra amparo no artigo 1º, inciso III da CF, respeitante à dignidade humana, uma vez que o ponto de partida para o livre desenvolvimento da personalidade de uma pessoa passa pelo conhecimento de sua ascendência, cuidando-se de um direito inerente à condição humana, imprescritível e irrenunciável e se for preciso confrontar o direito do adulto e preservar sua intimidade e do filho em conhecer sua origem, nesse juízo de ponderação deve ponderar o superior interesse da criança. (2011, p. 486)

Embora a legislação eleve o direito da criança ao nível mais alto de superioridade, devem-se levar em consideração alguns requisitos com relação especificamente ao exame de DNA, a fim de que não seja concedida à criança uma identidade a qual não lhe pertence.

O direito à identidade genética muitas vezes é pleiteado por filhos adotivos, apenas para conquistar em juízo um interesse legítimo, embora aquele que lhe deu afeto, que efetivamente reconheceu-o como filho, criando laços eternos, não poderá ser desfeito.

[...] O investigador vai apenas identificar o doador do material genético que lhe deu origem e existência, vai conhecer sua identidade estática ao exercer o direito ao conhecimento de sua vida íntima, e não o exercício de sua vida familiar, porque família ele já tem e neste núcleo construiu sua identidade dinâmica. (MADALENO, 2011, p. 488).

Neste viés, para Madaleno, existem duas ordens de investigações de paternidade: uma delas visa apenas o reconhecimento da filiação e acarreta todos os direitos e deveres de pai para filho, sendo eles sociais e econômicos, direito a sucessão, alimentos, o direito ao nome, inexistindo convivência socioafetiva.

Como a realidade da filiação não decorre da biologia, subsiste em outro extremo o direito ao reconhecimento da ascendência genética, com matriz constitucional, voltado ao direito da personalidade, sem alterar as relações de parentesco artificial heteróloga, e assim estão sendo abertos pela jurisprudência brasileira as fronteiras da adoção à brasileira ou filiação socioafetiva, conquanto também realmente existido entre ascendente e descendente vínculo efetivos de afeto e não apenas uma mera, distante e fria ligação formal de um registro cartorário destituído de qualquer relação de amor entre um pai e seu filho. (MADALENO, 2011, p. 490).

Embora haja decisões sendo analisadas quanto aos efeitos que a filiação paternal vem causando, deve ser distinguida a figura de um pai responsável, daquele que irá registrar o filho

por determinação legal, apenas “emprestando” a este seu sobrenome, como mera homologação cartorária.

Não basta apenas registrar o filho em um cartório, a fim de lhe dar uma identidade genética, deve-se respeitar a sua dignidade, de forma a não prejudicar o real interesse da criança: “Tendo direito a uma paternidade, resta saber se esta paternidade lhe proporciona a citada dignidade, através de sua correta identificação familiar, uma integridade psíquica estável e se corresponde ou não à verdade, sendo assim satisfatória.” (MAIA, 2008, p. 63).

Quando se trata de defender o melhor interesse da criança, devem-se levar em consideração todos os aspectos relevantes ao bem estar social e psíquico da criança, pois o registro de nascimento é apenas uma forma de documentar, mas os deveres decorrentes da paternidade não nascem com a coerção do magistrado.

Nenhum magistrado pode fazer com que um pai ame um filho, dê-lhe amor, carinho, um lar digno, mas pode fazer com que reconheça o filho de fato, fazendo o direito do filho se efetivar ao máximo, tendo a criança e o adolescente o direito de ser tratado com dignidade e respeito, cabendo ao poder público o papel principal de observar e fazer cumprir os direitos fundamentais a eles pertencentes. (BEZERRA, 2009).

Neste sentido, o direito à identidade pessoal deve ser preservado, como de fato vem assegurado tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo-se apenas ficar atento ao que efetivamente é o melhor para a criança envolvida, não apenas concedendo-lhe um nome para efetivar a identidade genética no registro de nascimento e sim transcender a figura do pai biológico, uma vez que o magistrado não poderá determinar que este proporcione ao seu filho carinho, afeto e compreensão.

2.3 DO DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA DO SER HUMANO

O direito à integridade física, tutelado constitucionalmente, visa evitar o sofrimento físico ou mental das pessoas, direito este de grande valia, diante de tanta tortura, repúdio, penas cruéis, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III, CF/88) herdadas pelo regime militar adotado anteriormente no Brasil.

Szaniawski aporta que “[...] a integridade da pessoa envolve todos os seus aspectos, quer físicos, quer psíquicos, constituindo uma unidade, a integridade psicofísica” (2005, p. 469).

Segundo o entendimento de Sandri, “O direito à integridade psicofísica desempenha relevante papel no âmbito dos direitos da personalidade, na medida em que visa à incolumidade da saúde física e psíquica do ser humano.” (2011, p. 4897).

Nesse contexto, o direito à integridade da pessoa humana, segundo Szaniawski, é um direito absoluto, pois todos têm o dever de respeitar a incolumidade anatômica do indivíduo e sua saúde, não podendo atentar de forma alguma contra esses bens jurídicos. (2005, p. 474).

Carlos Alberto Bittar (2006, p. 78), expõe que nas questões envolvendo o Direito Civil, em alguns casos esse direito é protegido dentro dos limites que a lei permite, de forma que “[...] o consentimento é, nesse caso, necessário, devendo manifestar-se por escrito e mediante explícita enunciação dos fins visados”, de forma que não poderá violar qualquer dispositivo legal pré-estabelecido.

Nesta mesma linha de raciocínio, o mesmo autor esclarece que as práticas que ameaçam violar a integridade física do ser humano, devem ser consentidas, sendo assim, especificamente, nos casos de submissão do suposto pai à realização do exame de DNA contra a sua vontade, estaria violando um de seus direitos da personalidade, sendo este o de integridade física.

A respeito de experiências médicas, genéticas, científicas, religiosas e afins, prosperam os mesmos princípios, devendo salientar-se a absoluta vedação de submissão de pessoa contra a sua vontade, a práticas que exponham a sua integridade física ou intelectual. (BITTAR, 2006, p. 79).

Assim como nos outros direitos da personalidade previstos na CF/88, o direito à integridade física é adquirido pelo ser humano mediante o seu nascimento com vida, conforme previsto no Código Civil, e permanecerá até a sua morte.

Para Silvio Romero Beltrão (2005, p. 108):

Falar em integridade física é referir-se ao modo de ser físico da pessoa, partindo da noção de direito à vida, onde se constrói a idéia única da existência, sendo a integridade física parte desta idéia, concentrada na manutenção dos atributos e características físicas da pessoa.

Sendo assim, o simples fato de nascer, proporciona à pessoa o direito de preservar a sua integridade bem como o uso da totalidade de seu corpo ou parte dele, a fim de preservar e evitar violações indesejadas, ou que atentem contra os bons costumes, com uma única exceção estabelecida no art. 13 do Código Civil de 2002.

Art. 13 - Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Já estabeleceu o legislador em 2002, ter a pessoa o direito de decidir sobre o destino de seu corpo, da mesma forma dispor do todo ou de parte dele apenas com o seu consentimento, não estando a submissão ao exame de DNA dentro das exceções estabelecidas pela legislação, mesmo sendo apenas uma gotícula de sangue, um fio de cabelo, embora alguns doutrinadores entendam serem estes risíveis frente o direito do investigante em ter sua identidade genética desvendada, a lei não põe a salvo os limites para que o direito à integridade física do investigado seja violado, estando aí caracterizado o conflito existente entre os direitos da personalidade do investigante *versus* investigado, ambos pautados na Constituição.

Em comentários da decisão do STF do HC n.º 73.373-4, julgado em novembro de 1994, Maria Celina Bodin de Moraes, (1998, p. 01), discerta:

Em novembro de 1994, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que ninguém pode ser obrigado, sem o seu expresso consentimento, a submeter-se a exame pericial com a finalidade de estabelecimento da paternidade biológica, em ação investigatória.

Hodiernamente, porém, com a recusa em realizar o exame de DNA, o investigado será presumido pai do investigante. Mesmo passado tanto tempo da decisão acima exposta do STF, o direito à integridade física em nada mudou, continua sendo direito da personalidade do ser humano, constando no rol do art. 5º da CF/88.

Neste viés, Pereira (1996, p. 159), citado por Maria Celina Bodin de Moraes (1998, p. 11), adverte:

Não se duvida que a incolumidade física abranja o direito de recusa a submeter-se a tratamento médico ou exame de qualquer espécie, sem o consentimento expresso de seu titular, não podendo o indivíduo ser compelido a realizá-los.

Desta forma, o direito à integridade física do investigado não pode ser violado, independentemente do direito pleiteado pelo investigante, pois não há no ordenamento jurídico hierarquia de princípios, sendo que a violação do direito à integridade física é abusiva, por tratar-se de direito subjetivo da personalidade do investigado.

Assim como o direito à integridade física e psicofísica, o investigado está amparado em seu direito à intimidade e vida privada, o qual será analisado em seguida.

2.4 DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

O direito à intimidade e à vida privada, assim como os outros direitos da personalidade, é uma das garantias previstas no rol do art. 5º, inciso X da CF/88, de forma que são invioláveis a intimidade e a vida privada, restando vedada a submissão forçada do investigado a realização do exame de DNA, sem o seu consentimento expresso.

Não se pode ferir um direito constitucional em favor de outro direito indisponível, uma vez que não há hierarquia de normas constitucionais, devendo-se sopesar os valores, a fim de não prejudicar demasiadamente uma das partes no contexto processual.

No entendimento da Defensora Pública Cláudia de Almeida Nogueira (2002, p. 194-195), citada por Shonblum (2008, p. 09):

O corpo físico é o templo sagrado do homem que deve ser respeitado, se o mesmo não admite a produção desta prova pericial. Claro que, para cada ação, resta uma reação. E esse princípio basilar da física encontra acolhida no mundo jurídico. O réu, ao se recusar, formará uma forte presunção iuris tantum de que é realmente o pai biológico do autor, com a procedência do pedido, dependendo do cotejo das demais provas produzidas na investigatória. Mas nem por isso, a recusa deve ser interpretada como confissão ficta, o que macularia o princípio da paternidade real, com respeito aos entendimentos contrários. Obviamente, que não se pode imputar a paternidade de alguém a outra pessoa que não o verdadeiro pai, sob pena de serem ofendidos os princípios da paternidade real e o da paternidade responsável.

Sendo assim, o suposto pai na instrução processual tem o direito de se recusar a realizar o exame, embora forme uma forte presunção de ser o pai, ficando o juiz responsável por analisar todas as provas pertinentes ao caso, formando o seu juízo de convencimento.

Já Fernanda Borghetti Cantali (2009, p. 195), questiona até que ponto a intimidade e a vida privada são mesmo invioláveis como determina a Constituição:

A Constituição e o Código Civil brasileiros determinam que a vida privada e a intimidade são invioláveis. Serão mesmo invioláveis? Simples análise do cotidiano das pessoas leva à conclusão de que a privacidade das pessoas está sujeita a sistemáticas violações. Vive-se numa sociedade vigiada, com câmeras, revistas em aeroportos, bancos de informações virtuais que armazenam dados pessoais e mesmo a mídia, que a cada dia se torna mais agressiva, devassando a vida das pessoas, principalmente dos famosos, nas atitudes mais corriqueiras.

Ainda, “a privacidade é essencialmente inviolável, mas aquele que possui o controle de suas informações pessoais pode sim dispor delas, consentindo com a sua divulgação, desde que isso não afete sua integridade moral e sua dignidade”. (CANTALI, 2009, p. 198).

Denota-se, assim, que a intimidade e a vida privada estão intimamente ligadas, a fim de preservar os direitos da pessoa envolvida, não expondo sua vida particular ao público em geral. Por outro lado, alguns doutrinadores classificam a privacidade e a intimidade como sendo opostas uma da outra.

Poderíamos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo interior seria oposto um ainda mais constricto e impenetrável, o da intimidade. Assim, o conceito de intimidade tem valor exatamente quando oposto ao de privacidade, pois se se cogita da tirania da vida privada, aduz-se exatamente à tirania da violação da intimidade, como, por exemplo, o pai que devassa o diário da filha adolescente ou viola o sigilo de suas comunicações. (ARAÚJO & NUNES JÚNIOR, 2009, p. 152, citado por NOVAES, 2010, p. 8041).

Tratando-se de ação de Investigação de Paternidade, onde opera-se o instituto do segredo de justiça, deve-se levar em consideração o inc. LX, do art. 5º da CF/88, o qual prevê que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou do interesse social o exigirem”.

Neste mesmo sentido, a legislação infraconstitucional estabelece que:

CPC. Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:
[...]
II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

E, por estar a filiação inserida no rol do art. 5º da CF/88, deve-se manter sigilo quanto às informações processuais, sob pena de responsabilização na esfera penal, com tipificação prevista no art. 325 do Código Penal.

Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:
Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.
§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:
I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;
II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.
§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Esse direito ao sigilo processual vem para complementar os direitos da personalidade e preservar diretamente a intimidade e a vida privada dos envolvidos nas ações de Investigação de Paternidade, onde mesmo diante deste sigilo os envolvidos encontram-se em uma situação complicada de suas vidas, em conflito de princípios, muitas vezes diante do constrangimento vivido por parte da família e pelas cobranças advindas da sociedade.

Nesse diapasão, insta destacar o entendimento de Novaes (2010, p. 8042), para quem “Tais cuidados do legislador e do constituinte de 1988 quanto ao sigilo das demandas que envolvam a defesa da intimidade tem razão de ser, para que não haja exposição das partes litigantes, escancarando-se suas vidas privadas para a coletividade.”

Deste modo, o direito à intimidade deve estar condicionado ao consentimento da pessoa envolvida na ação, por transmitir a verdadeira autonomia da vontade, que não deve ser sopesada frente a outros princípios, sob pena de ultrapassar os limites da legalidade.

A divulgação das informações pessoais da vida privada pelo próprio titular do direito, ou seja, contando com o seu consentimento, representa legítimo ato de disposição sobre a privacidade e a intimidade, que se traduz, justamente, em uma forma de exercício desses direitos, na expressão de liberdade, da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade. Há quem sustente, inclusive, que a vida privada é um princípio de autonomia do indivíduo na sociedade, ou seja, não somente o direito de resguardo de sua intimidade, mas também o seu livre arbítrio. (CANTALI, 2009, p. 199).

Diante disto, aquele que tiver seu direito lesado pode recorrer ao Poder Judiciário, a fim de pleitear o devido ressarcimento, na forma do art. 21 do CC/02, devendo o juiz, a requerimento da parte interessada, tomar todas as providências cabíveis para impedir ou até mesmo cessar atos que violem a vida privada das pessoas.

3 CONFLITOS DE VALORES CONSTITUCIONAIS: DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL *VERSUS* DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA

Como visto alhures, tanto o direito à identidade pertencente ao investigador nas ações de investigação de paternidade quanto o direito à integridade física do investigado, estão inseridos na Constituição, abarcados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, resta delinear essas duas garantias constitucionais das partes litigantes, quando a parte investigada se recusa a realizar o exame de DNA.

Resta saber se há hierarquia de princípios na Constituição Federal, e ainda, como os juízes resolvem essas demandas processuais quando da recusa do investigado em realizar o exame, tido como infalível para alguns doutrinadores.

O investigado alega violação do direito à intimidade e à vida privada. Por outro lado, o investigador fundamenta seu pedido no direito à identidade genética, ao respeito e à paternidade responsável. Nesse contexto, Ahmad leciona:

Esta colisão de direitos requer solução capaz de trazer equilíbrio a ambas as partes envolvidas na ação investigatória, mas sem, no entanto, aniquilar direito algum para qualquer das partes. E é essa alternativa que doutrina e jurisprudência precisam buscar na fonte dos princípios da igualdade, na razoabilidade e da proporcionalidade, sob a forma de valoração desses direitos, ou seja, ponderando os direitos envolvidos de ambos os lados, para se chegar a uma decisão equilibrada e justa. (2009, p. 5347).

O julgador, nas demandas de Investigação de Paternidade, deve analisar o caso concreto, de forma a não prejudicar nenhuma das partes envolvidas, uma vez que ambos os direitos envolvidos devem ser valorizados.

Segundo Ahmad (2009, p. 5347), a maioria da doutrina é contra a condução coercitiva do investigado para a realização do exame de DNA, eis que, “[...] estar-se-ia ferindo de morte sua dignidade pessoal, por força da violação ao princípio constitucional da intangibilidade física do mesmo”.

Os direitos fundamentais estão dispostos a todos de forma geral, sendo assim, passíveis de conflitos, devendo ser resolvido no plano processual de forma individualiza.

Há doutrinadores que defendem a tutela da criança acima de qualquer outro direito, ainda que constitucionalmente assegurado, como se pode observar pelo entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes (2008, p. 08):

A integral tutela da criança, em particular de sua dignidade, reflete, nessa medida e ainda hoje, tarefa primária e urgente, da qual decorre, em primeiro lugar, o conhecimento da identidade verdadeira, e não presumida, dos progenitores. [...] A paternidade e a maternidade representam as únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de quem somos e de onde viemos.

Os adeptos desta corrente doutrinária colocam o interesse da criança acima de qualquer lei e Corte Constitucional. Alegam, ainda, que a quantidade necessária de sangue, o qual é mais comumente usado na realização do exame de DNA, é ínfimo, não violando a integridade física do investigado.

Embora o investigado esteja amparado no seu direito à integridade física, há também o princípio da legalidade, uma vez que, na legislação pátria não há norma que determine ou ainda que obrigue o mesmo a realizar o exame de DNA, neste caso especificamente nas ações de Investigação de Paternidade.

O que a Lei 12.004 de 29 de julho de 2009, trouxe de inovação para a legislação infraconstitucional, diz respeito apenas à mera presunção de paternidade, nos casos em que haja recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, de forma que este terá que provar o contrário das alegações feitas pelo autor da ação. Deste modo, o exame de DNA torna-se uma mera faculdade para o investigado. Nos casos de recusa, acarreta-lhe consequências, não impedindo o seu direito de decidir sobre o destino do seu corpo, ainda que esteja em confronto com o melhor interesse da criança.

Para os adeptos do princípio da legalidade, mesmo que se crie uma lei que determine a condução coercitiva do suposto pai para o laboratório, esta será inconstitucional, por ferir a intimidade e a vida privada do investigado. Nesse sentido, Mendes e Branco (2011, p. 211-212) esclarecem que

A corrente minoritária, iniciada com o relator originário, Ministro Francisco Rezek, sustentou a legitimidade do exame de sangue forçado, lembrando que o direito à incolumidade física não é absoluto e que, no caso, encontrava-se em fricção com o direito à própria identidade da criança, o de direito de conhecer o vínculo de filiação real.

Há muitos casos em que filhos recorrem ao Poder Judiciário, os quais já foram registrados pela mãe e pelo marido desta, desde o nascimento, sendo reconhecidos e amados como filhos do padrasto. Ao filho, porém, é concedido o direito de investigar a sua real paternidade a qualquer tempo e idade.

A própria Constituição Federal consagra a relação constituída no afeto e convívio familiar, a fim de preservar a criança, zelando pela sua própria integridade psicofísica.

A constituição não elegeu a origem biológica como fundadora da família. Ao contrário, dispensou-a, para fixar-se na relação construída no afeto e na convivência familiar, tendo ou não consanguinidade. [...]. O reconhecimento do genitor biológico não pode prevalecer sobre a paternidade construída na convivência familiar, que frequentemente ocorre entre a mãe que registrou o filho e o outro homem, com quem casou ou estabeleceu união estável, e que assumiu os encargos da paternidade. (LOBO, 2003, p. 130-132, citado por MADALENO, 2011, p. 488).

Pai é aquele que cria o filho, independente do código genético. É aquele que proporciona uma vida digna, que lhe dá amor, carinho e afeto, aquele que em todos os

momentos desempenhou o papel de um pai de verdade. Contudo, esse conflito entre princípios é comumente identificado nas demandas judiciais. O que não pode passar despercebida nesses casos, é a igualdade de direitos, ou seja, o tratamento igual perante a lei para ambos os litigantes, conforme determina o art. 5º, caput, da CF/88.

Diante da legalidade e da igualdade, é importante ressaltar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quando dos conflitos processuais, na medida em que “O princípio da proporcionalidade tem o condão de impedir excessos na aplicação dos princípios constitucionais, possibilitando que se o conheça em sua relação com os demais princípios e regras que compõem o sistema constitucional.” (AHMAD, 2009, p. 5350).

Este princípio da proporcionalidade não está elencado na Constituição Federal, mas garante a efetividade dos direitos fundamentais, de forma coerente e segura, norteando o magistrado em sua decisão final no caso concreto.

No que diz respeito à razoabilidade, o juiz deve se submeter sempre à lógica do razoável, analisando todas as fases do processo de uma forma minuciosa, a fim de evitar danos irreparáveis às partes nos casos de Investigação de Paternidade, podendo ser danos materiais e sentimentais ou morais.

A propósito disto, Suzana de Toledo Barros (p. 72), citada por Ahmad (2009, p. 5352), esclarece: “Pode-se definir o princípio da razoabilidade [...], como uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, bom-senso, moderação e prudência, traduzindo tudo que não é absurdo, tão somente o que é admissível.”

Sendo assim, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade buscam a fundamentação social do caso concreto, ponderando o conflito existente entre as normas e das partes litigantes, a fim de não beneficiar tanto um em detrimento do outro.

A colisão de direitos fundamentais ocorre, quando seu titular, ao exercitar esse direito, gera colisão com direito fundamental de outrem ou com a proteção do interesse de bens da sociedade ou do Estado. Neste norte, caracterizada a colisão entre direitos fundamentais, cabe ao aplicador do Direito fazer uso do método concretista e, por meio da razoabilidade e da proporcionalidade, ponderar os interesses envolvidos, a fim de fornecer a melhor solução. (AHMAD, 2009, p. 5353).

No caso das ações de Investigação de Paternidade, não pode haver prevalência entre os princípios, em razão do princípio da igualdade. Sendo assim, para dirimir tais conflitos, deve-se levar em conta a situação fática exposta ao Judiciário, de forma a não expor as partes, invadindo sua privacidade, valorando princípios e normas constitucionais.

4 DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A paternidade deixou de representar apenas vínculos biológicos ou genéticos, representando, acima de tudo, laços de afeto, carinho e amor que nascem com a convivência familiar, com a estrutura e base de uma família, envolvendo, inclusive a paternidade responsável.

Corroborando este entendimento, Otero e Sandri lecionam que

A Constituição Federal de 1988, no § 7º do art. 226, apresenta o princípio da paternidade responsável, [...] igualmente prevista nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda, no inc. IV do art. 1.566 do Código Civil [...]. Fortalece as relações, estimulando e construindo relações baseadas no respeito, no afeto e na solidariedade. (2012, p. 184).

Com as mudanças na legislação, bem como a busca pela verdade real de filhos que pleiteiam no Poder Judiciário o seu reconhecimento, nem sempre é agraciado com a afetividade de um pai, sendo que muitos já possuem um pai que desde o seu nascimento lhe prestou todo o apoio necessário, assumindo todas as responsabilidades como se pai biológico fosse.

A paternidade biológica não pode acabar com vínculos formados entre filhos e supostos pais ou padrastos.

É relevante o entendimento de Madaleno (2011, p. 472):

O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação.

Neste viés, discute-se a imputação de presunção nos casos de o investigado se recusar a realizar o exame de DNA, jamais serão formados laços afetivos entre pai e filho, sob obrigação, tornando a ação de investigação de Paternidade uma incerteza processual.

A Lei 12.004/2009, bem como o enunciado da Súmula da 301 do STJ de certa forma, causaram certo tumulto processual, quando permitiram o investigado certas condições de recusa, imputando-lhe como consequência a presunção de paternidade, de forma que os vínculos afetivos nestes casos ficam totalmente frustrados diante da negação da paternidade.

A paternidade afetiva, dentro do ordenamento jurídico, conceitua-se como, “o vínculo jurídico que liga uma pessoa a seus pais, ou seja, o liame jurídico existente entre eles

que se fundamenta não exclusivamente na relação biológica, legal ou decorrente da adoção, mas, fundamentalmente, na afetividade [...]”. (NICOLAU JÚNIOR, 2007, p. 170-171).

A verdade biológica nem sempre irá cumprir suas atribuições dentro da função social da paternidade, de fato o que se deve pautar são laços afetivos de cumplicidade e respeito entre pais e filhos.

Muitas ações de Investigação de Paternidade impetradas no Poder Judiciário são de crianças ou adolescentes que foram educados e alimentados por outro homem, sendo o companheiro de sua mãe ou até mesmo pelo avô materno, os quais consideram tal criança como seus filhos, a estes não são negados o direito de ingressar com a demanda judicial para desvendar sua filiação biológica, mas não se podem abandonar valores e simplesmente esquecer aquele que realmente foi um pai de verdade, que assumiu todas as responsabilidades do poder familiar, não se pode destruir histórias de vida, esquecendo-se de valores, ensinamentos e criações que foram criadas na relação paterno-filial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação de Investigação de Paternidade, meio pelo qual uma pessoa pleiteia seu reconhecimento filiatório junto ao Poder Judiciário, deixou de ser apenas um instrumento processual consagrado ao autor da demanda, passando, no decorrer dos anos, a tratar dos Direitos da Personalidade das partes envolvidas na lide.

Na ação de investigação de Paternidade não se discute apenas a filiação, enfatizam-se os deveres decorrentes da relação que se formará a partir do reconhecimento da relação entre pai e filho.

O Direito, como uma ciência social e que discute as relações humanas, deve adequar-se a tais fatos decorrentes da vida em sociedade, assim, antes mesmo de se discutir a relação biológica, é mister reconhecer os laços afetivos existentes entre pais e filhos. A dignidade da pessoa humana não encontra respaldo somente no reconhecimento sanguíneo ou biológico, devendo o afeto, o respeito e o reconhecimento como pessoa humana estar acima de qualquer entendimento judicial.

O direito de ação é de todos que possuem legitimidade para tal ato, de forma que nas ações de Investigação de Paternidade, muito além do reconhecimento da relação parental, há de se reconhecer os direitos inerentes ao autor da demanda, tais como a necessidade de afeto, carinho, respeito, dentre tantos outros direitos básicos enquanto ser humano.

Dentro da ação de Investigação de Paternidade, como em toda a lide, discutem-se direitos antagônicos, mas que devem ser respeitados em suas proporcionalidades, por tratar-se de direitos fundamentais, direitos da personalidade, adquiridos pelo simples fato de nascer e ter vida na sociedade civil.

Ambas as partes litigantes nas ações de Investigação de Paternidade são detentoras de direitos da personalidade, ou seja, de um lado o direito à identidade pessoal do investigante, o qual deve ter o devido respaldo jurisdicional, pela busca da verdade biológica, de forma clara e segura, eis que o julgador não poderá no ato de sua decisão quanto a paternidade, conferir-lhe o afeto paternal, necessário para a formação e estrutura familiar.

Do outro lado da demanda figura o investigado, detentor do direito à intimidade, à vida privada e à integridade psicofísica, direitos estes adquiridos pelo simples fato de nascer e ter vida, não sendo nem mais nem menos importantes que os outros direitos discutidos na demanda judicial.

No deslinde da ação de Investigação de Paternidade não deve haver valoração de direitos da personalidade, todos estes inseridos na norma constitucional, eis que, todos os direitos e princípios responsáveis pela convicção judicial são importantes para se dirimir conflitos na ordem social.

Do mesmo modo como o investigante tem o direito a ver sua identidade genética desvendada, não há no ordenamento jurídico qualquer norma que autorize a violação da privacidade, da intimidade e da integridade física do investigado para se dirimir qualquer conflito judicial, sob pena de se estar violando norma constitucional, base de todo o ordenamento jurídico.

Diante disso, conclui-se que o direito de ação conferido ao investigante deve respeitar os limites constitucionais, sopesando valores na ordem pública, considerando que o conflito a ser dirimido nas ações de Investigação de Paternidade transpõe o reconhecimento filial, ou meramente formal, devendo reconhecer a afetividade como a base de uma família e de qualquer relação possível de se estabelecer entre pais e filhos.

REFERÊNCIAS

AHMAD, Roseli Borin Ramadan. Direitos da Personalidade e colisão de Direito Fundamentais em Ações de Investigação de Paternidade. In: Congresso Nacional do Conpedi, 09, 2009, Maringá. **Anais do XVIII Encontro Nacional do Conpedi**. p. 5343-5379. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade:** de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BEZERRA, Larissa Cavalcante. **Ação de Investigação de Paternidade e o direito personalíssimo da criança em confronto com o direito do suposto pai.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2534>. Acesso em: 20 dez. 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 7ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. **Código Civil de 01 de janeiro de 1916.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 dez. 2012.

BRASIL. **Código Civil de 10 de janeiro de 2002.** Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7ª ed. atual. e ampl. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Penal.** Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei 11.804 de 05 de novembro de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 20 dez. 2012.

BRASIL. **Lei 12.004 de 29 de julho de 2009.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007.../2009/Lei/L12004.htm>. Acesso em: 15 dez. 2012.

BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BRASIL. **Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 15 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 301.** Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0301a0330.htm>. Acesso em: 20 dez. 2012.

CANTALI, Fernanda Borgetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 15ª ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.322/2010. - São Paulo: Atlas, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAGALHÃES, Carolina da Cunha Pereira França. **Da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade**: a força da coisa julgada ante os desafios da verdade biológica. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/549>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

MAIA, Renato. **Filiação Paternal e seus efeitos**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Recusa à realização do exame de dna na investigação de paternidade e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf_Maria_Celina_Bodin_de_Moraes/recusaDNA.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

NEVES, Nayara Magalhães. **A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.24288>>. Acesso em: 02 mar. 2013.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Paternidade e Coisa Julgada**: limites e possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais. Curitiba: Juruá, 2007.

NOVAES, Pedro Luis Piedade. **O Direito à intimidade e a Ação de Investigação de Paternidade**. In: Congresso Nacional do Conpedi, 19, 2010, Fortaleza. Anais eletrônico do XIX Encontro Nacional do Conpedi. p. 8034-8051. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

OTERO, Cleber Sanfelici; SANDRI, Jussara Schmitt. Função social dos contratos e reprodução humana assistida no contexto dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica do Centro Universitário Curitiba**. v. 1. n. 28. 2012. p. 164-175, Curitiba: jan/jul 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 5º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANDRI, Jussara Schmitt. Da vacinação compulsória à prática do sadomasoquismo: algumas questões polêmicas que envolvem o direito à integridade psicofísica do ser humano. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI, 2011, Belo Horizonte. **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI**. v. ún. p. 4878-4910. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

SHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Exame de DNA: Faculdade ou obrigatoriedade? Indício, presunção ou prova?** Disponível em:

<http://www.cgadvogados.com.br/html/downloads/Exame_de_DNA_Faculdade_ou_Obrigatoriedade_Indicio_Presunção_ou_Prova.pdf> Acesso em: 01 mar. 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.