ANO IV – N.º 08

JUS SCRIPTUM

Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda

JAN/MAR
2008

Revista Jurídica
NELB

Jus Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro

jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5
Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 4 • Volume 4 • Número 8
Jan-Mar 2008 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2007/08

Luciana Lois Santos Rodrigues, Presidente
Fábio Zech Sylvestre, Vice-Presidente
Fábio Sampaio Capela, Secretário-Geral
Felipe Teixeira Neto, Diretor Científica
Bibiana Brum Ohira, Diretora Social
Anna Karine Turbay Palodetto, Diretora Financeira

Conselho Editorial:
Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto
Prof. Doutor Fernando Araújo
Prof. Doutor Jorge Miranda
Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão
Profa. Doutora Maria Fernanda Palma
Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva

Conselho Deliberativo:
João Hélio Ferreira Pes
Lauren Lautenschlager
Raul de Mello Franco Junior

Conselho Executivo:
Julia Pereira Chaves
Michelle Fontenelle Bezerra Guedes

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal

A prevalência do direito à identidade: O novo processo de filiação extramatrimonial no Peru e sua perspectiva de aplicação no Brasil

AO PROF. DOUTOR JORGE DUARTE PINHEIRO,
O MEU RESPEITO, ADMIRAÇÃO E GRATIDÃO PELOS PRECIOSOS CONTRIBUTOS COMO PROFESSOR E ORIENTADOR QUE ME LEVAM A ALCANÇAR ÊXITOS COMO ESTE.
UM BEIJO,
LISBOA, 11/02/09.

Maria Berenice Dias
Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias – IBDFAM, <http://www.mariaberenice.com.br>.

Marianna Chaves
Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa, Portugal, Especialista em Direito Homoafetivo pela AASP, Brasil, Membro do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias – IBDFAM, Advogada.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Situação no ordenamento jurídico peruano. 2. A suposta inconstitucionalidade da Lei 28457 de 8/1/2005; 2.1 O direito à identidade; 2.2 A suposta afronta aos direitos da incolumidade física, ao devido processo e à liberdade e a importância do DNA. 3. A concorrência de direitos fundamentais, a solução e o melhor interesse da criança. 4. Considerações Finais. 5. Projeto de Lei. 6. Justificativa. Referências.

INTRODUÇÃO

A preocupação em descobrir a verdade biológica sempre foi de pais e filhos, mas nunca foi uma preocupação da lei. Investigar a paternidade, afinal, desatende os interesses de sociedades mais conservadoras. A certeza da maternidade e incerteza da paternidade levaram à instituição da presunção da paternidade com relação aos filhos concebidos durante o casamento. Ao fim, nada mais do que a presunção da fidelidade da mulher. Daí a extrema valorização da virgindade feminina e a exigência de uma postura recatada, como atributos de mais valia.[1] A abstinência sexual sempre foi uma qualificadora de sua dignidade e honradez.[2] No homem sempre foi valorizado o livre exercício da sexualidade, tanto antes como fora do casamento, como elemento de afirmação de sua virilidade.[3] Na

[1] Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 323.

[2] Acerca de tal aspecto, nitidamente ultrapassado e discriminatório, assevera Luiz Edson Fachin que "flagrante é o contra-senso de ainda admitir-se, genericamente, sem as devidas cautelas, a alegação da *exceptio plurium concunbentium*, não raro resquício imprestável da diminuição da condição feminina, proceder estigmatizante e preconceituoso". FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família:* elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 232.

[3] Sobre tal questão, se pronuncia Paulo Lôbo, no sentido de afirmar de que a presunção *pater is est* "parte da exigência da fidelidade da mulher, pois a do marido não é necessária para que ela ocorra, circunstância que, para muitos, a incompatibiliza com o § 5º do art. 226 da Constituição, para o qual "os direitos e deveres

seara da filiação, o direito sempre se valeu de presunções, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou a maternidade a alguém ou então em óbices baseados em preconceitos históricos oriundos da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada.[4]

A concepção da família como uma instituição sacralizada, confere à mulher a condição de "rainha do lar" e lhe atribuiu a responsabilidade pelos filhos.[5] O interesse pela preservação da estrutura familiar sempre resistiu em admitir a identificação dos filhos fruto de relações extramatrimoniais.[6] Com o passar dos tempos, passou-se a admitir a possibilidade de se reconhecer os infantes nascidos fora do casamento, o direito de investigar a paternidade, mas condicionada a uma prova "robusta". Tal posicionamento possuía sustentáculo na tese de que, nas relações furtivas ou nas relações de concubinato, ainda que coincidentes com a concepção do filho, "não prevalecia uma natural presunção de paternidade, embora fosse consenso geral naqueles tempos ser sempre certa a maternidade".[7]

Mesmo em época de pleno desenvolvimento da engenharia genética, que permite identificar com certeza quase absoluta a verdade biológica, permanecem presunções na lei.[8] E, ainda assim, as demandas envolvendo a busca de identificação do vínculo de filiação em geral dispõem do rito ordinário, com ampla dilação probatória. É extremamente difícil conceder, por exemplo, direito a alimentos enquanto tramita a ação. A tendência é não permitir a cumulação da ação investigatória com o pleito de alimentos. Tal vedação dispõe de um resultado muito perverso pois, enquanto tramita a ação o investigante fica totalmente desassistido. E, só depois de ultimada a ação é que pode buscar alimentos, obrigação, no entanto, que só começa a vigorar a partir da citação do réu. Com isso, o filho permanece por muitos anos sem o direito de viver, caso não fosse a genitora assumir sozinha o encargo de prover a subsistência do filho.

1. SITUAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PERUANO

---

referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias.* São Paulo: Saraiva, 2008, p 196

[4] Neste sentido, cfr. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias.* São Paulo: Saraiva, 2008, p 195.

[5] Por terem as mulheres o monopólio da função reprodutiva e a capacidade e amamentação, a ela se atribui, com exclusividade, toda a responsabilidade pela criação dos filhos e organização do lar. No entanto, a reserva de papéis diferenciados ao homem e à mulher é uma construção cultural, que acaba gerando uma hierarquização pela mais-valia que se atribui às atividades masculinas pela só razão de que os homens ocupam espaço público, monopolizam o poder econômico e político. Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 15.

[6] Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 345.

[7] MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em pauta.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 96.

[8] A título de curiosidade, tais presunções existem até mesmo no Direito Islâmico. Nomeadamente no Marrocos, Argélia e Tunísia, a legitimidade da filiação se fundamenta na prova da consangüinidade do pai relativamente ao filho. Se este nasce durante o casamento ou em um determinado tempo posterior à sua dissolução (como em diversos ordenamentos jurídicos vigentes) se deduz que sua concepção foi matrimonial. Destarte, a lei estabelece a mesma presunção *iuris tantum* presente no ordenamento brasileiro e no ordenamento peruano, de filiação legítima. Presunção esta que se fundamenta no monopólio das relações sexuais com a esposa, característico do Direito Islâmico. Cfr. MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma. *Derecho de Familia Islámico.* Madrid: Colex, 2002, p. 95.

Como na maioria dos países do mundo, também o Código Civil peruano (cfr. arts. 361 e 362) prestigia a relação de paternidade por presunção legal: o pai é o marido da mãe. Pela presunção *pater is est*[9], prevalece a paternidade fictícia sobre a verdade biológica. Daí as normas reguladoras das relações paterno-filiais favorecerem os varões, concentrando na figura materna a responsabilidade pelos filhos havidos fora do casamento.[10]

Esta tendência sempre foi evidente no Código Civil peruano onde figura a assertiva de que o filho nascido durante o matrimônio ou dentro dos trezentos dias posteriores à dissolução do casamento é considerado filho do ex-cônjuge.[11] É considerado matrimonial o filho, ainda que a mãe declare em sentido contrário ou que a mesma seja condenada como adúltera.[12] Diferente é o posicionamento do Direito português pois, o art. 1.832 estabelece que a mulher pode fazer a declaração de nascimento com a indicação de que o filho não é do marido, cessando, assim, a presunção de paternidade.

Enquanto por um lado, relativamente aos filhos matrimoniais, existe a presunção de paternidade, os filhos nascidos fora do casamento dependiam de reconhecimento ou de sentença declaratória de paternidade.[13][14] E até se chegar a tal sentença, imensurável era o

---

[9] Sobre a natureza desta presunção, Luiz Edson Fachin afirma que "discute-se a natureza desta presunção. Se se aceitar o seu caráter misto, vislumbra-se um duplo aspecto: de um lado, uma presunção fundamentada em efeitos pessoais da relação matrimonial (a coabitação e a fidelidade da mulher); como conseqüência legal do casamento, uma norma organizadora da família. Não se trata, obviamente, de presunção absoluta. É possível enquadrar-se a presunção *pater is est* como presunção *iuris tantum*." FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 35.

[10] Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 345.

[11] Art. 361° *El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.*

[12] Art. 362° El *hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adultera.*

[13] Não muito diferente é a situação brasileira neste sentido. Ainda que por vedação constitucional não mais seja possível qualquer tratamento discriminatório com relação aos filhos, o Código Civil trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de casamento e os havidos fora do casamento. O capítulo intitulado "Da filiação" (arts. 1.596 a 1.606 do CC brasileiro) cuida dos filhos nascidos na constância do matrimônio, enquanto os filhos nascidos fora do casamento estão no capítulo "Do reconhecimento dos filhos" (arts. 1.607 a 1.617 do CC brasileiro). A diferenciação advém do fato de o legislador ainda fazer presunções quando se refere aos filhos nascidos do casamento. Tal tendência decorre da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a alguém, não por ser pai ou mãe, mas simplesmente para a mantença da estrutura familiar. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.317.

[14] Já em Portugal, o art. 1826° presume que o filho nascido ou concebido na constância do matrimônio da mãe tem como pai o marido da mãe. A presunção estabelecida neste artigo tanto existe nos casos em que a criança nasce durante o matrimônio, mesmo tendo sido concebido antes, como nos casos em que, embora concebido durante o casamento, vem a nascer depois da sua dissolução.

Aqueles que vivam em união de facto (Lei n. 7/2001), não estão abrangidos pela presunção *pater is est*, ou seja, não se presume que os filhos de mulher não casada possuam por pai o homem com quem ela viva. Destarte, o estabelecimento da filiação seguirá os outros modos, a saber, a perfilhação, a averiguação oficiosa, e o reconhecimento judicial. Neste sentido Cfr. NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 15. ed., Lisboa: Ediforum, 2006, p. 1411-1413; VARELA, Antunes; LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado*. Vol. V., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 114 e ss.

A mesma fórmula é aplicada ao Brasil, relativamente à união estável: apesar de a união estável ter *status* de entidade familiar e ser merecedora da tutela do Estado, os filhos concebidos em sua vigência precisam ser reconhecidos, mesmo que tal união possua muitos anos de existência. Todavia, havendo prova pré-constituída da sua existência, como decisão judicial declarando sua vigência no período coincidente com a época da

calvário, em virtude do processo de reconhecimento filiação extramatrimonial, recheado de infindáveis trâmites, desarmado da força probatória da genética ante o estado de indefesa, de impotência das crianças sem pai, desconhecedores de sua própria identidade. A diferença relativamente ao processo de conhecimento pelo qual se regia esta filiação é abismal.

Com o escopo de mitigar o vultuoso número de infantes sem pai, e a conseqüente quantidade de mães solteiras, resultante do ordenamento jurídico vigente, em boa hora foi editada a Lei 28457, de 8/1/2005, que instituiu um meio mais acessível para a fixação judicial de paternidade, onde foram reduzidas etapas, atos processuais, prazos, etc.[15]

Como certifica Enrique Rospigliosi este processo é um produto peruano, genuinamente novo e original em matéria processual, em defesa de um dos direitos substantivos mais humanos que existem. Trata-se de processo especial *ex code*, não abrangido pelo Diploma Processual Civil. Nenhum procedimento cumpria com satisfação condigna a pretensão de paternidade.[16]

É a materialização de moderna norma legal que se socorre dos atuais métodos científicos de identificação da paternidade através dos marcadores genéticos. Por meio do exame de DNA é possível identificar o vínculo biológico da filiação com um índice de certeza quase absoluto. Deste avanço apropriou-se o legislador para assegurar o direito à identidade, direito fundamental e primeiro de todo o cidadão. Daí a nova lei que admite somente um meio de oposição: a submissão ao exame de DNA, cuja força probatória é a única que origina convencimento pleno do magistrado. Todavia, injustificadamente a lei prevê unicamente o reconhecimento da paternidade extramatrimonial, deixando de fora a menos freqüente, mas não inexistente busca pela identidade da mãe, que deve ser buscada pelo procedimento constante no Código Civil.

O processo ofertado é célere e apresenta uma solução ajustada à questão da paternidade extramatrimonial, desviando-se dos óbices ofertados pelos extensos e dispendiosos processos de paternidade. Sobre a questão da celeridade, afirma Enrique Varsi Rospigliosi que tal processo especial de filiação acaba por restringir os atos processuais meramente dilatórios. Põe-se termo também à negativa para submeter-se à prova (sempre se encontrava alguma), intimações, argumentações, sustentações orais, também não procedendo à ab-rogação (ao iniciar o processo perante um Juiz de Paz Letrado e concluir perante o Especializado).[17]

Com o surgimento da nova lei, aquele que tenha interesse em obter a declaração de paternidade pode requerer a um Juiz de Paz Letrado que despache resolução patenteando a

---

concepção, é de se admitir dita presunção. Neste sentido, Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4.ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.339; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*. 7. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 54.

[15] Cfr. ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". *In Revista Persona*. Nºs 49, 50 e 51, JAN/ FEV/ MAR 2006. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar. Acesso em: 22 de Outubro de 2007.

[16] ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. "La inversión de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana". Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

[17] ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". *In Revista Persona*. Nºs 49, 50 e 51, JAN/ FEV/ MAR 2006. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar. Acesso em: 22 de Outubro de 2007.

filiação pleiteada.[18] Se o demandado não formular a oposição ou se omitir, no prazo de dez dias, a contar da citação, ou se for julgada improcedente a oposição apresentada para não submeter-se à perícia, ocorre a conversão do mandado em declaração judicial de paternidade.[19] O custo da prova é abonado pelo demandante no momento em que forem ofertadas as amostras necessárias ou poderá ser requerido o auxílio judicial.[20]

2. A SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 28457 DE 8/1/2005

A constitucionalidade da lei peruana foi questionada.[21] Entretanto, a Sala de Direito Constitucional e Social Permanente da Suprema Corte (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema), pronunciou-se no sentido de proteger o direito à identidade dos menores não reconhecidos pelos seus pais, relativamente àqueles que se recusam a submeter-se ao exame de DNA, não vislumbrando qualquer afronta à liberdade, incolumidade física do demandado ou ao devido processo. A normativa consagra o direito à identidade, reconhecido como direito fundamental pela Lei Maior peruana, em seu art. 2º, n.1.[22]

2.1. O direito à identidade

No plano internacional a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989,[23] em seu art. 8º, n.1, assinala que os Estados-Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência legal.[24] Desta maneira, de acordo com o art. 7º, n. 1 da Convenção e o art. 6º do Código da Criança e do Adolescente peruano, o direito à identidade engloba o direito a possuir um nome, a adquirir uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus progenitores e ostentar seus nomes.[25]

É indubitável que é um enorme embaraço e até uma possível sensação de amargura saber que é filho de pai desconhecido ou saber quem é seu genitor mas, não compreender os motivos da repulsa daquele que se nega a reconhecer a própria cria e, assim, se

---

[18] O art. 407 do Código Civil peruano determinava que apenas o filho possuía legitimidade para intentar a ação judicial de paternidade extramatrimonial, podendo a sua mãe atuar como representante em se tratando de menor de idade. E no caso do tutor ou curador, se fazia necessário prévia autorização do conselho de família. Na nova lei, extrai-se a permissão de quem tenha interesse legítimo intentar tal ação em favor de um terceiro.

[19] Cfr. art. 1º da Lei n. 28457.

[20] Se a oposição formulada pelo varão for infundada, ou seja, se o resultado do exame for positivo, o pai será condenado a pagar as custas processuais, assim como o custo do exame. Em caso contrário, evidenciado o resultado negativo do teste, por conta da parte vencida correrão todas as despesas e custas.

[21] Por resolução do Primeiro Juizado Misto do Módulo Básico de Justiça (Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia (MBJ), de Condevilla, Distrito de San Martín de Porres, que considerou que a normativa afrontava o direito à liberdade e ao devido processo.

[22] Art. 2º *Toda persona tiene su derecho: 1.A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.*

[23] Mister salientar que se trata do instrumento internacional de proteção dos direitos humanos com o maior número de ratificações. Apenas os EUA e a Somália são Estados signatários que não apresentaram suas ratificações, de acordo com relatório do Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos, cuja última atualização se deu em Julho de 2007. Cfr. http://www.ohchr.org.

[24] Cfr. http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

[25] Cfr. http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27337.pdf

desvincular das obrigações resultantes de tal reconhecimento. Nas palavras de Rolf Madaleno:

> A origem genética é direito impregnado no sangue que vincula, por parentesco, todas as subseqüentes gerações, inexistindo qualquer fundamento jurídico capaz de impedir que o homem investigue a sua procedência e que possa conhecer a sua verdadeira família e saber quem é sei pai.[26]

Indispensável também fazer menção à Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que ostenta como 3º princípio a assertiva de que, desde o nascimento toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade. Importante relembrar que a Declaração constituiu o natural reconhecimento de vetores e valores diretivos, não constituindo, entretanto, uma fonte de obrigação para os países, revelando-se como uma orientação. A Convenção de 1989 sim configurou um instrumento de caráter imperativo, gerador de uma responsabilidade formal e solidificado para os Estados.[27]

2.2 A suposta afronta aos direitos da incolumidade física, ao devido processo e à liberdade e a importância do DNA

Não se visualiza na lei atentado ao devido processo, tendo em vista que o demandado tem a possibilidade de opor-se à demanda, submetendo-se ao exame de DNA. Tal assegura o seu direito de defesa, permitindo provar que não é o pai do menor, mediante o método probatório mais eficiente nos tempos hodiernos.[28]

Em decorrência dos avanços científicos, a possibilidade de sua identificação com índices quase absolutos de certeza não pode ser desprezada para manter uma certeza obtida por meio fictício. Até o advento do exame de DNA, a paternidade foi afirmada ou rejeitada por provas indiciárias e presuntivas. Nas ações investigatórias brasileiras, a causa de pedir é a concepção.[29]

Na ausência de tal prova, quer a procedência, quer a improcedência da ação baseavam-se exclusivamente em indícios. Comprovado o relacionamento afetivo entre os genitores,

---

[26] MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 139.

[27] Neste sentido, cfr. SAIAS, Marco Alexandre. "A Convenção sobre os Direitos da Criança". *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.* vol. XLIII, n.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 804.

[28] Sobre a exatidão do teste de DNA, o pediatra e especialista em genética médica molecular, Salmo Raskin assevera que, "a análise em DNA é o teste de paternidade mais preciso possível atualmente. A chance do teste em DNA por P.C.R. detectar um homem que esteja sendo falsamente acusado de ser o pai biológico é superior a 99,99%. Se ele não for excluído de ser o pai biológico pelo teste de P.C.R., a probabilidade de que ele mesmo seja o pai biológico varia de 99,99% a 99,9999%, de caso para caso. Na prática, tomadas as devidas precauções no controle de qualidade do teste, este é um teste absolutamente preciso. Um resultado de exclusão significa com 100% de certeza que o suposto pai não é o pai biológico. Um resultado de inclusão vem acompanhado da probabilidade que o suposto pai seja o pai biológico, que são números acima de 99,99%, resolvendo inequivocamente todas as disputas". RASKIN, Salmo. "DNA e investigação de paternidade". Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=538. Acesso em: 25 de Outubro de 2007.

[29] Como esse tipo de relacionamento ocorre, ordinariamente, de forma reservada e a descoberto de testemunhas, é inquestionável que a prova do fato constitutivo que sustenta a ação se torna particularmente dificultosa. Trata-se de probação de ato praticado por terceiros, do qual o autor não foi partícipe, mas quase que mera "conseqüência", o que mais aumenta a dificuldade de amealhar provas. Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o Direito das Famílias.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 111.

presumia-se a mantença de contatos sexuais e a ocorrência da gravidez. De outro lado, a *exceptio plurium concubentium*, ou seja, a alegação de que a genitora se relacionava sexualmente com outros homens, fazia surgir a dúvida de que o réu poderia não ser o genitor, o que levava à improcedência da ação.

Felizmente, esse meio de defesa vem perdendo prestígio. Aliás, trata-se de contestação de todo descabida. O juiz, ao fixar os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova (de acordo com o art. 451 do CPC brasileiro), simplesmente não deve admitir qualquer referência à vida sexual da mãe do investigante. Inclusive, essa linha de argumentação sustentada pelo réu pode gerar responsabilidade indenizatória por dano moral.[3031]

Conforme assevera Cristiano Chaves de Farias:

> É certo e incontroverso que a ciência jurídica não pode desconhecer e descuidar dos valores da contemporaneidade. Não é possível esquecer os avanços da engenharia genética e a proteção privilegiada da pessoa humana, de modo a garantir o império dos valores tutelados em sede constitucional, impedindo, via de conseqüência, o perecimento do direito à identidade pessoal e à ancestralidade.[32]

Ademais, a lei não fere o direito à liberdade. Tal afronta inexiste, uma vez que a lei não obriga o demandado a submeter-se a uma coleta de sangue ou qualquer outro material genético para a análise.[33] Apenas é estabelecida como condição para a procedência da oposição a submissão ao teste e, somente em caso de inércia injustificada, é declarada a paternidade. Ora, se o demandado tem plena certeza de que não é o pai do filho que lhe é imputado, deve ser o primeiro a querer a realização da perícia, para se livrar da imputação que lhe é feita.[3435]

Poder-se-ia ainda referir-se a uma afronta ao direito de incolumidade ou integridade física do investigado. Que direito se poderia violar, se o exame de DNA é inofensivo, relativamente à "santidade" do corpo humano?[36] Não se trata de uma *inspectio corporis*

---

[30] Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 333.

[31] Ação de indenização por danos morais. Apelado que, em ação de investigação de paternidade, lança à apelante a pecha de prostituta. Falta de comprovação que se agrava por ser conhecido como o pai no bairro em que viviam. Abuso desnecessário que configura ofensa à honra e gera o dever de indenizar. Recurso provido para julgar procedente a ação e condenar o apelado ao pagamento de 20 salários mínimos (TJSP, 4.ª C.D.Priv., AC 343.970-4/2, rel. Des. Maia da Cunha, j. 24.11.2005).

[32] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 188.

[33] Relativamente a Portugal, "no estado actual do conhecimento, é possível uma resolução extremamente segura das dúvidas sobre uma ligação biológica entre duas pessoas, mediante a realização de testes de ADN. Só que até há pouco tem prevalecido uma opinião que, rejeitando a recolha coercitiva de sangue, restringe o alcance do art. 1801º", que reza que "nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados." PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Vol. I, 3. ed. Lisboa: aafdl, 2007, p. 111.

[34] Trata-se de uma presunção *juris tantum* de paternidade. Do mesmo entendimento comunga o STJ brasileiro, uma vez que dispõe em sua súmula 301 que: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

[35] Complementa Rolf Madaleno, relativamente à realidade brasileira que, "a recusa em fornecer material para o exame genético de DNA representa forte indício de paternidade, capaz de conduzir à procedência da demanda pela presunção absoluta de paternidade, alcançando 100% de certeza, tão-só pelo comportamento omissivo do investigado". MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 101.

[36] Existem violações do corpo humano que partem da própria pessoa, como no caso de tatuagens, *piercings*, sem a intervenção estatal. Destarte, o corpo protegido pela intangibilidade, não é tão "sagrado" como se prega. E além do corpo não ser tão "sagrado" assim, o sacrifício a ele impingido seria diminuto, para não

exaustiva, não são necessária agulhadas, as amostras de sangue são dispensáveis. Tecnicamente, somente necessita-se de uma irrisória quantidade de fluidos, secreções corporais, fios de cabelo, ou seja, absolutamente nada que afronte ou lesione o corpo humano.[37] Nas palavras de Enrique Varsi Raspigliosi, "*la prueba, con lo expuesto, es mucho menos invasiva en el cuerpo de la persona -a diferencia de lo que sucedía con las otroras pruebas heredobiológicas- por lo que no puede calificarse de traumática*".[38] Para doutrinadora portuguesa Paula Costa e Silva:

> ... qualquer um dos tipos de actos que são necessários à realização dos testes de ADN, incluindo a picada de um dedo para a recolha de sangue, não atinge o núcleo do direito à integridade física; e ainda que se entenda estar perante uma restrição ao mencionado direito, esta é absolutamente proporcionada e adequada, porque implica uma intervenção mínima e visa obter uma decisão judicial sobre filiação que coincida com a realidade, decisão que, em muitos casos, é exigida pelo interesse superior da criança.[39]

Destarte, é descabido admitir a alegação do direito à "intangibilidade" que o demandado sempre alega em seu favor, e a pretensa sacralidade do corpo humano em frente a uma simples picada ou qualquer outra forma de cessão de material genético que levasse a efeito o exame de DNA. Nas palavras do Ministro Francisco Rezek:

> Esse direito à incolumidade do investigado era algo pífio demais se confrontado com o interesse que a ação investigatória traduzia: o de apurar-se, sobre a paternidade, a "verdade material"- essa expressão usada em direito penal, que significa a verdade objetiva, a verdade "verdadeira", não uma verdade presumida, não uma verdade resultante de elaborações mentais.[40]

Há quem sustente a intangibilidade do corpo, afinal, nada mais íntimo e pessoal do que seu próprio corpo. Entretanto, em certos casos tal afirmação deve recuar, de forma a garantir outros direitos, como é o direito à identidade que salvaguarda, em *ultima ratio*, não apenas interesses individuais, mas também interesses públicos e sociais. Afinal de contas, toda criança merece ter um pai.[41]

---

dizer irrisório. Neste sentido, cfr. SCHOLNBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. "Exame de DNA: Faculdade ou Obrigatoriedade? Indício, Presunção ou Prova?", *in Temas Polêmicos de Direito de Família*/org. Cleyson de Moraes Mello; Thela Araújo Esteves Fraga, p. 51.

[37] Do mesmo entendimento comunga Jorge Duarte Pinheiro, quando afirma que, "contudo, com os avanços da ciência, o material recolhido para o exame de ADN não tem de ser necessariamente sangue; pode ser saliva um fio de cabelo, um fragmento de pele ou unha, o que torna menos consistente a tese de que a realização coactiva de exames de ADN é incompatível com o direito fundamental de integridade física da pessoa que a eles se tenha de submeter." PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Vol. I, 3. ed. Lisboa: aafdl, 2007, p. 111-112.

[38] ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". *In Revista Persona*. Nºs 49, 50 e 51, JAN/ FEV/ MAR 2006. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar. Acesso em: 22 de Outubro de 2007.

[39] SILVA, Paula Costa e. *apud* PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Vol. I, 3. ed. Lisboa: aafdl, 2007, p. 114.

[40] REZEK, Francisco. "O direito à identidade", *in A família além dos mitos*/ coord. Maria Berenice Dias e Eliene Ferreira Bastos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 42.

[41] Acerca de tal questão, pode-se afirmar que "o *status* de filho se relaciona fortemente com os direitos da personalidade. Embora não seja mais importante classificar, e sim proteger, pode-se asseverar que os estudiosos do tema se identificam em vários pontos nas respectivas classificações, especialmente, no aspecto que interessa ao *status* de filho, ou seja, todos reconhecem como direito da personalidade o direito à identidade". VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação:* entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 67.

3. A CONCORRÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, A SOLUÇÃO E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Ainda assim, se reconhecido que realmente haveria afronta a normas constitucionais, cabe proceder a uma ponderação dos direitos eventualmente atingidos e que deve ser conduzida à luz do interesse da criança. A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 1989, devidamente ratificada pelo Peru, determina que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais ou autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente, o melhor interesse da criança. Ademais, o diploma interno que cuida das crianças e adolescentes e especificamente prevê o atendimento das normas da Convenção.[42]

Segundo a doutrina, este critério como fator de decisão principal, relativamente à questões envolvendo menores, deve ser de aplicação universal.[43] A ratificação da Convenção dos Direitos da Criança pressupõe a assunção, pelo signatário de um determinado compromisso, o de garantir os direitos referidos no instrumento, podendo serem auto-exequíveis ou, darem ocasião à sua materialização por meio de medidas, e criação de instrumentos.[44]

Com tais premissas cabe questionar se estaria diante de um conflito de direitos fundamentais. Nesta hipótese, qual deveria prevalecer? O direito à liberdade, à intangibilidade física do investigado ou o direito à identidade do filho? O importante é se oferecer a maior efetividade possível, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, ao valor ou bem jurídico protegido pelo direito fundamental em causa. Assim, não existindo colisão alguma entre direitos opostos, deve-se dar a máxima efetividade.

No caso de colisão ou choque de direitos fundamentais, pode-se adentrar em um verdadeiro debate filosófico. Muitas vezes, os direitos fundamentais possuem a forma de princípios[45], caracterizados pela sua vacuidade, representando ordens ou mandados de otimização. A pergunta que surge: o que se deve otimizar? Até onde a maximização do bem protegido pode chegar?[46] Sobre tal questão, afirma J.J. Canotilho que:

> As normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de optimização que devem ser realizadas, na melhor medida do possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fáctica. Não existe, porém um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válidos em termos gerais e abstractos. A

---

[42] Lei n. 23337 *"Código de Los Niños e Adolescentes"*. Art. VII: *En la interpretación y aplicación del presente Código se tendrá en cuenta los principios e las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú. (...)*

[43] Neste sentido, cfr. McGOLDRICK, Dominic. "The United Nations Convention on the Rights of the Child". *In* FREEMAN, Michael David Alan. *Children's Rights*, vol. I. Hants: Ashgate Publishing, 2004, p. 82.

[44] Cfr. SAIAS, Marco Alexandre. "A Convenção sobre os Direitos da Criança". *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. vol. XLIII, n.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 797.

[45] Na diferenciação entre regras e princípios, pode-se afirmar que as regras devem ser aplicadas na forma do tudo ou nada, por serem mais herméticas, fechadas, já os princípios, como já explicitado anteriormente, são mandados de otimização, que devem ser aplicados na maior medida do possível.

[46] Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p.43.

"ponderação" e/ ou harmonização do caso concreto é, apesar de perigosa vizinhança de posições decisionistas, uma necessidade ineliminável.[47]

Na ocorrência de choque, faz-se necessário produzir uma ponderação entre os valores em questão, devendo-se avaliar as razões a favor de um e a favor de outro, com um intuito de encontrar um ponto de equilíbrio entre ambos que resulte mais apropriado para o caso concreto.[48]

Díez-Picaso[49] adverte que em tal caso, existe um risco de se cair no puro subjetivismo, que conduz a decidir de acordo com as preferências pessoais do intérprete. Para afastar tal perigo a técnica de ponderação deve ajustar-se a três exigências. Em primeiro lugar, é sempre necessário levar a cabo uma cuidadosa análise das características do caso concreto, tanto em seus aspectos fáticos como em seus aspectos jurídicos. Em segundo lugar, uma vez verificado que não existe solução possível à margem da colisão, é necessário determinar qual dos valores é mais digno de proteção. Mais uma vez, para se evitar a tentação do subjetivismo, é necessário lembrar que não se trata de decidir qual dos valores em presença é mais digno de proteção em abstrato, mas sim no caso concreto. Em terceiro e último lugar, deve-se recordar que a técnica de ponderação não oferece respostas em termos de "sim" ou "não", mas de "mais" ou "menos".[50]

Não se está falando em hierarquia em abstrato dos direitos fundamentais.[51] Entretanto, no caso de colisão, há que se proceder a uma ponderação e, sendo inviável a harmonização dos direitos em questão, a uma prevalência, de um direito em relação ao outro. Sobre tal questão, assevera Robert Alexy que a solução para a concorrência consiste em se proceder, num primeiro momento a uma ponderação e tentativa de harmonização dos princípios. Tendo o embate não sido solucionado, em um segundo momento deve se estabelecer uma relação condicional de precedência ou primazia entre os princípios, à luz das circunstâncias

---

[47] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1233.

[48] Neste sentido, afirma Rodrigo da Cunha Pereira que, "em um conflito entre princípios, devemos tentar encontrar uma forma de aplicá-los e impor-lhes o menor grau de sacrifício possível. Devemos, portanto, ponderar os princípios em jogo, atribuindo-lhes pesos, de modo a encontrar o conteúdo e o grau de aplicabilidade de cada princípio no caso concreto. Princípios são mandados *prima facie* e não definitivos, ao passo que as regras se aplicam ou não". PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 34.

[49] DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p.47-48.

[50] Sobre tal questão, complementa José Sérgio Cristovám que "na idéia de mandamento de otimização faz-se imprescindível a referência tanto às possibilidades fáticas como às jurídicas, questão que fica mais evidente quando da colisão entre princípios contrapostos, oportunidade em que as possibilidades jurídicas ganham um relevo especial. De fato, no que toca apenas às condições fáticas, os princípios deixam a estrutura de mandamentos de otimização para se constituírem em mandamentos de maximização. Considerados de forma isolada ou indepentemente de suas relações com outros princípios, estas espécies normativas ostentam natureza de mandamentos de maximização. Entretanto, não se pode olvidar que a relação entre os princípios é constitutiva do seu próprio conceito. Não há como pensar a realização de um princípio sem relacioná-lo com o conjunto constituinte do ordenamento jurídico e sem analisá-lo a partir das situações de colisão, o que justifica a manutenção de sua definição como mandamento de otimização". CRISTOVÁM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 232.

[51] Neste sentido, afirma Rodrigo da Cunha Pereira que, "não se proclama, é certo, a hierarquia absoluta entre princípios. Entretanto, não podemos deixar de observar a ascensão da dignidade humana na ordem jurídica". E, no caso em questão, o direito à identidade de uma criança é uma questão de dignidade humana, que deve ser observada com certa prevalência. Cfr. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 35.

do caso concreto. É feita uma metáfora de peso, colocando-se os princípios colidentes em uma balança e avaliando-se a importância de cada valor para o caso em si. Mister salientar que os princípios não possuem relação de total precedência e não são quantificáveis. Destarte, tal avaliação de peso é apenas uma metáfora, uma vez que tal quantificação só pode ser levada a efeito de forma relativa e concreta.[52] [53]

Complementa ainda Canotilho que, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se pode determinar, tendo em vista que apenas nestas condições é legítimo afirmar que um direito possui mais peso do que outro. [54]

Desta maneira, mesmo que se entenda que a lei afronta ao direito de liberdade do pai, ainda assim, o direito do filho deve prevalecer.[55] [56] Entre o direito fundamental de uma criança em choque com o direito fundamental de um adulto, deve-se proceder a uma ponderação, observando-se princípio do superior interesse da criança, que é elemento norteador de toda e qualquer decisão relativa a menores.[57]

Destarte, ante as normas internas[58] e os tratados internacionais, o interesse superior da criança deve ser o fator de primordial consideração, constituindo-se em elemento mediador.[59] Neste caso, não sendo possível a harmonização entre os dois direitos em causa,

---

[52] ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 51-52.

[53] Nenhum dos princípios é considerado nulo ou inválido mas, apenas não aplicável (total ou parcialmente) na situação específica. Destarte, um recua frente ao maior peso e mais-valia do outro princípio, no caso concreto.

[54] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1232.

[55] Corrobora deste entendimento Maria Christina de Almeida, quando afirma que, "no conflito de interesses entre o direito do pai, que não quer se submeter ao exame, protegendo a sua integridade física ao impedir que se extraia uma gota se sangue, a raiz de um fio de cabelo, saliva ou qualquer outro material possível de se extraírem células de DNA, exercitando seu direito de liberdade, e do filho, que busca a revelação da ascendência genética para a aquisição de um direito imanente à sua condição de pessoa – o *status* de filho -, entende esse estudo que deva prevalecer o direito do filho, assim atribuindo à descoberta da origem biológica uma relevância maior do que ao atentado à integridade física evitado pelo suposto pai, estabelecendo-se uma hierarquia entre os valores em jogo, de forma a proteger aquelas partes que, por certo, não pode ser responsabilizada pelo seu nascimento". ALMEIDA, Maria Christina. *DNA e o estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 137-138.

[56] No entendimento de José Sérgio Cristovám, "a existência de princípios absolutos, capazes de preceder sobre os demais em quaisquer condições de colisão, não se mostra consoante com o próprio conceito de princípios jurídicos. Não se pode negar, por outro lado, a existência de mandamentos de otimização relativamente fortes capazes de preceder aos demais em praticamente todas as situações de colisão". Um dos casos, seria o princípio da dignidade da pessoa humana. No caso em tela, o direito à identidade está intrinsecamente conectado à dignidade humana. Neste sentido, cfr. CRISTOVÁM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 235.

[57] Neste sentido, afirma Rose Meirelles que, o princípio do melhor interesse da criança possui caráter é subsidiário, devendo ocupar o centro das decisões relacionadas ao infante. Cfr. MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. "O Princípio do Melhor Interesse da Criança". *In Princípios do Direito Civil Contemporâneo*/ coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 480.

[58] *Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar. Art. IX. Interés superior del niño e del adolescente – En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.*

[59] Neste sentido, cfr. ALSTON, Philip. "The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights". *In* FREEMAN, Michael David Alan. *Children's Rights*, vol. I. Hants: Ashgate Publishing, 2004, p. 198.

deve-se proceder à indicação da prevalência de um direito sobre o outro, ou seja, a preponderância do direito do filho sobre o direito do pai.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem afirma Enrique Varsi Rospigliosi com o advento da referida normativa estar-se-á diante de um novo estatuto filiativo em matéria de paternidade extramatrimonial sustentado no direito à identidade, no interesse superior da criança e em uma sociedade com valores claros, que se originam onde se inicia toda relação humana, no âmago da família.[60]

Na doutrina brasileira, já existem posições ousadas, no sentido de fazer a análise da recusa à perícia médica em ações de filiação, à luz das balizas constitucionais. Deste modo, com sustentáculo nos vetores da Lei Maior, procurando consagrar a dignidade humana, entende-se que o direito natural, constitucionalmente garantido, indisponível e absoluto à perfilhação ultrapassa o direito à intimidade, fazendo emanar uma indispensabilidade do exame de DNA, em virtude da sua precisão. Destarte, afirma-se em sede doutrinária a obrigatoriedade da produção de tal exame genético e, "em caso de recusa, ser imperativa a condução coercitiva do investigado, visando garantir a dignidade humana do investigante."[61]

Obviamente, não se pode olvidar que, no caso de existência de um pai afetivo, o conhecimento da origem biológica possui apenas o escopo de conhecimento da ascendência do indivíduo e do afastamento de problemas de saúde, originários da consanguinidade. O afeto, indubitavelmente se sobrepõe ao biologismo.

Destarte, pode-se concluir que, com sensibilidade e sabedoria, afastando-se da coerção ou de qualquer medida mais drástica, o Perú inseriu no seu sistema jurídico uma lei que resgata o direito à identidade constitucionalmente garantida atentando ao princípio do melhor interesse da criança, devendo servir de exemplo para outros Estados, cujos ordenamentos ainda estão aquém do desejável nesta matéria.

Como tudo o que é bom merece servir de exemplo, com certeza o modelo trazido pela lei peruana é um belo modelo para se atender ao interesse maior das crianças que merecem uma tutela diferenciada e uma especial proteção em época em que tanto se fala em paternidade responsável. Em face do reconhecimento do direito à identidade como direito fundamental, é indispensável que a lei assegure mecanismos mais ágeis para garantir o direito à dignidade dos cidadãos de amanhã.

Daí a seguinte proposição de projeto de lei, para o Brasil, inspirado na lei peruana, com a respectiva justificativa

5. PROJETO DE LEI

Regula a paternidade e dá outras providências.

---

[60] ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". *In Revista Persona.* Nºs 49, 50 e 51, JAN/ FEV/ MAR 2006. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar. Acesso em: 22 de Outubro de 2007.

[61] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 186.

Art. 1° Comparecendo a genitora para proceder ao registro do nascimento do filho, o oficial deve questioná-la sobre a paternidade.
§ 1° Caso a mãe não queira indicar quem é o genitor, o oficial procederá ao registro somente com o nome da genitora.
§ 2° Indicando a mãe quem é o genitor, o oficial comunicará ao juiz o nome, profissão, identidade e residência do suposto pai.

Art. 2° O juiz, mandará notificar o suposto pai, para que no prazo de 10 dias se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.
§ 1° Confirmada expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial, para proceder ao registro do nascimento.
§ 2° Não se manifestando o suposto pai ou negada a paternidade, o juiz designará data para o exame do DNA.

Art. 3° O custo do exame será atendido pela demandante, no momento da coleta do material genético para realização do exame.
Parágrafo único Não dispondo ela de condições econômicas para atender ao pagamento, cabe à justiça suportar o encargo.

Art. 4° Se o demandado, injustificadamente, não comparecer ao exame, no dia e hora designado, o juiz declara a paternidade, remetendo certidão ao oficial do registro.

Art. 5° No ato do reconhecimento, o juiz fixa alimentos provisórios, assim como o direito-dever de convivência, levando em conta o melhor interesse da criança.

Art. 6° Em caso de resultado positivo do exame de DNA, será imputado ao genitor o pagamento do exame.

Art. 7° Contestada a paternidade e justificado o não comparecimento ao exame, cabe ao genitor propor ação negatória de paternidade.

Art. 8° Proposta a negatória de paternidade, o juiz designará o exame do DNA.
§ 1° O custo do exame será atendido pela demandante, no momento da coleta do material genético para realização do exame.
§ 2° Não dispondo ele de condições econômicas para atender ao pagamento, cabe à justiça suportar o encargo.

Art. 9° Modifica-se ou derroga-se toda disposição que se oponha ao disposto na presente lei.

Art. 10 Os processos em trâmite se adequarão ao disposto na presente lei.

Art. 11 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

6. JUSTIFICATIVA

É mister relembrar o incontável número de pais, em território brasileiro, que se recusam a reconhecer seus filhos, que restam sob responsabilidade da mãe, enquanto a morosa e dispendiosa ação de investigação de paternidade tramita na Justiça.

Com o intuito de estabelecer um meio mais acessível para a fixação judicial de paternidade, se apresenta o projeto de lei em questão, cujo processo é marcado pela celeridade e simplicidade, fugindo dos expedientes procrastinatórios que permeiam as ações investigatórias de paternidade, acabando, assim, por restringir atos processuais meramente dilatórios. Com isso se põe termo também à negativa do pai de para submeter-se ao exame do DNA, dando-se prioridade ao direito da criança, já que, enquanto a

paternidade não é reconhecida, nenhuma responsabilidade é imputada ao pai, como a obrigação de alimentos e o direito-dever de convivência.

Poder-se-ia trazer à baila uma eventual inconstitucionalidade relativamente aos direitos do demandado, por suposta afronta ao devido processo legal e ao direito à liberdade, e até mesmo à incolumidade física. Entretanto, de tal mácula não se ressente a lei proposta, uma vez que ao demandado é garantido o direito de oposição. Apenas se coloca como uma condição para o acolhimento da oposição, a submissão ao exame de DNA.

Em momento algum se está a ferir o direito à liberdade, tendo em vista que o investigado pode se recusar em submeter-se ao exame. De outro lado, não há como apontar ataque ao direito à incolumidade física, constitucionalmente garantido, até porque, em nenhum momento, está prevista a possibilidade de o investigado ser conduzido coercitivamente para levar a efeito o referido exame.

Ainda assim, mesmo que se verificasse eventual afronta ao direito à liberdade ou à incolumidade física do pai, deve-se atentar que está em jogo o direito ao nome, à identidade do filho, que está ao abrigo do princípio da proteção integral. Destarte, em se tratando de uma suposta colisão de direitos fundamentais, há que se proceder a uma ponderação dos valores eventualmente atingidos, conduzida à luz do superior interesse da criança, que está consagrado em diversos instrumentos internacionais como a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 1989, assim como na normativa interna brasileira (ECA) e de diversos outros Estados.

O presente projeto se inspira na lei peruana n. 28457/ 2005, que já teve sua constitucionalidade declarada pela Suprema Corte daquele país, sob o fundamento de que se está assegurando o direito à identidade, no interesse superior da criança e em uma sociedade com valores claros, norteados pelo princípio de respeito à dignidade da pessoa humana.