

**UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ**



**MAURO NICOLAU JÚNIOR**

**PATERNIDADE E COISA JULGADA:**  
LIMITES E POSSIBILIDADES À LUZ DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

**RIO DE JANEIRO**

**2004**

# 1 INTRODUÇÃO

*Consciência do direito, convicção jurídica são abstração da ciência que o povo não compreende; a força do direito reside no sentimento, exatamente como a do amor; a razão e a inteligência não podem substituir o sentimento quando este falta.*

Rudolf Von Ihering

## 1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste estudo, pretende-se, em termos abrangentes, questionar a aptidão dos conceitos de institutos jurídicos, como filiação, família, paternidade e efetividade da definitividade imutável da coisa julgada, quando confrontada com outros valores, notadamente aqueles ligados ao sentimento e ao afeto, valores imateriais não consagrados e tutelados pela ordem legal vigente, ao menos de forma expressa.

Sem descurar ou desconsiderar os avanços já experimentados na área do Direito de Família a partir da Constituição Federal de 1988, mas já demonstrando sinais de reação a partir da metade do século XX, a travessia para o novo milênio traz consigo valores diferentes e uma conquista impossível de continuar se ignorando:

[A] família não é mais essencialmente um núcleo econômico e de reprodução, onde sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina. Passou a ser – muito mais que isto – o espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor e, acima de tudo, o núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito. (DIAS e PEREIRA, 2001, p. VIII)

Isso já pregava Rudolf Von Ihering no longínquo ano de 1888. No prefácio da primeira edição de seu livro *A luta pelo Direito*, ele afirmou:

Consciência do direito, convicção jurídica são abstração da ciência que o povo não compreende; a força do direito reside no sentimento, exatamente como a do amor; a razão e a inteligência não podem substituir o sentimento quando este falta. (1987, p. 38)

Esse mesmo amor – que atravessa os tempos, penetra a história, altera os destinos e determina os rumos de pessoas, povos, civilizações e impérios – veio a ser cantado na poesia refinada de Renato Russo: “ainda que eu falasse a língua dos anjos, sem amor, eu nada seria”.

Há, reconhece-se, uma imortalização na idéia de família (ver HIRONAKA, 2000). Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade:

a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família, este *locus* que se renova sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social. (TEPEDINO, 1999, p. 326)

Na idéia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros e a todos, a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar seus sentimentos, esperanças e valores, permitindo que cada um se sinta a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. Isso, com toda a certeza, não se funda em lei, vínculo sangüíneo ou força impositiva de decisão judicial.

Exatamente em função dessa importância, dessa relevância da família remodelada, reconfigurada, repersonalizada e humanizada, não pode o Poder Judiciário afastar os olhos e deixar de considerá-la como fator preponderante na construção e na formação da personalidade do homem. Entretanto, essa oportunidade de intervenção judicial só existirá caso se concretize omissão do pai

(ou dos pais) em proceder ao reconhecimento voluntário dos filhos, no nascimento ou num momento posterior, e, principalmente, manter com eles convivência e relacionamento que possa, de fato, considerá-los como pais e filhos.

São cada vez mais patentes a importância e a relevância, para os filhos, do conhecimento da identidade de seus pais. Ainda mais fundamental é a convivência entre pai e filho, que propicia a formação de uma personalidade reta e íntegra.

É desejável que os pais reconheçam seus filhos logo após o nascimento, o que há de ser feito quando do assentamento no registro civil,<sup>1</sup> não sendo necessária qualquer declaração do homem, se for casado com a mãe, por força da aplicação da “presunção” de que é pai aquele que é casado com a mãe.<sup>2</sup> Aliás, o ideal é que essa relação se inicie muito antes do nascimento, já mesmo durante a gestação.

Para os que não foram reconhecidos quando do nascimento, há instrumentos legais e processuais a fim de que seja investigada a paternidade, até com a realização de exame de DNA, a cada dia mais facilitado. Esse direito é imprescritível.<sup>3</sup> O conhecimento da paternidade é relevante não só para o filho, mas também para o pai, ao qual eventualmente possa ter sido imputada, de forma equívoca, a paternidade de criança. O nome, a identidade, os traços fisionômicos, o caráter e as características transmitidas biologicamente são fundamentais para o exercício pleno da dignidade humana.

Esse é o tema norteador do presente estudo. Sem descurar das realidades sociais atualmente vivenciadas – como família monoparental; relações homoeróticas; união estável; participação crescente da mulher na sociedade laboral,

---

<sup>1</sup> Artigo 50 da Lei 6.015/73.

<sup>2</sup> Artigo 1.598 do novo Código Civil.

na qual divide com os homens espaços antes exclusivamente masculinos, notadamente após separações antes inimagináveis pela total dependência da mulher casada ao marido (ver *O GLOBO*, 2004 b); a clonagem; a inseminação artificial; e a utilização de células-tronco e embriões (SEGATTO e TERMERO, 2004) –, neste estudo tenta-se identificar traços que possam caracterizar a família do futuro, partindo do princípio que só haverá família, se ela for fundada em bases sólidas de afetividade e amor.

Essa realidade, no entanto, encontra obstáculos na legislação, que, a despeito de modernizada e oxigenada pela CRFB de 1988 e pelo novo Código Civil, ainda não se mostra suficiente para dar conta da flexibilidade desses relacionamentos. A título ilustrativo, pode-se citar, por exemplo, a ausência de regulamentação dos direitos, deveres e conseqüências da relação homoafetiva, não só no que diz respeito ao patrimônio amealhado durante a constância desse vínculo, mas também à possibilidade de adoção, fixação de alimentos e tudo o mais que deve ser objeto de deliberação por ocasião da separação de um casal “casado”. Julgamentos, não raramente, são fundamentados na vedação ao enriquecimento sem causa, que tem sua eficácia não na falta de causa, “senão na presença de um prejuízo que vai contra os parâmetros da justiça e da moral e que lesiona, ademais, os interesses patrimoniais daqueles que, sozinhos, ou com outros, laboraram durante muitos anos para forjar um patrimônio” (GROSS, 1988, p. 74). A esse respeito, parece que o ideal seria a tutela da família, não em função do patrimônio eventualmente amealhado, o qual pode inexistir, mas pelo simples fato de haverem, um dia, deliberado que se manteriam juntos, sem qualquer outro anseio que não

---

<sup>3</sup> Artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

fosse viver em paz e buscar a felicidade. Segundo informa Rolf Madaleno, esse ideal traz:

[...] dois pesos e duas medidas, e, na origem do enriquecimento sem causa, está a noção fundamental, imposta pelo princípio moral, de que ninguém pode se locupletar à custa alheia, ressalvando, por isto, aparentes obrigações estruturadas em lei, mas que em certos casos, ou por certas razões, tisnam a moral e o próprio direito. (1999 a, p. 93)

Enfim, é essa a situação de crise com que se deparam os aplicadores e intérpretes do Direito. Eles se defrontam com as questões atinentes à paternidade e à filiação e com as conseqüências que essas questões acarretam aos cidadãos, notadamente diante das lacunas na doutrina sobre o tema. Só agora o tema começa a ser objeto de um estudo mais dedicado por parte da comunidade científica, que inicia um caminho de resgate dos séculos em que o Direito de Família se manteve praticamente hibernado.

A superação desse obstáculo, resultante da inércia do legislador, será feita pela utilização da técnica de prevalência absoluta dos princípios, notadamente os inerentes aos direitos fundamentais, aplicados e interpretados de forma ativa e preponderante. Desse modo, será abordado o Direito Civil não mais como disciplina isolada, mas sim como parte de um sistema que tem, em seu ápice, a Constituição Federal e, como elemento primordial, a pessoa humana.

## 1.2 OBJETIVOS

Considerando-se a problemática exposta em largos traços nas considerações iniciais, nesta pesquisa investigaram-se os diversos aspectos da paternidade, com vistas a estabelecer as conseqüências mais importantes das recentes alterações do instituto da filiação em função do advento da Constituição

Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e da prova científica denominada exame de DNA.

Quando se caracterizar colisão entre o “valor” filiação e outro valor também substancial – que é a definitividade dos efeitos da coisa julgada, que representa uma das faces da segurança jurídica que se anseia no relacionamento entre as pessoas –, há que se ter em mira o valor maior que é a família, suas relações e componentes. Entre eles, chama-se a atenção para um que vem se mostrando preponderante para sua manutenção, mas que o direito insiste em ignorar: a afetividade.

Será abordada igualmente, ainda que de forma superficial, a intervenção da ciência médica na formação e mutação do ser humano, notadamente sob o aspecto ético e a eventual legitimidade da intervenção judicial nessa relação com os instrumentos de que dispõe. Todos esses aspectos legais e jurídicos sofreram a incidência de uma interpretação humanista, voltada à consecução dos objetivos comuns de pessoas que estejam e se mantenham juntas voluntariamente, uma hermenêutica atualizada e atualizável, flexível, progressista e permeável, de forma a acompanhar a evolução social, umbilicalmente conectada aos direitos humanos e fundamentais, alguns prescritos nas Constituições Federais, outros não, mas determinantes de todas as demais normas. Nessa perspectiva, buscar-se-á analisar a função do Poder Judiciário, a legitimidade de suas decisões como consequência dos valores que não de se sobrepor às regras adjetivas e, em última análise, a concretização da democracia, o controle da constitucionalidade e a socioafetividade alçada ao *status* de novo valor paradigmático, concretizador da liberdade e da dignidade.

### 1.3 JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA DO TEMA

*O valor socioafetivo da família é uma realidade da existência. Ela se qualifica com o transcorrer dos tempos, não é um dado e sim um construído. Os filhos, filhos são, importa menos a origem e sua ascendência.*

Luiz Edson Fachin

A situação de segurança gerada necessariamente pela força e definitividade oriundas da coisa julgada material, como ponto de importância e até mesmo sobrevivência do Poder Judiciário, é colocada em questionamento, quando confrontada com situação de completa ausência de conexão entre o que foi decidido e aquilo que se desvelou posteriormente para ser a realidade existente entre pessoas vinculadas por elos previstos ou não no Direito de Família.

Diante de tal paradoxo – pretensão em transformar fato inexistente e irreal em realidade absoluta, pela aplicação das normas processuais que regulamentam a coisa julgada –, pretende-se buscar solução jurídica, fundamentada basicamente nas normas e nos princípios constitucionais, em prol de privilegiar as relações que realmente importam, ou seja, aquelas marcadas pelo vínculo afetivo, sem descurar da importância dos efeitos da coisa julgada material, apenas que aplicada, como qualquer outro instituto de direito processual, de forma subordinada à Constituição Federal e aos direitos fundamentais do ser humano.

Desse modo, a nova leitura da coisa julgada à luz da Constituição proposta neste estudo revela que, para sua validade, numa situação excepcional em que se entrecrocam a segurança jurídica e valores constitucionalmente consagrados, como a moralidade administrativa, o acesso à ordem jurídica justa ou o zelo pelos direitos fundamentais do homem, devem estes prevalecer, sob pena de

a decisão judicial mostrar-se ilegítima e contrária ao fim precípua de todo sistema processual que é atingir a justiça e o objetivo maior do sistema democrático constitucional. Como afirmou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, “na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas, em detrimento da verdade real”.<sup>4</sup>

De forma contundente, a Constituição Federal outorga especial proteção à família (art. 226) e proclama como dever do Estado a garantia à criança da convivência familiar (art. 227). De outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) decanta que o direito personalíssimo de reconhecimento do estado de filiação é indisponível e imprescritível (art. 27) e que as normas e tratados internacionais são pródigos na disseminação de regras protetivas de crianças e adolescentes.

Nesse caso, a lei processual não pode tirar o direito de alguém saber se determinada pessoa é, de fato, sua ancestral, ou, no caso de pai para filho, de o pai saber se aquela pessoa é realmente seu filho. Uma decisão judicial não é capaz de transformar em realidade uma relação paternal inexistente. Essa distorção pode estar acontecendo com o Direito Processual, nas circunstâncias em que se busca fazer a justiça, ignorando a realidade concreta das coisas, em favor do formalismo para dar garantia de uma aparente justiça. Nessa perspectiva, parece ser mais importante saber como se chega à justiça, do que dizer concretamente o que as coisas são na realidade dos fatos. Em outras palavras, o caminho e o método utilizados, juntamente com os argumentos e as justificativas, legitimam a decisão e a tornam passível de aceitação, e não de imposição violenta.

---

<sup>4</sup> STJ – REsp 4.987 – RJ – Reg. nº 90.0008966-2 – Ac. por maioria da 4ª Turma J. 4/6/1991 – DJU I, em 28/10/1991 – p. 15.259.

Assim, a questão da legitimidade se apresenta com força total. Miguel Reale (2002, p. 105) explica que a validade jurídica compreende os problemas da vigência, eficácia e fundamento (ou validade ética), que é entendido como a adequação do direito a valores e idéias aceitos pela comunidade. Jürgen Habermas analisa a questão da legitimidade fazendo derivar “a crença na legalidade a partir de uma crença na legitimidade que possa ser justificada” (1983, p. 223-224), de tal forma que a legitimidade forneceria à legalidade e à racionalidade procedimental teor moral, permitindo o entrelaçamento da moral com o direito. Há uma distinção entre *legitimidade* e *legitimação*. Em síntese, a legitimidade se apóia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, ao passo que a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e dos seus princípios fundamentais.

A liberdade, a justiça, a segurança e a igualdade passam, assim, a exercer forte função legitimadora das decisões (legais, judiciais ou administrativas). A liberdade não se confunde com a mera legalidade, rendendo ensejo ao diálogo com a justiça e a segurança. A justiça perde o conteúdo que se acreditava ter por intermédio de regras de ouro e passa a ser procedimental, aberta a regras que fundamentam a democracia. A segurança jurídica compreende também a segurança social, que, por meio de princípios como os da dignidade humana e da cidadania, conquistou seu lugar na Constituição Federal. No entanto, não se pode olvidar que, numa sociedade de homens livres, a justiça tem de estar acima da segurança, porque, sem justiça, não há liberdade.<sup>5</sup> A igualdade passa, então, a exercer o papel de harmonização, juntamente com os da ponderação, razoabilidade e transparência, os quais são princípios de legitimação que possibilitam o equilíbrio

---

<sup>5</sup> STJ, 4ª Turma, Resp. 226.436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u. j. 28/6/2001 (*Revista do Superior Tribunal de Justiça*, p. 403, 2002).

entre todos os princípios constitucionais. Robert Alexy afirma que a legitimação da decisão judicial só pode derivar da “argumentação jurídica racional, que a idéia de racionalidade discursiva” (1999, p. 66), ela apenas se realiza em um Estado democrático constitucional, o qual, sem discurso, é impossível existir. Assim, o Poder Judiciário deverá também se mover segundo tais princípios legitimadores de suas decisões, abandonando o sistema hierarquizado de valores e adotando a ponderação e a proporcionalidade, segundo a igualdade formal entre os ditos valores, que devem ser subordinados aos princípios. Sobre os princípios, reformulando velhas posições positivistas, Gustav Radbruch, na sua obra *Cinco minutos de filosofia do Direito*, afirmou: “Há, por isso, princípios fundamentais do direito que são mais fortes que cada regra jurídica, de tal forma que uma lei que lhe contravenha perde a sua validade” (1979, p. 189).

Tais interesses, individuais e sistêmicos, por evidente, se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, que não tem assento constitucional,<sup>6</sup> a não ser para protegê-la das leis posteriores. Não se pode impedir o livre acesso à “Ordem Jurídica Justa”, como está na Constituição Federal, artigo 5º, XXXV,<sup>7</sup> para o reconhecimento ou negação da filiação, ainda que tenha havido anteriormente pronunciamento judicial. Nesse sentido, posicionou-se, com a coragem que lhe é peculiar, Maria Berenice Dias, ao analisar a possibilidade de investigação da

---

<sup>6</sup> Não se deve, portanto, superestimar a proteção constitucional à coisa julgada, tendo-se sempre presente que o texto protege a situação concreta da decisão transitada em julgado contra a possibilidade de incidência de nova lei. Não se trata de proteção ao instituto da coisa julgada (em tese) de modo a torná-lo inatingível, mas de resguardo de situações em que se operou a coisa julgada, da aplicabilidade de lei superveniente (ver WAMBIER e MEDINA, 2003. p. 171).

<sup>7</sup> Para Watanabe (1988, p. 128), a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de tudo, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma, como também um método de pensamento, como, com acerto, acentua Mauro Cappelletti.

paternidade ante a existência de sentença anterior que já a tivesse afastado. Ela argumenta que

o que descabe é, face à ausência de probação decorrente quer da omissão do demandado, quer do fato de as partes militarem sob o pálio da assistência judiciária gratuita –, gerar definitivamente a impossibilidade de se buscar a identificação de seu vínculo familiar [...] não se pode deixar de invocar como precedentes a autorizarem o afastamento dos efeitos da coisa julgada quando a ação diz com o estado da pessoa. (2002, p. 21)

Esboçando início de uma reação por parte do Poder Judiciário,<sup>8</sup> ainda que incipiente, há decisão no sentido de que:

I – Na fase atual da evolução do Direito de Família é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.  
 II – Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.  
 III – O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana.

Assim, estabelecem-se como marcos primordiais a Constituição Federal e os princípios explícitos e implícitos nela inseridos, para abrigar-se a possibilidade de concretizar o ideário, lá registrado de forma indelével, de prevalência total e absoluta dos direitos fundamentais da pessoa, a despeito de, em muitas oportunidades, tal mister figurar como verdadeira utopia. Porém, já se corre o risco de o homem se livrar de lhe ser impingida uma situação, quer de ser filho de alguém, quer de ser pai, fundamentada singelamente numa presunção, por ter sido a criança gerada durante o matrimônio ou logo após seu rompimento, para outra situação, talvez ainda pior, posto que construída e alicerçada sobre a prova técnico-científica do exame de DNA, que, a despeito de se constituir em notável avanço na busca do estabelecimento de vínculos sangüíneos e biológicos, não pode ser considerada como única, ou mesmo como principal demonstração probatória de

paternidade, notadamente, quando se tiver em mira situação em que não tenha desenvolvido qualquer relacionamento afetivo entre filho e pai “carnais”. Nesse momento, a sensibilidade do magistrado há que falar mais alto.

A prova genética do DNA, com seus resultados diretos e categóricos de inclusão ou exclusão da paternidade, passou a ter valor superior e incontestável e tornou, pelo consenso de muitos, praticamente inútil e obsoleta qualquer outra pesquisa probatória processual. Os julgadores tomam o cuidado de não avançar na instrução da demanda investigativa, sem antes ordenar a realização da indispensável pesquisa da verdade biológica, a qual eles entendem que só poder ser revelada pelo exame de DNA.

Chegou-se ao extremo do minimalismo dos clássicos meios processuais de prova, o que pode ser facilmente deduzido das decisões jurisprudenciais que sacralizam a perícia genética como a prova suprema. Escreve Maria Celina Bodin de Moraes que “a certeza científica, oferecida pelo exame de DNA, para determinação da paternidade encontra hoje um único obstáculo: a recusa do suposto pai em entregar o material necessário ao teste” (1997 a, p. 184).<sup>9</sup>

“O piloto da verdade a ser buscada”, ressaltou Luiz Edson Fachin em 1996, “passa a ser o exame conduzido pelo médico-perito” (1996, p. 76). Por sua vez, Belmiro Pedro Welter arrematou<sup>10</sup> que “somente a perícia do DNA poderá expungir eventual dúvida colhida com a prova testemunhal e de outros exames genéticos” (1998, p. 9).

---

<sup>8</sup> STJ – REsp 4.987 – RJ – Reg. nº 90.0008966-2 – Ac. Por maioria da 4ª Turma. Relator Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, J. 04/6/1991 – DJU I, em 28/10/1991, p. 15.259.

<sup>9</sup> É importante ressaltar que o texto citado foi escrito há sete anos e, de lá para cá, muito se evoluiu no assunto.

<sup>10</sup> Segundo Welter, o Poder Judiciário deve determinar a formatação do exame de DNA, porque “não estará examinando, como MP, a viabilidade da ação investigatória, e sim dizendo se o autor tem, ou não, o direito natural à personalidade” (1998, p. 11).

Esses posicionamentos foram alterados e evoluíram, e os próprios autores citados nos parágrafos anteriores são fundamentais para tal progresso, pois o que se busca é muito mais do que a certeza quanto ao fato de quem tenha sido o homem que copulou com a mãe e gerou o filho. Busca-se, sim, um pai, na verdadeira acepção da palavra, com todos os predicados necessários, para iluminar a vida de seu filho e pavimentar seu caminho em busca da plena realização e formação. Nesse entendimento, avultou-se a reação à chamada sacralização do exame de DNA. Segundo Rolf Madaleno, “aceitar prova taxada é impregnar o juiz do mais amplo arbítrio, pois fica comprometido o seu livre convencimento, na medida em que deve dar maior valor e avaliar com diferentes pesos a prova judicial, segundo sua pré-classificação processual” (2000, p. 161). Madaleno ainda informando que “Guilherme de Souza Nucci [em *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*] diz representar um real retrocesso retornar ao defasado e inoperante mecanismo de avaliação da prova, que poda o juiz no raciocínio de seu livre convencimento e faz com que a sua imparcialidade fique corroída por força e obra da própria lei”.

Para a análise parcimoniosa e equidistante não só das provas produzidas, mas também dos respectivos valores, faz-se necessário avaliar a força dos princípios inseridos no texto constitucional, que vem se revelando cada vez mais patente, concreto e exigível. De um lado, exprime o projeto maior da nação; de outro lado, nele está inscrito o que o país pretende ser. No texto constitucional, há o ideário de uma sociedade: seus valores, suas tradições e, em teor considerável, seus sonhos. Assim foi e assim será com todas as Constituições. Luís Roberto Barroso afirma:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles

espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. (2001 a, p. 47)

Entretanto, as Constituições determinam uma espécie de ruptura no imaginário coletivo. Elas assinalam a esperança no porvir e a possibilidade de sepultamento de um passado que incomoda, algema e angustia. Ao mesmo tempo, dão origem a um futuro radiante e promissor e incumbe a todos que atuam em consonância com as diretrizes constitucionais, notadamente as destinadas à concretização dos direitos humanos, a tarefa de fazê-las presentes e atuantes, a despeito do reconhecimento de que, em países de modernidade tardia, como o Brasil, há necessidade de uma Teoria da Constituição Dirigente, que, nas palavras de Gomes Canotilho, “estará morta [...] se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário, capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias” (2000, p. 217, 225).

Essa abordagem, segundo Lênio Luiz Streck,

pode também ser entendida como uma Teoria da Constituinte Adequada a Países Periféricos, devendo tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. (2003 a, p. 23)

Essa teoria revela, assim, a função essencial a ser desempenhada pelo Estado, na garantia do núcleo de modernidade tardia não cumprida e prevista no artigo 3º da Constituição Federal. E Streck conclui: “Sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição” (2003 a, p. 27). No conceito de Estado, compreendem-se também o Poder Judiciário e toda a gama de pessoas responsáveis pela interpretação e aplicação das normas, fazendo da experiência e do tempo aliados indispensáveis.

O tempo é implacável e se faz presente, mesmo em modelos até então aceitos como paradigmas imutáveis. No entanto, os paradigmas concernentes aos laços familiares já não respondem aos questionamentos que se vão delineando e que impulsionam a busca de recriar (ou refigurar) a realidade. Às vezes, a insatisfação com o que é velho é produtiva e marca o efetivo encontro de soluções criadoras, como ocorreu, por exemplo, com a bossa nova e outros estilos musicais.

Luiz Edson Fachin observou que

o valor socioafetivo da família é uma realidade da existência. Ela se “bonifica” com o transcorrer do tempo. Não é um dado e sim um construído. Se o vínculo genético é um dado, a posse do estado é um construído. Viver juntos, sem liame jurídico prévio, o que mantém esta condição é ser possuidor de um estado. Os filhos, filhos são; importa menos a origem ou sua ascendência. (1999, p. 309)

A escolha do tema da presente investigação justifica-se, pois, pelas profundas alterações já referenciadas, provenientes, em primeiro lugar, da mudança provocada pela Constituição Federal de 1988. No novo texto constitucional, alterou-se a própria essência da filiação e da família tal como se conhecia e estudava, com severas distinções entre os filhos, dependendo de sua origem (matrimonial ou extramatrimonial), bem como com importantes limitações ao direito de vindicar e, como conseqüência, de se conhecer a paternidade. Em segundo lugar, decorre das transformações legislativas que surgiram após 1988, bastante inspiradas pela nova roupagem que ganhou o instituto jurídico da filiação, privilegiando-se a busca da verdade dita real, em detrimento daquela presumida, em respeito ao princípio e direito maior da personalidade e da dignidade do ser humano e à necessidade, cada vez mais premente, de as pessoas se “aninharem” e se protegerem em relações familiares afetivas e solidárias. Tal situação, ao mesmo tempo em que representou um enorme avanço, passou, em seguida, a se mostrar insuficiente para atender às

constantes transformações sociais, notadamente no que se refere aos relacionamentos, familiares, paternos, afetivos e similares.

Importa a reflexão sobre a situação da pessoa em sociedade, como fruto e resultado da convivência familiar, de sua aceitação ou rejeição pelo pai, dos estímulos recebidos com o intuito da formação de sua personalidade e voltando olhar diferenciado sobre esta instituição chamada “família”, que parece vir se moldando e se constituindo fundamentada em parâmetros de amor, afetividade, empatia e afinidade, restando ultrapassadas as normas legais que apenas a admitem se fundamentadas em laços de consangüinidade, adoção ou “união estável”.

O tema será desenvolvido de forma a reforçar os princípios alusivos à efetividade da dignidade da pessoa nas normas positivadas e em princípios constitucionais e a convidar à reflexão para a necessidade de aprimorar esse sistema, dando-lhe o real significado da própria existência, que é a proteção à pessoa, em seu sentido mais amplo e íntegro.

Mantém-se a preocupação de clarificar o papel do Poder Judiciário como *locus* ideal a pensar e interpretar o direito voltado à compreensão dos relacionamentos entre pessoas que vêm propiciando e experimentando evolução, mas sempre em busca da felicidade. Esse direito há de ser democratizado e oxigenado para aproximá-lo do cidadão.

Eduardo Couture, com base em Emmanuel Kant, informa que a conduta do ser virtuoso (não causar dano e retribuir o que lhe for prestado) é qualificada pela ordem jurídica como mandamento coercitivo. A tutela jurídica consiste, segundo o jurista uruguaio, na “satisfação efetiva dos fins do direito, a realização da paz social mediante a vigência das normas jurídicas” (1974, p. 480).

Em outras palavras, a intenção desta pesquisa é deixar claro que, ao se distanciar dessa realidade, a Justiça estará descumprindo sua função constitucional e, talvez, ensejando pensar em sua desimportância como instrumento eficaz à consecução do objetivo maior a alcançar-se – a paz social. Com esse raciocínio, chega-se à nítida conclusão de que as normas legais existem em função da pessoa, e não vice-versa, não podendo servir o positivismo de motivo para a negação de direitos. Porém, indicar-se-á, também, que há disponíveis sistemas hermenêuticos aptos e eficientes a amparar cientificamente posições e decisões que não mais se contentem com a repetição de velhos paradigmas que já não condizem com a realidade social e que, da mesma forma, dão conta de afastar as críticas daqueles que vêm no sistema composto por princípios, possibilidade exacerbada de subjetivismo do julgador.

Ainda que de forma incipiente, pretende-se seguir a sugestão de Luís Roberto Barroso (2000), para quem:

A linguagem do Direito há de conformar-se aos rigores da técnica jurídica. Mas, sem desprezo à clareza, à transparência, à elegância e ao ritmo melódico da poesia. As palavras, para o Professor, para o Advogado, para os operadores do Direito, em geral, são feitas para persuadir, demover, incentivar. Não basta sintaxe. Não basta ortografia. Não basta semântica. É preciso paixão.

O tema será desenvolvido de forma a se dar conta dos objetivos estabelecidos, o que será feito pelo método desconstrutivista, sem, contudo, esquecer que, para o aprimoramento do sistema judicial de forma a torná-lo verdadeiramente a caixa de ressonância dos anseios democráticos da sociedade, “há muita coisa para ser desfeita, muita para ser refeita e muita para ser feita”, como

observou, a respeito do sistema de educação superior, a professora e filósofa Marilena Chauí (2004 a).<sup>11</sup>

Procurar-se-á demonstrar que, pelo debate acadêmico despido de vaidades e conservadorismos exacerbados, pela dialética, pelo pensamento voltado à junção de esforços oriundos das diversas áreas do conhecimento e pela ciência, é possível buscar a melhor forma de tratar as relações familiares e paternas, por vezes, tão íntimas e prazerosas e, por outras, portadoras de tantos dissabores, dores, frustrações e sentimentos de rejeição, na certeza de que, como já dito, apenas o afeto justifica sua permanência e constância.

Esse é, enfim, o valor maior que se procurará demonstrar durante toda a explanação, verdadeiro fio condutor que se pretende utilizar para manter a conexão, a lógica e a coerência dos vários temas abordados em busca de uma sociedade mais fraterna, de uma justiça mais ligada e preocupada com os reais valores que distinguem o ser humano dos animais possibilitando a formação de espaços para o cultivo de relacionamentos que primem pela dedicação, pelo carinho, amor e benquerer recíprocos.

---

<sup>11</sup> Trecho do discurso de sua posse na Câmara de Ensino Superior do Conselho Nacional de Educação (CNE).

## 2 A FAMÍLIA: EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS

### 2.1 ORIGEM E TIPOLOGIA

*Interessa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar melhor a liberdade dos sujeitos, acima de conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de expropriação da cidadania.*

Rodrigo da Cunha Pereira

Podem-se distinguir três grandes períodos na evolução da família. Numa primeira fase, a família dita “tradicional” servia, acima de tudo, para assegurar a transmissão de um patrimônio. Os casamentos eram, então, arranjados entre os pais, sem que se levasse em conta a dimensão afetiva dos futuros esposos, em geral unidos em idade precoce. Por essa ótica, a célula familiar repousava em uma ordem do mundo aparentemente imutável e inteiramente submetida a uma autoridade patriarcal, verdadeira transposição da monarquia de direito divino.

Numa segunda fase, a família dita “moderna” tornou-se o receptáculo de uma lógica afetiva, cujo modelo se impõe entre o fim do século XVIII e meado do século XX. Fundada no amor romântico, a família sanciona a reciprocidade dos sentimentos e os desejos carnis por intermédio do casamento. Mas valoriza também a divisão do trabalho entre os esposos e, ao mesmo tempo, faz do filho um sujeito cuja educação sua nação é encarregada de assegurar. A atribuição da autoridade torna-se, assim, motivo de uma divisão incessante entre o Estado e os pais, de um lado, e entre pais e mães, de outro.

Finalmente, a partir da década de 1960, impôs-se a família “contemporânea” ou “pós-moderna”, que une, ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou de realização sexual. A transmissão da

autoridade vem se tornando, então, cada vez mais problemática, à medida que divórcios, separações e recomposições conjugais aumentam.

Que esta organização familiar seja o sintoma da importância que o século XIX atribuía à vida privada, ou que esta seja imposta como objeto de estudo em função desse movimento, importando em verdadeira reviravolta que se produziu na sociedade ocidental em torno de 1850 na esfera do privado, como sublinha Michel Perrot (1991), surgiu então uma zona obscura e maldita para se tornar o lugar de uma das experiências subjetivas mais importantes de nossa época.

No direito romano, o *pater* é aquele que se designa como pai de uma criança, por adoção, que a conduz pela mão. Como consequência, a filiação biológica (genitor) é totalmente desconsiderada, caso não se siga da designação pelo gesto ou pela palavra. Desse ritual resulta a posição de comando do pai no seio da família, bem como a sucessão dos reis e dos imperadores no governo da cidade. Com isso, a paternidade não tem significado no direito romano.

Toda criança não reconhecida como seu filho por um homem, mesmo no caso de ter nascido de sua esposa legítima e de seus atos, não tem pai. [...] Quanto ao pai, pode, se quiser, legitimar qualquer filho natural: ele pode lhe dar tudo, assim como a qualquer estranho, instituí-lo herdeiro, deserdar seus filhos legítimos em prol dele, pois é o senhor de sua casa. Mas pode igualmente deixá-lo na indigência, ignorá-lo completamente: esta criança não é seu filho, ele nada lhe deve. (Mulliez, 2000, p. 45)

Sem abolir a paternidade adotiva, o cristianismo impôs o primado de uma paternidade biológica, à qual deve obrigatoriamente corresponder uma função simbólica. À imagem de Deus, o pai é visto como a encarnação terrestre de um poder espiritual que transcende a carne. Mas não deixa, por isso, de ser uma realidade corporal submetida às leis da natureza. Como consequência, a paternidade não decorre mais, como no direito romano, da vontade de um homem, mas da vontade de Deus, que criou Adão para gerar uma descendência. Só é

declarado pai aquele que se submete à legitimidade sagrada do casamento, sem o qual nenhuma família se integra.

Na França, logo após a Revolução de 1789, o Estado se tornou o avalista da autoridade paterna. O direito de correção tende, então, a substituir o costume das *lettres de cachet*, que foram suprimidas em março de 1790. No Código Civil de 1804, o direito de correção é atribuído ao pai, que exerce sozinho a autoridade ao longo da duração do casamento. Permitiam as *lettres de cachet* a um pai enviar à prisão o filho recalcitrante, e com isso as famílias podiam facilmente se livrar dos herdeiros rebeldes.

Em 27 de março de 1790, foram abolidas as *lettres de cachet*.<sup>12</sup> Isso contribuiu para o desequilíbrio na estrutura política do Antigo Regime e foi um acontecimento que definiu a problemática da loucura da modernidade. O contexto político ficou sob a responsabilidade da Justiça, procuradores e juízes, de administrações e médicos. O estabelecimento dessas relações definiu o *status* do louco.

A identificação da loucura pelo saber médico não era uma elaboração de um conhecimento rigoroso, específico. A função médica era uma ação política; os registros teóricos e práticos ainda não tinham alcançado um valor epistemológico.

O desaparecimento das *lettres de cachet* foi um meio de desarticular a velha organização hospitalar, que era um local de segregação de indivíduos que representavam ameaça à ordem pública. O povo a odiava e os intelectuais iluministas a criticavam severamente. O descrédito institucional dessa organização

---

<sup>12</sup> “As pessoas detidas por causa de demência ficarão, durante três meses, a contar do dia da publicação do presente decreto, sob os cuidados de nossos procuradores, serão interrogadas pelos juízes nas formas de costume e, em virtude de suas prescrições, visitadas pelos médicos que, sob a supervisão dos diretores de distrito, estabelecerão a verdadeira situação dos doentes, a fim de que, segundo a sentença proferida sobre seus respectivos estados, sejam relaxados ou tratados nos hospitais indicados para esse fim” (CASTEL, 1978, p. 9).

significou um prejuízo político para o domínio do poder soberano monárquico. O cenário político foi favorável à constituição de uma sutil estrutura institucional. O estabelecimento do asilo moderno, como meio terapêutico, é reconquista do poder soberano pela institucionalização da prática médica que regula o regime de internação do alienado.<sup>13</sup>

Posteriormente, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o pai, reinvestido em seu poder, será então um pai justo, submetido à lei e respeitoso dos novos direitos adquiridos.

Nessa perspectiva, o casamento mudou de natureza. Longe de ser um pacto da família indissolúvel e garantido pela presença divina, ele se tornou um contrato livremente consentido entre um homem e uma mulher. Repousando no amor, dura apenas enquanto durar o amor e reconhece também que todo filho – ilegítimo, adulterino ou abandonado – tem direito a uma família, a um pai e a uma mãe.

Em 1821, em *Princípios da filosofia do Direito*, Hegel (2000) forneceu a melhor descrição da nova relação assim instaurada entre o indivíduo, a sociedade e o Estado. A partir dessa época, a família se tornou, ao lado das corporações, uma das estruturas de base da sociedade. Pois, sem ela, com efeito, o Estado só poderia lidar com massas despóticas ou tribais. Avalista da moralidade, ela repousa na instituição do casamento monogâmico, ao unir, por consentimento mútuo, um homem e uma mulher que privilegiam, ambos, a inclinação espiritual sobre a paixão sexual. Pelo trabalho ou pela atividade intelectual, o marido enfrenta o mundo externo, refletindo sobre o mundo ou sobre si mesmo, ao passo que, no seio do lar, sua esposa, agora mãe, goza de uma liberdade autêntica. Foi quando adveio o

---

<sup>13</sup> Definição do louco no fim do século XVIII e início do século XIX.

predomínio do patriarcado. Com sua soberania finalmente assegurada, o patriarcado passou a triunfar sobre os malefícios da ordem materna. O pai encarregou-se de separar o filho da mãe, a fim de assegurar a ele sua independência, tarefa de vital importância, como mencionado no livro *A criança e seu mundo* (1982), obra de Donald W. Winnicott.

Lembrando-se o primado da família edipiana, evocada por Sigmund Freud, com a ligação afetiva entre filho (Édipo) e mãe (Jocasta), o que levou ao parricídio, o complexo de Édipo foi interpretado de três maneiras distintas: pelos conservadores, como tentativa de salvação da família patriarcal; pelos libertários e pelas feministas, como projeto de destruição pansexualista<sup>14</sup> da família e do Estado, uma vez que este se encontrava em vias de substituir, por toda a Europa, a antiga autoridade monárquica; e, enfim, pelos psicanalistas, como modelo psicológico capaz de restaurar uma ordem familiar normatizante na qual as figuras do pai e da mãe seriam determinadas pelo primado da diferença sexual. Segundo a última abordagem interpretativa, cada filho era chamado a se tornar o rival de seu pai, cada filha a ser concorrente de sua mãe, e toda criança, o produto de uma cena primitiva, lembrança fantástica de um coito irrepresentável (EIGUER, 1997).

A psicanálise foi, de certa maneira, o paradigma do advento da família afetiva contemporânea, uma vez que contemplava, ao fazer dessa família uma estrutura psíquica universal, um modo de relação conjugal entre os homens e as mulheres em que não repousava mais uma coerção ligada à vontade dos pais, mas sim uma livre escolha dos filhos. O romance familiar freudiano supunha, com efeito, que o amor e o desejo, o sexo e a paixão estivessem inscritos no cerne da instituição do casamento.

---

<sup>14</sup> Durante a primeira metade do século XX, utilizou-se o termo “pansexualismo” para designar, de maneira pejorativa, a psicanálise, criticada por reduzir o homem à sua genitália.

Com a evolução dos relacionamentos e, notadamente, da conquista feminina de um espaço na sociedade que caracteriza as mulheres como pessoas, independentes dos maridos, sem precisarem de um homem (marido ou pai) para cancelar seus atos, em 1970, na França, foi suprimida a expressão “chefe de família”. No Brasil, isso só ocorreu, de forma significativa, com a Constituição Federal de 1988, com a corroboração e a confirmação da absoluta igualdade entre os cônjuges e também entre os pais, sejam eles casados ou não, e, principalmente, entre homens e mulheres. A Constituição foi seguida pelo Código Civil, que extirpou o termo “pátrio poder” para substituí-lo, no artigo 630, por “poder familiar”, quando prevê que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O poder familiar significa a autoridade dos pais sobre os filhos, como consequência da responsabilidade atribuída àqueles pelos atos destes. Desse poder decorrer a autoridade essencial à formação e à constituição psíquica para que os filhos se tornem sujeitos e, conseqüentemente, “sujeitos de direito e assujeitados à lei jurídica” (PEREIRA, Rodrigo, 2004, p. 1.145).

A noção de poder paterno foi definitivamente eliminada da lei. Doravante, o pai passa a dividir com a mãe o poder e as responsabilidades pelos filhos, e suas antigas prerrogativas, já fortemente abaladas nas décadas recentes, ficaram praticamente reduzidas a nada. A família tornou-se, então, “co-parental”; daí em diante, fala-se em “co-parentalidade”. Enfim, na França, com a legalização do aborto – já aceita em numerosos países da Europa –, as mulheres tiraram da dominação masculina o controle total da procriação. Esse gesto foi realizado antes mesmo de terem conquistado a igualdade dos direitos sociais e políticos. No Brasil, essa legalização ainda não se efetivou.

Passaram-se os anos e as décadas de discussões e divergências sobre a natureza e qualidade de pessoas estranhas inseridas no núcleo familiar pelo instituto da adoção, para, por fim, novamente com a Constituição Federal de 1988, estabelecer-se a absoluta igualdade entre todos os filhos, independentemente de sua origem.

## 2.2. AS TRANSFORMAÇÕES DA FAMÍLIA E A ÉTICA

De que ser humano estaremos falando até o fim do século? Atualmente, vê-se, cada vez mais perto e real, o problema da clonagem do ser humano. O mundo se debate entre as possibilidades científicas potencialmente existentes, a ética na prática de tal conduta e os eventuais resultados, havendo possibilidade também da criação de figuras monstruosas e condutas absolutamente desumanas.

Como exemplo, basta lembrar que, em 2002, um ginecologista italiano, Severino Antinori, ganhou celebridade, ao recorrer a todas essas técnicas para que mulheres na menopausa pudessem ser mães. Ao lado de Claude Vorilhon, guru da seita Raël, Antinori foi o primeiro a preconizar experimentos de clonagem reprodutiva. Em 2002 declarou:

Confirmo que três mulheres encontram-se atualmente grávidas, duas na Rússia e a terceira em outro país, depois da implantação *in utero* de embriões humanos a partir da técnica da transferência nuclear, e que os nascimentos deverão ocorrer em dezembro de 2002 ou em janeiro de 2003. (ROUDINESCO, 2003, p. 174)

Esse fato, a despeito de não ter sido confirmado real e cientificamente, atraiu as atenções e preocupações do mundo todo.

Durante muito tempo, assinalou François Jacob,<sup>15</sup> tentou-se ter prazer, sem filho. Com a fecundação *in vitro*, tiveram-se filhos, sem prazer. Agora, conseguem-se fazer filhos sem prazer, nem espermatozóides. E ele indagou: será que teremos paz no mundo (*apud* ROUDINESCO, 2003, p. 174). Esse comentário ácido ilustra perfeitamente como foi recebida pela opinião pública a grande questão da família do fim do século XX.

No início do século XXI, vivencia-se o dilema da incerteza e da complexidade, similar, talvez, àquele experimentado no período romano, quando se entendia que o homem, pela sua vontade, era o condutor e único propiciador da existência de filhos, para, posteriormente, no período cristão, atribuir isso unicamente a Deus. Convive-se, agora, com a possibilidade de ver a criação de pessoas e filhos depender da vontade já não mais de Deus ou dos pais, mas de terceiros, servindo-se de conhecimentos científicos que, obviamente, não são acessíveis à maioria da população, carreando sérios e fundados temores quanto ao futuro e à própria existência da raça humana como hoje ela é conhecida.

A mesma preocupação é explicitada por Jürgen Habermas, quando indaga:

Devemos considerar a possibilidade, categoricamente nova, de intervir no genoma humano como um aumento de liberdade, que precisa ser normativamente regulamentado, ou como a autopermissão para transformações que dependem de preferências e que não precisam de nenhuma autolimitação? Somente quando essa questão fundamental for resolvida em favor da primeira alternativa é que se poderão discutir os limites de uma eugenia negativa e inequivocamente voltada à eliminação de males. (2004, p. 18)

Na atualidade, discute-se também a respeito da formação de famílias independentes do casamento, que existe no Brasil há muito tempo. Recentemente,

---

<sup>15</sup> Prêmio Nobel de Medicina em 1965, dividido com André Lwoff e Jacques Monod, por pesquisas e

essa formação foi oficializada pela legislação que reconheceu os vínculos do concubinato e da união estável, bem como, a despeito de ainda não ser objeto de regulamentação legislativa, aqueles grupos familiares (e não se poderia deixar de reconhecê-los como tal) formados por pessoas do mesmo sexo, como bem preconiza Rodrigo da Cunha Pereira:

As relações amorosas entre pessoas do mesmo sexo interessam à ciência jurídica, não só porque daí podem decorrer conseqüências patrimoniais e previdenciárias, mas também porque está ligado a isso o pilar que sustenta o Direito: Justiça. Associada à idéia de Justiça está a palavra de ordem da contemporaneidade: cidadania. Esse ideal democrático significa não à exclusão do laço social e aprender a conviver com as diferenças. Diferenças de raça, de classes, de religião, de pensamentos e de preferências sexuais diferentes das tradicionais ditas “normais”. A estigmatização das pessoas que estabelecem relação afetiva com outras do mesmo sexo já ocasionou muita injustiça ao longo da história. Não podemos permitir que o direito continue sustentando essas injustiças e, conseqüentemente, o sofrimento e a marginalização. (2001)

Maria Berenice Dias (2001), quando comenta o fato de que o novo Código Civil não trata da questão da união de pessoas do mesmo sexo, nem no âmbito do Direito de Família, nem no das obrigações, esclarece que Miguel Reale (1998 a), relator do projeto, rebateu as críticas recebidas pela omissão, chamando-as de “apressadas” e “absolutamente sem sentido”. Reale se justifica dizendo que essa matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição criou a união estável entre um homem e uma mulher. Sustenta que, para cunhar-se a união estável dos homossexuais, em primeiro lugar é preciso mudar a Constituição. Não era essa tarefa da comissão de redação final do Código Civil e muito menos do Senado, concluiu Reale.

Em 18 de agosto de 2001, a Câmara dos Deputados aprovou o parecer do relator, deputado Ricardo Fiúza, que, no relatório final, no item “Algumas questões não tratadas”, discorre sobre “A questão da união civil” e justifica a sua

ausência alegando impossibilidade técnica. Diz ele que é notório que as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo provocam conflitos religiosos, diante de usos e costumes longamente sedimentados, muitas vezes apenas para efeitos públicos. Certamente ainda com grande influência da escolástica,<sup>16</sup> é vedado às pessoas que sejam felizes, se o preço dessa felicidade significar o mínimo arranhão aos seus cânones religiosos, usos e costumes longamente sedimentados, muitas vezes apenas para efeitos públicos. É preciso, todavia, que se afastem as posturas ortodoxas e discriminatórias. Também é preciso atentar que, em todo o capítulo do Direito de Família, o novo Código Civil dá especial ênfase às relações afetivas. Nesse caso, dever-se-ia reconhecer que a busca da felicidade entre duas pessoas extrapolou a rigidez e o engessamento do direito positivo, até porque a Constituição Federal veda terminantemente qualquer espécie de preconceito em razão de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV).

Depois de declarar que o Projeto de Lei 1.151, de 1995, de autoria da então deputada Marta Suplicy, no mínimo vem ao encontro de uma realidade fenomenológica que não é despercebida pelos operadores do Direito, afirma Miguel Reale (1998 a) que pelo menos a questão patrimonial entre parceiros civis deveria ter sido disciplinada no Direito das Sucessões.

Conclui Maria Berenice Dias:

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito recíprocos, com o objeto de construir uma família, tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, constitui uma entidade familiar, nada impedindo que seja reconhecido o direito à adoção pelo par. Ante tais

---

<sup>16</sup> A escolástica representa o último período do pensamento cristão, que vai do começo do século IX até o fim do século XVI, isto é, da constituição do sacro romano império bárbaro ao fim da Idade Média, que se assinala geralmente com a descoberta da América (1492). Chama-se escolástica porque era a filosofia ensinada nas escolas da época. Os mestres, por sua vez, eram chamados de escolásticos. As matérias ensinadas nas escolas medievais eram representadas pelas chamadas artes liberais, divididas em trívio (gramática, retórica e dialética) e quadrívio (aritmética, geometria, astronomia e música). A escolástica surge, historicamente, do especial desenvolvimento da dialética.

colocações, em apertada síntese, pode-se dizer: o Direito deve acompanhar o momento social. Assim como a sociedade não é estática, estando em constante transformação, o Direito não pode ficar estático à espera da lei. Se o fato social se antepõe ao jurídico, e a jurisprudência antecede a lei, devem os juízes ter coragem de quebrar preconceitos e não ter medo de fazer justiça. Nada justifica a verdadeira aversão em se fazer analogia com o casamento ou com a união estável, e não aplicar a mesma legislação aos relacionamentos homoafetivos. Conforme bem assevera Rodrigo da Cunha Pereira: *Interessa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar melhor a liberdade dos sujeitos acima de conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de expropriação da cidadania.* (2001, p. 176)

Não se pode desconsiderar que, durante muito tempo, o comportamento homossexual foi considerado doença, perversão, devassidão e desvio de conduta, que conduzia à obscuridade e à clandestinidade, fatores que culminaram com a dizimação de toda uma geração nascida entre 1945 e 1960, pelo advento abrupto e violento da Aids, no exato momento em que essa geração acabava de conquistar sua liberdade.<sup>17</sup>

Surgiu, então, de forma bem mais massificada, sobretudo para os homens, o desejo de gerar e de transmitir uma história. Sob esse aspecto, os homossexuais adaptaram-se à conservadora ideologia familiar de sua época: uma estrutura desconstruída, medicalizada, esfacelada, periciada, entregue ao poder materno. Além disso, essa estrutura já escapara à antiga autoridade patriarcal que se buscava – no entanto, em vão – não revalorizar, mas restabelecer, fazendo com que ela passasse pela quintessência de uma ordem simbólica imutável.

A respeito desse relacionamento homossexual ou homoerótico e do projeto de lei existente no Congresso Nacional, de autoria da então deputada Marta Suplicy, assevera o íncrito magistrado fluminense Antônio Carlos Esteves Torres (2003):

---

<sup>17</sup> Em relação ao período de 1982 a 2002, contabilizaram-se 80 mil mortos na França e 25 milhões no mundo. Ver Pollak (1988) e Pommier (1996).

[...] a matéria é excessivamente complexa para permitir conclusões definitivas e lineares. Por enquanto, não será ousado se trouxermos, a título de subtotal, os seguintes dados: a) enquanto estiver nas entrelinhas da Constituição o conceito ortodoxo de casamento, união entre seres de sexo diferente, o projeto não terá vida. É absolutamente inconstitucional; b) a hipótese, além de ter de suplantar o impeditivo constitucional, em termos biossociológicos, está longe de ser conceituada com clareza indiscutível; c) os temores expostos nas justificativas da proposta bem poderiam ser debelados via de procedimentos já existentes para a preservação dos interesses comuns dos parceiros, testamento, participação nas aquisições, doações, para efeitos patrimoniais, sendo certo que, apenas com a atuação no setor moral, psicológico, social, podem-se obter resultados no setor da aceitação e do respeito, ainda longe, a nosso ver, a possibilidade de, via legislativa somente, produzirem-se efeitos preservadores desses objetivos.

Costuma-se objetar que a relação homoerótica não se constitui em espécie de união estável, pois a regra constitucional e as Leis 8.971/94 e 9.278/96 exigem a diversidade de sexo.

Nesse sentido, argumenta-se que a relação sexual entre duas pessoas capazes do mesmo sexo é um irrelevante jurídico, pois a relação homossexual voluntária, em si, não interessa ao Direito, em linha de princípio, já que a opção e a prática são aspectos do exercício do direito à intimidade, garantia constitucional de todo o indivíduo (art. 5º, X), escolha que não deve gerar qualquer discriminação, em vista do preceito da isonomia.

O amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça. É preciso que se enfrente o problema e se encare uma realidade que bate à porta da hodiernidade. Mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não é possível abdicar de atribuir à união homossexual os efeitos e natureza dela, até porque a Constituição Federal veda, de forma categórica e definitiva, qualquer forma de preconceito,<sup>18</sup> além de Lei 8.081, de 21 de setembro de 1990, ter

---

<sup>18</sup> No artigo 3º da Constituição Federal diz-se: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

estabelecido que quaisquer atos discriminatórios ou de preconceito em relação a raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza, são considerados crime.

Assim, como se pode aceitar o gritante preconceito – ainda estabelecido, exercido e defendido de forma majoritária – contra a preferência sexual, que, muitas vezes, sequer opção existe? Talvez seja uma *norma constitucional inconstitucional*, pois, quando se limitam o casamento e a união estável a pessoas de sexos diferentes, a Constituição Federal volta-se contra o princípio norteador insculpido no artigo 3º, inciso IV. Cabe destacar, desde logo, que a permanência de uma Constituição depende, em primeira linha, da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe diante da comunidade que ela mesma constitui. Os princípios informam todo o sistema jurídico. Eles são normas, e as normas compreendem as regras e os princípios. Os princípios, além de atuarem normativamente, podem ser relevantes, em caso de conflito, para um determinado problema legal, mas não estipulam uma solução particular. Na feliz síntese do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1998 a, p. 61), os princípios são abstrações de segundo grau, normas de normas, em que se buscam exprimir proposições comuns a um determinado sistema de leis. Eles dispõem de maior grau de abstração e menor densidade normativa. “Como enunciados genéricos que são, estão a meio passo entre os valores e as normas na escala da concretização do Direito e com eles não se confundem”, observa Ricardo Lobo Torres (2003, p. 79).

Não resta alternativa, senão recorrer à técnica da *ponderação de valores*, na busca de compor esses pontos de tensão principiológica. Luís Roberto Barroso (2003, p. 185) entende que se trata de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma das normas, associá-lo a

determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referências máximas as decisões fundamentais do constituinte.

Essa técnica faz-se mister quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre, pelo menos, dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Há de prevalecer aquele de maior peso para a solução do caso concreto, tema que será mais bem desenvolvido nos próximos capítulos.

Nas culturas ocidentais contemporâneas, a homossexualidade tem sido, até então, a marca de um estigma, pois se relegam à marginalidade aqueles que não têm sua orientação sexual de acordo com padrões de moralidade dominantes. Isso não diz respeito apenas à homossexualidade e à heterossexualidade, mas a qualquer comportamento sexual definido como anormal, como se isso pudesse ser controlado e colocado dentro de um padrão normal (PEREIRA, Rodrigo, 1997, p. 43) ou como se pudesse afirmar que existem padrões de normalidade legítimos. Ao se manter tais posicionamentos, escancaradamente preconceituosos, estar-se-á relegando a Constituição Federal a uma norma meramente programática, sem eficácia, aplicabilidade e, em última instância, sem valor, pois, desse modo, é desvinculada e desconectada da realidade e de valores sociais latentes e presentes. Como assinala Hermann Heller, “se se prescinde da normalidade social positivamente valorada, a Constituição, como mera formação normativa de sentido, diz sempre muito pouco” (1961, p. 276). O sistema jurídico pode ser um sistema de exclusão, já que a atribuição de determinada posição jurídica depende do ingresso da pessoa no universo de titularidades que o sistema define. Opera-se a exclusão quando se negam às pessoas ou situações as portas de entrada da moldura das titularidades de direitos e deveres. Diz Luiz Edson Fachin:

Tal negativa, emergente de força preconceituosa dos valores culturais dominantes em cada época, alicerça-se em juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado, mas este medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos que emanam das parcerias de convívio e afeto. (1997, p. 114)

Com fundamento nesse afeto, alçado e reconhecido, agora, como elemento jurídico importante no relacionamento entre pessoas, a Egrégia Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por meio do Provimento 6/4 de 17 de fevereiro de 2004, acrescentou um parágrafo ao artigo 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral, para prever que:

As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou posição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma *união afetiva* na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito. (Sem destaque no original)

Sobre essa inovação, Maria Berenice Dias (2004 b) afirma que as serventias vinham se recusando a proceder ao registro de documentos declaratórios dessas relações, sob alegação da ausência de lei que as previsse. Considerando tal procedimento como discriminatório, a autora afirma que a “negativa, às claras, encobria postura preconceituosa e discriminatória, já que não há ilicitude ou ilegalidade nas uniões que agora são nominadas de homoafetivas”. E ela conclui:

A omissão do Estado havia levado as organizações de defesa da livre orientação sexual a proceder ao registro das uniões estáveis homossexuais em livro próprio da entidade. O fato de tais registros carecerem de reconhecimento jurídico não impediu que uma infinidade de casais buscasse consolidar suas uniões. Resgata assim o Estado do Rio Grande do Sul sua função registral e certificatória dos atos e contratos firmados pelos cidadãos, garantindo o direito fundamental à obtenção de certidões, o qual tem assento constitucional (CRFB, art. 5º, inc. XXXIV, b). Não bastasse isso, o fato de um provimento do Poder Judiciário chamar de união estável a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo é um importante marco na luta pela visibilidade do afeto que – como qualquer outro – não deve ter vergonha de dizer seu nome.

Porém, esse é um ato isolado, que se justifica pelo pioneirismo já tradicional que vem dos pampas e se alastra, com algum custo, para as demais regiões do país, impulsionado pela força e perseverança do “minuano”. Nesse ponto, já não se está afirmando apenas a exclusão de pessoas em razão de terem procedimentos, comportamentos e opções sexuais que apenas a elas dizem respeito, mas negando vigência à própria Constituição Federal, transformando-a em papelucho despido de significado, sentido e força motriz de construção e progresso social.

No entanto, o Desembargador Rui Portanova, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, argutamente observou que “o sistema jurídico como um todo permite a adoção por homossexuais” (2004). Segundo ele, não há norma que proíba homossexuais de adotarem uma criança, o que é juridicamente possível. Para pessoas solteiras, não há problema algum, apenas quanto à idade (de acordo com o artigo 1.618 do novo Código Civil, somente os maiores de 18 anos podem adotar uma criança). Também em relação a casais de homossexuais não existe norma alguma, de cunho permissivo ou proibitivo, a respeito. Não há, portanto, fundamento para a vedação que não seja a forma do preconceito.

Segundo Portanova, quando há uma lacuna na lei, o juiz deve decidir usando analogia. Alguns magistrados consideram que o mais próximo de uma união de homossexuais seria a sociedade de fato. Mas, para o desembargador, como é uma relação que envolve amor, o que seria mais semelhante na lei é a união estável.

Conforme observa o desembargador, o conceito de união estável viabiliza juridicamente esse tipo de adoção. O artigo 1.622 do novo Código Civil dispõe que “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e

mulher ou se viverem em união estável”. O artigo ainda lembra que o direito não é composto somente pelas leis, “o direito é fato, valor e norma, é a conjugação dessas três dimensões”. Para Portanova, no caso da adoção, o que deve sempre prevalecer é o princípio do melhor interesse da criança.

O assunto ainda carece de análise e estudo mais aprofundados, principalmente sob o enfoque da sociologia, da psicologia e do direito. Mas há de se louvar a coragem da afirmação de Portanova, ainda que em sede acadêmica, de se buscar a aproximação da Justiça com a realidade dos fatos da sociedade e do respeito ao princípio fundamental da não discriminação.

Busca-se, o que parece válido e legítimo, a sociologização da norma constitucional da qual, ensina José Afonso da Silva (1998, p. 23), Lassale é seu exímio representante. Quando este questiona sobre a verdadeira essência do conceito de Constituição, conclui que o conceito jurídico, normativo, apenas diz como se formam as constituições, o que fazem. Entretanto, não diz o que uma Constituição é, não dá critérios para reconhecê-la exterior e juridicamente e não diz qual é o conceito de toda Constituição, a essência constitucional.

Para ele [Lassale], a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país e esses fatores reais do poder constituem a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em substância, mais que tal e como são. (SILVA, 1998, p. 23)

Os valores da realidade do poder que “emana do povo”<sup>19</sup> convertem-se em fatores jurídicos quando são transportados para uma folha de papel. A partir desse momento, deixam a situação de simples fatores ou valores reais de poder e assumem feição de *direito, de instituições jurídicas*. Para Lassale, “relacionam-se as duas constituições de um país: a real e a efetiva, formada pela soma dos fatores

reais e efetivos que regem na sociedade, e a escrita, a que”, para distinguir daquela, ele denomina folha de papel (LASSALE, 1946, p. 62). “Esta – a constituição escrita – só é boa e durável quando corresponde à constituição real” (SILVA, 1998, p. 32), àquela que tem suas raízes nos fatores de poder que regem no país. Em países nos quais a Constituição escrita não corresponde à real, instala-se inevitavelmente um conflito que não há maneira de se manter simulado. Cedo ou tarde, a Constituição escrita, a folha de papel, tem necessariamente que sucumbir ante o empuxo da Constituição real, das verdadeiras forças vigentes no país. Esse conflito irreduzível importará sempre o desrespeito e o descumprimento da Constituição escrita e somente se resolverá se esta for modificada para ajustar-se à Constituição real ou, então, mediante a transformação dos fatores reais do poder.

No contexto desta discussão sobre a evolução da instituição familiar, altamente impregnada das normas constitucionais, não se pode olvidar a *reprodução humana assistida*, que tem suscitado discussões jurídicas em razão de seu aspecto polêmico, principalmente por se tratar da interferência na procriação do ser humano.

Sob esse ponto de vista, a humanidade presencia, nas últimas décadas, o desenrolar de uma verdadeira “revolução” provocada pela biotecnologia e pela biomedicina que afeta, diretamente e a um só tempo, diferentes ramos do conhecimento humano. Essa mudança traz questionamentos jamais pensados, visto que o homem passou a interferir em processos até então monopolizados pela natureza. Está claro que não há como cercear o progresso científico, mas é indispensável que ele se faça acompanhar pela observância de valores maiores, notadamente a dignidade humana.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Palavras constantes no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal.

<sup>20</sup> Bioética é o ramo da filosofia moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas do avanço do conhecimento das ciências biológicas, e o biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria,

Andréa Aldrovandi e Danielle França Galvão (2002) conceituam a reprodução humana assistida como “a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”.

A inseminação artificial, homóloga ou heteróloga, a fecundação *in vitro* e as mães de substituição são os principais meios de reprodução humana assistida.

Sílvio Rodrigues, ao falar sobre os tipos de inseminação artificial, informa que:

[...] homóloga é a inseminação promovida com o material genético (sêmen e óvulo) dos próprios cônjuges; heteróloga é a fecundação realizada com material genético de pelo menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas (sêmen ou óvulos) de um ou de outro cônjuge; e, por fim, embriões excedentários são aqueles resultantes da inseminação promovida artificialmente, mas não introduzidos no útero materno. (2002, p. 341)

O novo Código Civil inova com a menção sobre esse tipo de filiação, conforme o art. 1.597, transcrito a seguir:

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 subseqüentes 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. [Sem destaque no original]

Apesar dessa inclusão no Código, as crianças provenientes desse tipo de reprodução, em certos casos, nascem órfãs, em razão de não haver instrumento normativo que regule a matéria. Assim, ficam desamparadas, à mercê da boa sorte.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em artigo intitulado “Bioética e biodireito” (2003), alerta para os perigos do desenvolvimento científico sem regras ou freios. Quando se delineiam os campos de atuação da bioética e do biodireito, afirma a autora:

À bioética, neste contexto, cabe o papel de levantar as questões, registrar as inquietações, alinhar as possibilidades de acerto e de erro, de benefício e de malefício, decorrentes do desempenho indiscriminado, não autorizado, não limitado e não regulamentado de práticas biotecnológicas e biomédicas que possam afetar, de qualquer forma, o cerne da importância da vida humana sobre a terra, vale dizer, a dignidade da pessoa humana. Mas, o papel da bioética certamente esgota-se neste perfil, sem decidir qual a humanidade que a atual geração quer para si e para as futuras gerações.

Este papel é o papel do biodireito, como se tem convencionado chamar.

O papel do Direito, não é o de cercear o desenvolvimento científico, mas justamente o de traçar aquelas exigências mínimas que assegurem a compatibilização entre os avanços biomédicos da Humanidade enquanto tal, e, como tal, portadora de um quadro de valores que devem ser assegurados e respeitados.

É mister salientar que não existe lei específica sobre a matéria; o único instrumento existente é a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92 (BRASIL, 1992). Tramitam no Congresso Nacional duas legislações sobre o tema, as quais ainda dependem de aprovação.

No caso da inseminação homóloga, não há grandes conflitos quanto à filiação, em razão de o material genético aplicado ser proveniente do casal que ficará com a criança e que aderiu à reprodução assistida.

No outro caso, do tipo heterólogo, começam a surgir os problemas quanto à filiação. Isso ocorre porque, nessa técnica, é utilizado material genético de um terceiro, que não é o dos cônjuges. Para esse tipo de inseminação, é necessário o consentimento informado do marido, que permite a realização do processo de inseminação de sua esposa.

Questão importante e de conflito ocorre no caso de a mulher submeter-se a processo de fertilização heteróloga, sem o consentimento do marido. Nesse caso, ao marido não deve ser atribuída a filiação, em razão da ausência de sua anuência, ou se aplica a presunção *pater is*? E quanto à inseminação levada a efeito pela mulher após a morte do marido.<sup>21</sup> Imagine se a inseminação for feita muito tempo após o falecimento, quando os eventuais herdeiros tiverem até arrecadado o espólio. O nascimento de um filho do pai falecido poderia inverter totalmente a ordem de vocação hereditária. Esses são apenas alguns dos problemas que ainda terão que ser enfrentados pelo biodireito.

De qualquer forma, um aspecto marcante e indissociável desse processo é o caráter socioafetivo da filiação, consubstanciado pelo aspecto da “desbiologização” da paternidade, no qual se verifica o elemento afetivo, que há de ser cada vez mais valorado, dado à paternidade.

A inseminação de mulheres viúvas, divorciadas ou solteiras ainda não está regulamentada. Mas é certo que logo poderão utilizar-se desses procedimentos em razão da inexistência de qualquer óbice à sua realização, que até foi contemplada pela Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Embora exista a possibilidade, doutrinadores e médicos divergem quanto à sua realização, o que demonstra a complexidade do tema e a imaturidade da discussão.

Questão interessante surge quando o filho deseja conhecer o seu pai biológico, mesmo tendo o reconhecimento do pai socioafetivo. Nesse momento, nasce o conflito entre o direito ao conhecimento da identidade genética e o direito ao anonimato do doador, fazendo-se claro o conflito entre a paternidade biológica e a afetiva. Em tal circunstância, muitos juristas sustentam que o direito ao

---

<sup>21</sup> O artigo 1.597, III, diz “mesmo que falecido o marido”, não estabelecendo qualquer restrição.

reconhecimento da origem biológica é personalíssimo, ao passo que outros defendem o anonimato do doador. Essa é mais uma questão a ser enfrentada pela bioética e pelo biodireito.

A fecundação *in vitro* nas palavras de Aldrovandi e França (2002):

[...] Consiste na fecundação do óvulo *in vitro*, ou seja, os gametas masculino e feminino são previamente recolhidos e colocados em contato *in vitro* para que sejam fecundados. O embrião resultante é transferido para o útero ou para as trompas. Pode-se utilizar óvulos e espermatozóides doados, neste caso a fecundação será heteróloga, ou do próprio casal interessado, sendo a fecundação homóloga.

Conforme o caso da inseminação, a fecundação *in vitro* homóloga não traz problemas quanto à filiação, em razão de o material genético utilizado ser proveniente do casal.

No entanto, em relação à fecundação *in vitro* heteróloga, os problemas começam a aparecer, com destaque para a doação de óvulos e de embriões. Na doação de óvulos, o filho nasce da fecundação *in vitro* originada pelo sêmen do marido e de um óvulo doado, que é implantado no útero da mulher.

Na doação de embriões, o filho nasce da fecundação *in vitro*, originada por óvulos e sêmen doados ao casal. O embrião, resultado dessa fecundação, é colocado no útero da mulher.

No caso da doação de óvulos, não haverá problema quanto à paternidade, mas sim quanto à maternidade, em razão do óvulo utilizado. O conflito nasce por ter o conceito de maternidade sofrido evolução, pois a legislação existente sustenta a idéia de que a maternidade é caracterizada pela gestação e parto. Nessa idéia, a mulher que dá à luz é a que forneceu o óvulo. Hoje, isso não pode ser totalmente aceito, pois é possível que a gestação ocorra com o óvulo de outra mulher. Nesse caso, a afetividade consagra a maternidade, ou seja, a mulher que

gera a criança é a mãe. Em virtude do segredo exigido pelas clínicas e laboratórios existentes, a doadora de óvulos não pode pleitear a maternidade.

No segundo caso, o embrião é dos doadores. Nesse caso, a gestação e o parto, somados ao caráter do afeto, caracterizam a maternidade.

A paternidade será incumbida ao pai que deu o consentimento para a fecundação artificial, que terá a definição de pai socioafetivo. Verifica-se, com isso, que a afetividade toma o lugar dos aspectos biológicos da paternidade.

A solução não é simples. Em 17 de outubro de 2004, o jornal *Globo Online* trazia a seguinte reportagem: “Nova técnica pode gerar bebês com três pais biológicos”:

Cientistas pediram permissão para realizarem experimentos capazes de resultar no nascimento de uma criança com três pais biológicos diferentes, informou neste domingo o jornal britânico *The Guardian*. Segundo autoridades médicas britânicas, o pedido deve ser aprovado dentro de algumas semanas e tem por objetivo evitar que as mães passem para seus bebês doenças genéticas degenerativas.

[...] Antes mesmo de obter sinal verde da Autoridade de Embriologia e Fertilização Humana (HFEA, na sigla em inglês), órgão britânico que regula esse tipo de experimento, os cientistas já vêm sendo criticados. Especialistas acreditam que a técnica fere princípios éticos e trazem mais riscos do que benefícios. “Ao criar uma criança com três pais genéticos, esses cientistas estão dando os primeiros passos para a realização de engenharia genética de seres humanos. Não é uma direção que deveríamos tomar”, criticou o médico David King, diretor da organização Human Genetic Alert.

Outra questão que gera problemas é o caso dos embriões excedentes. Eles devem ser preservados após a fertilização e não podem ser descartados, pois há afirmações de que já se constituem em “vidas humanas”.

Quanto às ações judiciais relativas à fecundação heteróloga, os tribunais poderiam aplicar as normas relativas à adoção, para que se possam garantir direitos aos filhos provenientes dessa técnica. Com certeza, o

consentimento é irrevogável, e não pode, posteriormente, o marido negar a paternidade que lhe é atribuída.

Por derradeiro, informa-se sobre as mães de substituição, que emprestam o útero para a gestação, quando uma mulher não possa, em seu útero, prover um desenvolvimento normal para o feto ou, ainda, quando a gestação possa trazer risco para sua própria vida. Essa técnica só é permitida em casos sob indicação médica, e a doadora do útero pode ou não ser parente da mãe genética. Na chamada “barriga de aluguel”, implanta-se o embrião do casal (óvulo da mãe fecundado pelo sêmen do pai) no útero de uma outra mulher para que ela gere o bebê. Não é difícil imaginar que a mulher na qual foi implantado o embrião pode desenvolver carinho, afeto, amor e apego maternos, criando-se, assim, um dilema muito mais ético e sociológico do que jurídico (ver *ÉPOCA*, 1998; BARBOZA, 1993).

Não há neutralidade na ética nem na biotecnologia, que é governada, por um lado, pela lógica do conhecimento e do poder, a qual está seguramente associada à lógica do lucro, e, de outro lado, pela lógica do desejo e da livre busca da felicidade.

Mediante uma formulação ímpar, a professora Marie-Thérèse Meulders-Klein (*apud* FACHIN, 1999, p. 233), ao lembrar que do suposto paraíso nosso primeiro ancestral foi expulso por provar o fruto proibido da árvore da ciência e do saber, indica as quatro lógicas fundamentais que, afastando aquela suposta neutralidade, podem estar governando essa mudança fenomenal da vida e de suas condições de reprodução: de um lado, a lógica do conhecimento e do poder, à qual está seguramente associada a lógica do lucro; de outro, a lógica do desejo e da livre busca da felicidade. Ligando essas ordens, está, em sua visibilidade exterior, a lógica da utilidade.

Nesse estado de saberes transitórios, o debate coloca em seu núcleo a bioética e o biodireito. Nele, há a necessidade de contextualização histórica e socioeconômica da biotecnologia. Há um lugar, um contexto e uma história que têm relevância. Nesse sentido, a palavra do professor e sociólogo José de Souza Martins mostra-se legitimada a revelar os paradoxos da sociedade brasileira, que teve seu processo histórico sob freio. Ele afirmou, a propósito, que vivemos a “persistência do passado”, vale dizer, “o passado que se esconde, e às vezes se esconde mal, por trás das aparências do moderno” (1994, p. 11).

Para isso, na tentativa de encontrar um caminho para o problema dos “saberes transitórios”, é possível apontar, como o fez Boaventura de Sousa Santos (1996), a superficialização do modo de pensar e das condições de existência, fruto da sociedade de consumo e da cultura de massas. Além disso, a intensificação da globalização da economia das interações transnacionais não deixa de enquadrar a biotecnologia, seus *royalties* e seus recursos industriais, como aqueles derivados dos efeitos da inventividade científica do DNA, na dimensão amesquinhada do ser, vale dizer, no *Homo economicus*.

Rechaçando essa lógica vertida no modismo apressado e aprofundando um debate que não seja circunstancial e passageiro, reúnem-se militantes da realidade, todos aqueles tomados por uma densa inquietude, os mesmos que, todos os dias, entre a angústia e a esperança, celebram um certo fim e, ao mesmo tempo, uma espécie de eterno recomeço. Esses militantes proferem palavras que não conseguem encontrar com nitidez o ponto onde as trevas se separam da luz e repetem a lição secular para ficar apenas na tentativa de aclarar, quanto muito, pequenas obscuridades (COSTA, 1992).

Os limites podem ser morais, éticos, jurídicos e, evidentemente, religiosos. Moral, ética e religião, não estando dissociadas, dizem respeito a um conjunto de concepções atribuídas a um grupo social ou a um de seus segmentos. No tocante à inseminação artificial, por exemplo, nem todas as religiões têm a mesma opinião sobre o assunto. Na França, por exemplo, a Igreja Protestante, embora não tenha opinado favoravelmente à reprodução assistida, não objetou que ela se realizasse, e o Estado mantém laboratórios que são destinados a esse tipo de procriação.

No Brasil, de um modo geral, os aspectos religiosos são evidentemente fortes no sentido de se contrapor a essa ordem de idéias. O cânone 1.013 do recente Código Canônico não admite a dissociação que há na procriação artificial entre a geração e a vida. Do ponto de vista da moral e da ética, as dificuldades não são menores porque a moral e a ética passam por certas diluições sociais semelhantes. O Direito assume uma feição singular nessa perspectiva, porque o que ingressará para o ordenamento jurídico poderá ser exatamente o que resulta de eventualmente comum, ou seja, o aceitável, o legítimo, no conjunto desses valores. (FACHIN, 1999, p. 236)

A problemática do *sexo dos indivíduos* é um questionamento latente e discutido no Brasil há algum tempo até com sérias divergências jurisprudenciais. Durante longo tempo, tratado sob os aspectos anatômicos, parecia não apresentar problemas. Atualmente, a medicina considera outros aspectos, devendo-se ao sexo anatômico acrescentar o sexo genético ou cromossômico, o sexo hormonal e o sexo psicológico ou psicossocial, que é a consciência do sujeito de pertencer a um sexo que é seu e determinar seu comportamento social.<sup>22</sup>

O *transexualismo* se caracteriza por uma contradição entre o sexo físico aparente, determinado geneticamente, e o sexo psicológico. Não se confunde,

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, a Resolução 1.492/97 do Conselho Federal de Medicina, que autoriza, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização como tratamento dos casos de transexualismo, inclui, entre outros critérios mínimos da definição de transexual, o “desconforto com o

portanto, com o intersexualismo – constituído por anomalias físicas, hormonais ou genéticas que conduzem a um sexo falso – ou com o homossexualismo. Nesse sentido, esclarece Antônio Chaves que

a definição do sexo de um indivíduo obedece a critérios estabelecidos, que inclui o sexo genético que irá informar a constituição cromossômica, mas que além disso há influências psicológicas, socioculturais e ambientais que da mesma forma são responsáveis não só pelo estabelecimento do seu sexo de criação, como pelo seu comportamento e identificação sexuais, concluindo que a formação e a determinação do sexo de um indivíduo normal é fruto de inúmeros fatores e determinantes que constituem um universo inexplorado. (1985, p. 128)

Nesse campo, seguem-se as discussões sobre a possibilidade de alteração do sexo anatômico. Sobre isso, o novo Código Civil brasileiro expressamente afirmou: “Artigo 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”. Está-se nitidamente diante de norma aberta, devendo o juiz interpretá-la e aplicá-la segundo seu tempo, sua época e os hábitos locais, de forma a não agredir o senso comum. Não há, assim, qualquer avanço sobre o tema que vem sendo debatido. A cirurgia que literalmente implica a diminuição permanente da integridade física, segundo seus antagonistas, vem sendo objeto de controvérsias ferrenhas.

Visto, porém, que seu escopo final é a adequação da pessoa a uma situação existencial mais adequada para o desenvolvimento da personalidade (ver Peres, 2000), a possibilidade da cirurgia estaria nessa perspectiva compreendida pelo direito à integridade psicofísica. A referência ao conceito indeterminado de “bons costumes” pode despontar ainda uma conotação moral que não beneficia uma interpretação de acordo com a própria realidade dos fatos, a qual revela que a

---

sexo anatômico natural” e o desejo expresso de eliminar genitais, perder as características primárias

cirurgia é efetivamente realizada e mesmo avalizada (em casos experimentais) pelo Conselho Federal de Medicina, como acima mencionado. Além disso, essa referência abre vasto campo de questionamento, até sobre a constitucionalidade dessa norma legal que viola frontalmente o direito à dignidade (DONEDA, 2002, p. 50), a qual consiste na prerrogativa de exteriorizar a anatomia sexual segundo as convicções, os sentimentos e as formações congênitas. Seria constitucional e estaria de acordo com toda a principiologia da proteção aos direitos da personalidade obrigar uma pessoa que se percebe e age, por exemplo, como mulher a portar anatomia masculina, completamente desconforme a todo o restante de seu corpo e de sua alma?

Sobre o assunto, Pietro Perlingieri esclarece que:

A intervenção sobre a pessoa para mudança de sexo é legítima desde que correspondente ao interesse da pessoa que assim é não por capricho seu, mas porque constitui o resultado da avaliação objetiva das suas condições. Seria, portanto, antijurídico o comportamento do médico que interviesse para provocar uma modificação numa pessoa de sexo unívoco completamente sã. (*apud* BARBOZA e BARRETO, 2001, p. 237)

Tem-se, por vezes, a tendência de associar a ética ao comportamento sexual. A ética aplicar-se-ia essencialmente ao comportamento sexual, deixando à Justiça o cuidado de gerir os outros tantos aspectos do comportamento humano. Simplificando, se a ética só se aplica à sexualidade, e se ela é a única ética existente, haveria então uma ética sexual *sui generis*. Freudianos e não-freudianos sugerem que a personalidade sexual é o centro da personalidade moral e que a maneira como percebemos nosso parceiro sexual e como nos comportarmos para com ele reflete e influencia nossa percepção e nosso comportamento geral em relação ao outro.

Tomemos, como exemplo, o coito heterossexual acompanhado de meios contraceptivos, tais como o diafragma ou o preservativo. Pode-se alegar, com argumentos kantianos, o que fez, em 1960, Karol Wojtyla, hoje papa João Paulo II, em *Amor e responsabilidade* (1999, p. 45), que o ato sexual com contracepção é um mal moral, pois, como busca unicamente o prazer (e, assim, reduz o parceiro a um meio), ele é degradante e leva à exploração. Portanto, o ato sexual com contracepção, que, por essas razões, é um mal, não o é em virtude de seu caráter sexual. Com efeito, se Tomás de Aquino tem razão ao afirmar que o fim natural da emissão de esperma é a procriação, depreende-se de tal afirmação que o ato sexual com contracepção é imoral porque contraria o propósito da natureza.

O mal provém do fato de tratar-se de uma atividade sexual oposta ao fim natural da sexualidade, e não da atividade sexual propriamente dita. Da mesma forma, o estupro é geralmente condenado por comportar aspectos condenáveis, tais como ameaças e constrangimentos. Numerosos exemplos similares permitem chegar à seguinte conclusão: *Não é nunca o fato de um ato ser sexual que o torna um mal ou que acentua seu caráter imoral, se o ato é imoral por outros aspectos.*(SOBLE, 2003, p. 577)

Mas, ainda que de forma, por assim dizer, recatada, o próprio Papa João Paulo II exorta, em sua encíclica *Esplendor da Verdade*, algumas tendências da teologia moral hodierna. Sob a influência das correntes subjetivistas e individualistas agora lembradas, essas tendências interpretam, de um modo novo, a relação da liberdade com a lei moral, com a natureza humana e com a consciência e propõem critérios inovadores de avaliação moral dos atos. São tendências que, em sua verdade, coincidem no fato de *atenuar ou mesmo negar a dependência da liberdade da verdade* (GARCEZ FILHO, 1932, p. 59).

Assim, a situação ainda está longe de ser suficientemente esclarecida. Faz-se necessário o estudo mais aprofundado, o debate menos apaixonado e mais aberto a horizontes ainda não percorridos, o descortinar de teses, teorias, reflexões

ainda muito incipientes, sem descurar da ética que há de prevalecer. Por outro lado, é preciso ter cuidado, a fim de que o argumento ético não passe a ser o instrumento de moralização anticientífico.

Não é admissível a chamada utilização de cobaias humanas, ainda que “fabricadas” com esse fim, além do verdadeiro balcão de ofertas – de órgãos e partes do corpo humano – que poderá ser criado. Mas é preciso também pensar que tais experiências poderão ser capazes de salvar vidas e de encontrar a cura para males e doenças ainda hoje fatais.

Costuma-se imaginar que o embrião em disputa seja um feto, como os que se vêem nas imagens de ultra-sonografia, com sistema nervoso, coração, tronco e membros em formação. Na verdade, o material que interessa à Ciência é o chamado blastocisto, um aglomerado sem forma definida de cerca de 200 células, disponível cinco dias depois da fecundação. Mede meio milímetro, o tamanho do pingo de uma letra “i” impressa nesta revista.

Estima-se que haja 20 mil blastocistos estocados nas clínicas de fertilização há pelo menos três anos e, por isso, estejam prestes a ser jogados no lixo. Com o consentimento dos casais, eles poderiam ser destinados à pesquisa. Nesse estágio de desenvolvimento (cinco dias), o embrião ainda estaria longe de ser uma vida, mesmo se estivesse dentro de um corpo feminino. Nessa fase, somente 20% desses aglomerados chegam a se fixar na parede do útero e se desenvolver a ponto de se transformar num feto. A maioria é eliminada na menstruação, sem que ninguém perceba. (SEGATTO e TERMERO, 2004, p. 101)

Em muitas situações, e mesmo nesta dissertação, são tecidas críticas severas ao legislador. No entanto, no que diz respeito à clonagem, o legislador parece haver acertado em não tentar, até o momento, legalizar a atividade. Ainda se está longe de chegar a um consenso que possa ser considerado como vontade popular a respeito do assunto, gerando espaços de debates, discussões, questionamentos e estudos. No entanto, esse assunto tem que, necessariamente, estar na pauta do dia tanto do Congresso Nacional como da sociedade em geral para discussão aberta e democrática. Isso é necessário para que se possam estabelecer parâmetros e limites que viabilizem o prosseguimento das pesquisas

científicas sem que venha a se afrontar e mesmo desconsiderar a pessoa, que não pode ser instrumentalizada. Vem se constatando que:

Com esse movimento *de baixo para cima*, cresce no Brasil, em muitos ambientes institucionais da saúde e mesmo acadêmicos a consciência de que a apreciação ética preventiva é um recurso a ser utilizado caso a caso, projeto a projeto, para que os limites entre a ciência e a política possam ser delineados, usando-se o bom senso e a prudência na análise de situações particularmente complexas. Desse movimento poderão até mesmo resultar algumas leis que, quando aplicadas, estarão bem amadurecidas no âmbito da sociedade, o suficiente para evitar os riscos do autoritarismo e das interpretações dúbias. (MARQUES, 1997, p. 27)

No modelo de Norberto Bobbio (1992), para a análise da evolução dos direitos do homem, depois dos direitos políticos e civis (que seriam os direitos de primeira geração), dos direitos sociais (de segunda geração) e dos direitos ecológicos (de terceira geração), aparece um novo conjunto de direitos, resultante dos conhecimentos e tecnologias ligadas à pesquisa biológica contemporânea, que está envolvida num debate ético que os antecede. Segundo abalizada lição de Vicente de Paula Barreto,

Antes de legislar, a sociedade contemporânea está sendo convocada a responder algumas perguntas que têm a ver com a irrupção de novas realidades produzidas pela ciência e pela tecnologia. Algumas indagações necessitam serem enfrentadas: o avanço da tecnologia na segunda metade do século XX permitiu que o homem compreendesse, cada vez mais, as leis da natureza e que criasse um mundo, nascido da sua própria inteligência. Resta saber se o homem, pelo fato de que pode criar e fazer pode e deve fazer pela simples razão de que tem conhecimentos e meios para tal; convém que ele construa aquilo que a ciência lhe permite? Convém que assim seja? E, mais importante ainda – quem irá decidir? (BARRETO, 2000, p. 19)

O debate, então, desloca-se para o campo da possibilidade do acordo ético na sociedade multicultural. As dificuldades remontam a dois tipos de causas, conclui Vicente Barreto,

em primeiro lugar, porque tratam de realidades ainda não totalmente conhecidas e dominadas pelo homem; em segundo, porque as novas descobertas realizam-se numa sociedade cujos valores e cuja ordem jurídica, deles decorrentes, são contestados em seus fundamentos por um homem e uma sociedade nas dores do parto. Isto não significa, certamente, que os princípios, como o da autonomia da vontade, serão ignorados, mas simplesmente terão uma leitura mais crítica e prospectiva. Somente inserindo-se no processo de elaboração legislativa a dimensão ética, expressão da autonomia do homem, é que a ordem jurídica poderá atender às novas realidades sociais, produto da ciência e da tecnologia. (BARRETO, 2000, p. 19)

Talvez seja o caso de se questionar sobre a necessidade e a viabilidade de regulamentação legal, não só das situações e perspectivas originadas da evolução tecnológica, mas de todas as que dizem respeito à família, como professa Jacques Commaille:

A mudança de modelo da política do direito no domínio da família não seria assim mais do que uma das expressões daquilo que podemos chamar o fim do “legicentrismo” e que se manifesta principalmente no que seria a impossibilidade atual de qualquer trabalho de codificação, quer dizer, no estabelecimento de um conjunto de regras gerais criadoras de ordem, de sentido e de projeto. Esse questionamento de um modo de regulamentação jurídica participaria ele próprio daquele do modelo de dominação legítima aplicado às sociedades industriais por Max Weber: o modelo legal-racional. (COMMAILLE, 1997, p. 21)

O recurso aos estudos, às sondagens de opinião para preparar a lei e aos trabalhos de avaliação para depois aplicá-la representaria, para o poder político, o meio último de “convencer os cidadãos” (como os clientes) da justiça de seus procedimentos, da legitimidade de suas decisões ou da qualidade de seus produtos (LAUFER e PARADEISE, 1982, p. 26), ou seja, é absolutamente necessária a análise da intervenção estatal nos núcleos familiares e na própria autodeterminação individual que, antes de ser violenta e impositiva, irá se pautar na legitimidade brotada na consensualidade.

Com esse objetivo, avança-se à verificação real do panorama legal-constitucional da família brasileira, sua função e importância a partir de uma abordagem construtivo-desconstrutivista, alçando a pessoa como valor-fonte fundamental do Direito e de todo o sistema jurídico norteado à concretização e à tutela de seus direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

### 3 A DISCIPLINA JURÍDICA DA FILIAÇÃO E DA FAMÍLIA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

*Todos estamos matriculados na escola da vida onde o mestre é o tempo, e o que vale na vida não é o ponto de partida e sim a caminhada. Caminhando e semeando, no fim, terás o que colher.*

Cora Coralina

#### 3.1 MODELO LEGISLATIVO DE CLÁUSULAS ABERTAS

Concordando que reste estabelecido que só num ambiente dialético, reflexivo, despido de preconceitos e estigmas, principalmente originados da vaidade, será possível a aproximação da realização dos ideais e objetivos democráticos marcadamente estabelecidos e almejados na Constituição Federal, caminhemos.

Não temos um sistema democrático em pleno funcionamento, com absoluta igualdade de acesso aos bens e valores, por meio de uma distribuição de riquezas eqüitativa e justa, com atendimento às necessidades básicas de toda a população. Também são observadas as conseqüências de políticas menos preocupadas com o bem-estar da população aplicadas durante décadas no país, com forte tendência à corrupção, à deslealdade, ao arbítrio, à preponderância dos direitos e interesses particulares sobre os públicos, à ilegitimidade do exercício do Poder. No entanto, o ambiente em que se vive e as perspectivas que se abrem diante de um sistema constitucional democrático de direito são infinitamente melhores do que se verificava há uma ou duas décadas.

Vale a transcrição de um trecho do artigo, que pode ser considerado como um “desabafo”, do eminente mestre J. J. Calmon de Passos:

A redemocratização do Brasil ocorreu num momento “passional” de nossa vida política, após duas décadas que pensamos pudessem

ser sepultadas, como se fosse possível eliminar o passado, que se projeta sempre no presente, influenciando-o, queiramo-lo ou não. Processou-se, também, sob a força de um passado ideológico que, embora operante nas mentes, já deixara de sê-lo no concreto-histórico, problematizados que estavam tanto o socialismo real quanto a social democracia, que o liberalismo tivesse sido restaurado no trono de que fora banido. Ouso dizer mesmo, ainda que incorrendo no risco de ser acusado de excesso, que a Constituição de 1988 comporta que sejam aplicados a ela os versos melancólicos e realistas de Mário Quintana: *“Pobres cartazes”, por aí afora/ anunciando alegrias risos/ depois de o circo já ter ido embora*. Ela nos remete a um sonho que não se realizou, porque em total descompasso com o que foi institucionalizado para fazê-lo realidade e a um projeto de Estado que não se concretizou. O que é pior incidiu em grave contradição, porque, na “vocaçã”, quis ser futuro, mas, na “organização”, foi passado, e um passado arcaico. Perdeu-se na indefinição, conseqüência de um impasse não superado. Nem direita, nem esquerda, nem centro; nem presidencialismo nem parlamentarismo; nem economia dirigida nem economia de mercado; nem democracia representativa nem democracia participativa; nem uma carta definidora das regras do jogo, deixada a definição de meta ao confronto político, nem uma constituição dirigente com institucionalização de instrumentos aptos à implementação dos fins constitucionalizados. *Permanecemos sempre na indecisão e na indefinição do compromisso híbrido, confiantes num “compromisso futuro” que não veio.* (PASSOS, 2002. Sem destaque no original.)

A despeito, porém, da realidade das afirmações, ao menos no que se refere ao Direito Privado, a influência constitucional veio propiciar verdadeira revolução (sem armas) na busca da consagração dos direitos fundamentais, deixando para trás a prevalência patrimonialista. Sob esse fundamento e com o estímulo do empuxo recebido pelo Direito Privado e, notadamente, pelo Direito Civil, em razão da atuação cogente das normas e princípios constitucionais, uma série de autores vem alardeando que o Direito Civil tende a acabar pela verdadeira invasão sofrida pelo Direito Constitucional, ao passo que outros dizem exatamente o contrário. De fato, as normas que não foram recepcionadas pela Constituição ou por algum de seus princípios foram, automática e instantaneamente, expurgadas do sistema jurídico. No entanto, as demais, aquelas que se coadunam com a Constituição, experimentaram sensível reforço ético-jurídico, de forma que a violação

passou a configurar não apenas a afronta a uma norma legal, mas sim à própria Constituição Federal, com todas as conseqüências e perspectivas inerentes a esse fato.

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí porque a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato. (BARROSO, 2004, p. 15)

Há, porém, posicionamentos respeitáveis que sustentam, de forma diversa, que “o dogma da nulidade não constitui postulado lógico-jurídico de índole obrigatória, comportando soluções intermediárias, nos termos consagrados pelo ordenamento jurídico” (MENDES, 1990, p. 19).

As normas de direito privado e a própria atividade interpretativa foram significativamente alteradas pela Constituição Federal, compelindo o intérprete a um posicionamento diferente, mais arejado sobre a isonomia entre todos os filhos, independentemente de sua origem.

A lógica patrimonialista imperava e relegava a segundo plano o melhor interesse da criança e dos filhos em prol do que se entendia por “paz doméstica”, alcançada, também, com a subordinação total da mulher casada ao cônjuge varão, que exercia de forma soberana (muitas vezes tirana) os poderes inerentes ao pátrio poder. Isso, somado à indissolubilidade do casamento (até então única forma de constituição da família), condenava seus membros a mais absoluta infelicidade.

Aliás, a delimitação dos espaços e campos de conhecimento em público e privado, que se interpenetram e se influenciam mutuamente, vem se constituindo, por um lado, num novo manancial de estudos e reflexões no campo do

Direito, mas, por outro, vem sofrendo sensível perda de consistência e delimitação de espaços estanques e bem definidos, tendendo a uma interpenetração que experimenta essa sensação dicotômica de, por um lado, ampliar espaços, mas, por outro, dificultar a localização do que seja público e do que seja privado.

Como prega Michel Freitag,

A divisão entre o Estado, sociedade civil e esfera privada dissolveu-se na tendência pós-moderna de indiferenciação generalizada do espaço social [...] que comporta basicamente mecanismos estruturais de exclusão. O conceito de espaço público, essencial à teoria democrática, converteu-se em mero campo publicitário e midiático. (FREITAG, 2003)

Buscando de alguma maneira reverter esse quadro, a Constituição alterou radicalmente o sistema anterior. Consagrou a isonomia entre os filhos e entre os cônjuges e revogou imediatamente tudo quanto fosse contrário a esses dois mandamentos basilares da nova família. Assim, passou a prever a família monoparental, formada por um dos descendentes com os filhos (art. 226, § 4º), e extramatrimonial, não fundadas no matrimônio (art. 226, § 3º).

Tais preceitos, combinados com os princípios fundamentais dos artigos 1º e 4º (em particular no que concerne ao artigo 1º, inciso III, segundo o qual constitui fundamento da República a dignidade da pessoa humana), informam toda a disciplina familiar e definem a nova imagem de valores que privilegiam, em matéria de filiação: a) a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos;<sup>23</sup> b) a despatrimonialização das relações entre pais e filhos (por alguns chamada de repersonalização); e c) a desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores.

---

<sup>23</sup> Sobre esse tema, ver a notável contribuição prestada por Perlingieri (1984) e Prospero (1980).

Assim entendida, a família só deve ser preservada quando represente instrumento de desenvolvimento da personalidade dos cônjuges e dos filhos, ou seja, enquanto ainda representar o *locus* ideal e privilegiado para o convívio familiar (art. 226, §§ 1º, 2º e 3º). É importante observar que essa família pode ser ou não formada pelo casamento. Esse entendimento representa sensível avanço em relação a posicionamento anterior não muito distante que só considerava legítima a família advinda do matrimônio; todas as demais sofriam o constrangimento da pecha de ilegitimidade e a repulsa de uma sociedade burguesa e moralista.

Sob esse novo olhar, conclui-se que as ações de Estado são, além de imprescritíveis, inalienáveis, visto que representam a via processual instrumentalizada de busca do direito da personalidade, de forma que a pessoa poderá, a qualquer tempo, ajuizar ação de investigação ou de negação de paternidade, tendente a desfazer situação anterior originada de presunção legal ou de decisão judicial com força de coisa julgada material. Exatamente nesse ponto, inserem-se as maiores dificuldades, notadamente diante da reação de setores mais conservadores do Poder Judiciário, que constituem sua maioria, quando se pretende discutir a flexibilização da coisa julgada e sua eventual desconstituição, exatamente por afrontar direito de personalidade, de fundamento e amparo constitucional, tema que será discutido posteriormente.

O casamento era valorado como bem em si mesmo, necessário à consolidação das relações sociais, independentemente da realização pessoal de seus membros. O rompimento da sociedade conjugal, portanto, afigurava-se como o esfacelamento da própria família, reprovado socialmente, a despeito das causas subjetivas que o motivaram. A nova ordem constitucional passou a dar preponderância à dignidade do homem, da mulher e dos filhos como valores

superiores à preservação da família por meio do casamento, como era antes da Constituição de 1988. Perdem a validade todas as normas que privilegiavam o vínculo matrimonial em detrimento dos integrantes da estrutura familiar, posto que não foram recepcionadas pela Constituição Federal ou, em outras palavras, não passaram pela filtragem constitucional.<sup>24</sup>

Nessa linha de raciocínio, com acentuada percepção, Heloisa Helena Barboza questionou o novo papel da família no mundo contemporâneo:

Qual a função atual da família? Se é certo que ela é a base da sociedade, qual o papel que a ela cumpre desempenhar, já que não tem mais funções precipuamente religiosa, econômica ou política como outrora? Qual a base que se deve dar à comunidade familiar para que alcance a tão almejada estabilidade, tornando-a duradoura? Devemos reunir todas essas funções ou simplesmente considerar o seu verdadeiro e talvez único fundamento: a comunhão de afetos? (BARBOZA, 1994, p. 232)

A família só continuará existindo se fundamentada no princípio da afetividade e do amor, posto que os valores que anteriormente a engessavam, aprisionavam e algemavam só produziram o nefasto efeito de causar desagregação, lides, violência e desassossego. Se não houvesse uma ruptura definitiva com elos ultrapassados e de nenhuma significação às pessoas, seu fim estaria muito próximo. Nesse sentido, as estatísticas demonstram o decréscimo esmagador do número de casamentos, ao passo que se avolumam as separações e os divórcios. É inerente à natureza humana a busca da liberdade, notadamente quando algo a está sufocando e aprisionando. Às vezes, o custo dessa liberdade pode ser a própria vida, como indicam os muitos suicídios e homicídios ditos “passionais” aos quais se assiste no decorrer da história policial e judiciária.

---

<sup>24</sup> Alentado e minucioso estudo sobre as conseqüências experimentadas pelos institutos da família e da filiação foi realizado por Gustavo Tepedino (2001 a).

As relações familiares, portanto, passaram a ser fundamentadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. Como observa Perlingieri:

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contradição aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. (PERLINGIERI, 2002, p. 243)

Respondendo àqueles que temem mais uma vez sua destruição ou dissolução, objetiva-se que a família contemporânea, horizontal e em redes, vem se comportando bem e garantindo corretamente a reprodução das gerações. Assim, a legalização do aborto na França não conduziu ao apocalipse tão anunciado por aqueles que viam seus partidários como assassinos do gênero humano. Espera-se que, quando e se houver a legalização desse ato, isso ocorra com todas as conseqüências, discussões e divergências que são inerentes e salutares a tema tão contraditório e de vasto campo para discussão e diálogo, como formas de crescimento e maturação.

Despojado dos ornamentos de sua antiga sacralidade, o casamento, em constante declínio, tornou-se um modo de conjugalidade afetiva pelo qual os cônjuges – que, às vezes, escolhem não ser pais – se protegem dos eventuais atos perniciosos de suas respectivas famílias ou das desordens do mundo exterior. É tardio, reflexivo, festivo ou útil e, freqüentemente, precedido de um período de união livre, de concubinato ou de experiências múltiplas de vida comum ou solitária.

Cada vez mais freqüentemente concebidos fora dos laços matrimoniais, os filhos assistem, uma vez em cada três, às núpcias de seus pais, doravante unidos não para a duração de uma vida, mas, em mais de um terço dos casos, para um período aleatório que se consumará com um divórcio – consentido, passional ou litigioso – e, para as mulheres, com uma situação dita “monoparental”, pois são elas que sofrem inicialmente as conseqüências das rupturas que elas mesmas provocam, hoje, com mais freqüência que os homens. Tem sua vertente maléfica o poder que obtiveram e conquistaram de estarem ou não unidas a um homem.

Aos utopistas que acreditam que a procriação será um dia a tal ponto diferenciada do ato carnal que os filhos serão fecundados fora do corpo da mãe biológica, em um útero de empréstimo e com a ajuda de um sêmen que não será do pai, argumenta-se que, para além de todas as distinções que podem ser feitas entre o gênero e o sexo, o materno e o feminino, a sexualidade psíquica e o corpo biológico, o desejo de se ter um filho sempre terá algo a ver com a diferença dos sexos. Demonstram isso as declarações dos homossexuais que sentem a necessidade de dar aos filhos por eles criados uma representação real da diferença sexual, e não apenas duas mães (uma das quais desempenharia o papel de pai) ou dois pais (um dos quais se disfarçaria de mãe).

Finalmente, para os pessimistas que pensam que a civilização corre risco de ser engolida por clones, bárbaros, bissexuais ou delinqüentes da periferia, concebidos por pais desvairados e mães errantes, observa-se que essas desordens não são novas – mesmo que se manifestem de forma inédita – e, sobretudo, que não impedem que a família seja atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições.

É claro, porém, que o próprio princípio da autoridade e do ser “separador”, sobre o qual ela sempre se baseou, encontra-se atualmente em crise no seio da sociedade ocidental. Por um lado, esse princípio se opõe, pela afirmação majestosa de sua soberania decaída, à realidade de um mundo unificado que elimina as fronteiras e condena o ser humano à horizontalidade de uma economia de mercado cada vez mais devastadora, mas, por outro, incita incessantemente a restauração, na sociedade, da figura perdida de Deus pai, sob a forma de uma tirania. Confrontada com esse duplo movimento, a família aparece como a única instância capaz, para o sujeito, de assumir esse conflito e favorecer o surgimento de uma nova ordem simbólica. Sobre a família, comenta Elizabeth Roudinesco:

Eis por que ela suscita tal desejo atualmente, diante do grande cemitério de referências patriárquicas desafetadas que são o exército, a Igreja, a nação, a pátria, o partido. Do fundo de seu desespero, ela parece em condições de se tornar um lugar de resistência à tribalização orgânica da sociedade globalizada. E, provavelmente, alcançará isso – sob a condição, todavia, de que saiba manter, como *princípio fundador, o equilíbrio entre o um e o múltiplo de que todo sujeito precisa para construir sua identidade. A família do futuro deve ser mais uma vez reinventada.*(ROUDINESCO, 2003, p. 199. Sem destaque no original.)

Na contramão do tempo, da história e das previsões dos menos afeitos à constante alteração do comportamento social, vê-se que as pessoas buscam a aproximação da normalização de suas relações sociais, familiares e sexuais, aconchegando-se nos ninhos familiares, não necessariamente sob o mesmo teto (FACHIN, 1999, p. 60), nem, por isso, deixando de se constituir em verdadeiro núcleo familiar. Esse núcleo não tem mais, como paradigma ou motivo fundamental, a hierarquia paterna, o poder estatal, a submissão à Igreja ou qualquer outro referencial constatado através dos tempos. Apenas, tão-somente, tem o amor, a afetividade e a vontade de as pessoas permanecerem juntas, criarem seus filhos, sejam eles oriundos de vínculos anteriores (matrimoniais ou não), de adoção ou, simplesmente, do chamamento de pessoas estranhas ao corpo familiar sangüíneo, para a convivência pacífica e voltada à realização plena de cada membro daquele grupo, firmando-se como pessoas únicas, dotadas dos direitos subjetivos da personalidade, individualizadas e cada qual com suas características próprias. Nada mais há – e, talvez, não haverá – que possa manter pessoas unidas, coesas, juntas, que não seja o amor e o afeto.

Essa afirmação ecoa das palavras proferidas, em 1991, pelo então Desembargador e hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça Carlos Alberto Menezes Direito: “Tenho para mim que o que se deve buscar é o abrigo da proteção jurídica da vida em comum. Não se pretende robustecer a união ilegítima, mas sim criar condições jurídicas para proteger a constituição da família, independente de sua origem no ato civil do casamento” (DIREITO, 1991, p. 17).

Não há como se negar que o Direito privado – notadamente, o Direito Civil e, mais particularmente, o Direito de Família – é “um sistema em construção”, recheado de cláusulas gerais, que deverão se interpretar, aplicar e complementar de

conformidade com as alterações e evoluções sociais e humanas, como assevera Judith Hofmeister Martins Costa (1998). Entretanto, a sua construção só se oportunizará se houver, antes, abertura para a “desconstrução”, entendida no sentido que lhe atribuiu Jacques Derrida: “Desfazer sem nunca destruir um sistema de pensamento hegemônico ou dominante, resistir à tirania do Um, resultante da força natural de mudança do ser humano” (DERRIDA e ROUDINESCO, 2004, p. 9). Além disso, não é possível ignorar a notável dificuldade de se perseguir tal objetivo, como já afirmava Glória Steinem: “O primeiro problema para todos, homens e mulheres, não é aprender, mas desaprender” (STEINEM, 1992, p. 78). Afinal:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. [...] Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social, tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar – até que consolidada a jurisprudência – certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. (MARTINS COSTA, 1998)

Não se ignora, também, que, para estruturar o direito com cláusulas abertas e gerais, faz-se necessário um Poder Judiciário atento às vicissitudes da população e conectado às alterações da malha social e, principalmente às alterações comportamentais que acarretam a modificação da própria noção de certo e errado das pessoas.

O sistema de adoção de cláusulas gerais, abertas à complementação, exige a participação mais ativa e efetiva do intérprete:

A cláusula geral, portanto, exige do juiz uma atuação especial, e através dela é que se atribui uma mobilidade ao sistema, mobilidade que será externa, na medida em que se utiliza de conceitos além do sistema, e interna, quando desloca regramentos criados especificamente para um caso e os traslada para outras situações.(AGUIAR, 2000, p. 10)

Parece que não restam dúvidas de que, em termos de direitos fundamentais, ao menos enfocados sob a ótica de sua respeitabilidade efetiva e concreta, ainda estamos engatinhando. Mas, a despeito disso, afirmou Paulo Mota Pinto, juiz do Tribunal Constitucional de Portugal e docente da Faculdade de Direito de Coimbra:

[...] o reconhecimento a todo o ser humano do valor de pessoa é hoje um verdadeiro postulado axiológico do jurídico, que não deve sofrer contestação relevante, pelos menos ao nível das proclamações. A personalidade do Homem é para o direito um *prius*, que o Direito encontra (não cria) e que deve ser reconhecido e tutelado pela ordem jurídica – pode mesmo dizer-se que o imperativo de respeito em todos os homens da sua dignidade de pessoa, através da atribuição de personalidade jurídica, resulta da consideração de um *conteúdo mínimo de direito natural* (no sentido de Hart), ou integra uma *idéia de direito* constitutivo do universo jurídico. A pessoa humana deve ser o centro das preocupações dos juristas, e o apelo que a estes é dirigido para a sua tutela jurídica emana do mais fundo substracto axiológico que constitui o direito como tal. Importa, pois, tratar dessa tutela. (PINTO, 2000, p. 61)

Tais direitos são, assim, essenciais, uma vez que a própria personalidade humana quedaria descaracterizada se a proteção que eles concedem não fosse reconhecida pela ordem jurídica. É exatamente sob esse aspecto que se procurou, neste trabalho, confrontar o direito à vida, do qual é subproduto o conhecimento da existência e origem da existência, a colocação social, afetiva e biológica da pessoa no mundo, no momento do nascimento e posteriormente, e o auto-reconhecimento da pessoa como ser humano do sexo masculino ou feminino, criando-se o impasse jurídico-sociológico quando a verdade internalizada afronta e digladiava-se com aquela exteriorizada pela anatomia.

Conclui-se, assim, que as relações civis, que têm como pressuposto lógico e axiológico a própria existência das pessoas, são muito mais complexas do que o modo pelo qual o direito privado as estudava até muito pouco tempo, distinguindo-as, de forma marcada, dos assim chamados direitos públicos. Tanto

assim que se vivencia no país o forte movimento de constitucionalização do direito privado e, notadamente, do Direito Civil. Para tanto, é necessário reconhecer que os valores da sociedade atual não são mais aqueles pregados pelo Direito Civil do Estado liberal. Em vez da autonomia da vontade e da igualdade formal, sobrepõem-se os interesses de proteção de uma população que aguarda providências e prestações estatais. Esses valores que, outrora, estavam no Direito Civil estão, agora, nas constituições. A Constituição, que no paradigma burguês era desinteressada quanto às relações sociais, passa a preocupar-se com elas, incorporando os valores que, ao mesmo tempo, vão sendo expressos no ordenamento. A lei fundamental, então, é que positiva os direitos concernentes à justiça, segurança, liberdade, igualdade, propriedade, herança etc. Antes, eles estavam no Código Civil ou, como diz Pietro Perlingieri,

o direito civil constitucional parece estar em busca de um fundamento ético, que não exclua o homem e seus interesses não-patrimoniais, da regulação patrimonial que sempre pretendeu ser – não se projetam a expulsão e a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial. O momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação quantitativa do momento econômico e à disposição de encontrar, na existência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a humilhar a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. (PERLINGIERI, 2002, p. 33)

Não há, por assim dizer, qualquer possibilidade de simplesmente se ignorar, diante da notável evolução do Direito como instrumento de tutela da pessoa humana, o seu valor matricial e fundamental na ordem existencial do mundo, as origens biológicas e afetivas da pessoa, seu reconhecimento interno e externo perante a sociedade, o mundo e as demais pessoas e a necessária convivência com outras pessoas, num microssistema constituído pela família, berço, amparo, reduto seguro, ponto de partida e chegada, porto seguro de todos nós, mas, de qualquer

forma, reconhecendo a insuficiência de conceitos, princípios e conhecimentos para a exata valoração do ser humano ou, como afirmou Luiz Edson Fachin,

cogita-se agora, pois, de aprofundar uma revisão crítica principiada e não terminada, dado que não basta mais revelar a franca decadência que sofreram as bases sobre as quais se edificaram os institutos jurídicos. Não se trata de uma crise de formulação, eis que o desafio de um novo ou renovado Direito Civil está além de apenas reconhecer o envelhecimento da dogmática. *Um recomeço cujo fim principia e acaba num ponto de partida.* (2000 a, p. 323. Sem destaque no original.)

Encerra-se, assim, a exposição deste tópico demonstrando toda a vivacidade e grandioso respaldo filosófico do novo Código Civil brasileiro, objeto da análise no próximo tópico, no que pertine à filiação, ao deixar margem para que o aplicador do Direito, de acordo com a realidade social, atribua a correta interpretação às cláusulas gerais. Recorda Luiz Fernando Veríssimo:

George Steiner diz que existem dois tipos de filósofos ocidentais: os que, como Platão, Descartes, Spinoza, Pascal e Wittgenstein, entre outros, usam a matemática como referência para entender o mundo e dão mais valor a códigos e padrões do que ao discurso e à especulação, e os que, como Tomás de Aquino, Hegel, Nietzsche, Heidegger e Sartre, vão fundo nas motivações humanas e preferem a História e suas surpresas às equações e suas certezas. No fim, o que os diferencia é o modo de encarar o tempo: há o tempo mensurável do matemático sem o qual a ciência e a tecnologia seriam impossíveis, e há o tempo como *durée* ou duração, experimentada pelo ser em constante devir, o passado e o futuro articulados pela memória e pela imaginação, de maneira que a ciência não explica. O cronômetro contra a literatura. (VERÍSSIMO, 2003)

### 3.2 FAMÍLIA E PATERNIDADE À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL

*[...] esse viés ético foi o que levou à consagração da paternidade socioafetiva. Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo se divorciado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade.*

Maria Berenice Dias

Nesta parte da pesquisa, serão tratadas algumas alterações do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, concernentes ao direito de filiação, para, no tópico seguinte, abordar a irrevogabilidade da adoção, encarnação definitiva do primado da afetividade.

O Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao Direito de Família, desprezando-se o móvel da *affectio*, inclusive no Título I destinado ao “direito pessoal”. Assim, as causas suspensivas do casamento, referidas no artigo 1.523, são quase todas voltadas aos interesses patrimoniais (principalmente, em relação à partilha de bens). Da forma como permanece no Código, a autorização do pai, tutor ou curador para que se casem os que lhe estão sujeitos não se volta à tutela da pessoa, mas ao patrimônio dos que desejam casar; a razão de a viúva estar impedida de casar antes de dez meses depois da gravidez não é a proteção da pessoa do nascituro ou a da certeza da paternidade, mas a proteção de seus eventuais direitos sucessórios; o tutor, o curador, o juiz, o escrivão estão impedidos de casar com as pessoas sujeitas a sua autoridade, porque eles, segundo a presunção da lei, seriam movidos por interesses econômicos. No capítulo destinado à dissolução da sociedade conjugal e do casamento, ressaltam os interesses patrimoniais, sublimados nos processos judiciais, agravados com o fortalecimento do papel da culpa na separação judicial, na contramão da evolução do Direito de Família.

Contrariando a orientação jurisprudencial dominante, o artigo 1.575 enuncia que a sentença importa partilha dos bens. A confusa redação dos preceitos relativos à filiação (principalmente a imprescritibilidade prevista no artigo 1.601)

estimula que a impugnação ou o reconhecimento judicial da paternidade tenham como móvel interesse econômico (principalmente herança), ainda que ao custo da negação da história de vida construída na convivência familiar. Quando cuida dos regimes de bens entre os cônjuges, o Código (artigo 1.641) impõe, com natureza de sanção, o regime de separação de bens aos que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas e ao maior de 60 anos, regra esta de discutível constitucionalidade, pois agride a dignidade da pessoa humana, cuja afetividade é desconsiderada em favor de interesses de futuros herdeiros.<sup>25</sup> As normas destinadas à tutela e à curatela estão muito mais voltadas ao patrimônio do que às pessoas dos tutelados e curatelados. Na curatela do prodígio, a proteção patrimonial chega ao paroxismo, pois a prodigalidade é negada, e a avareza, premiada. No que se refere às vedações impostas aos maiores de 60 anos, a contradição ao Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003) é flagrante, notadamente quando se lê, no artigo 2º, que

o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Em termos quantitativos, como vimos, o Código Civil de 1916 destinava a maioria dos artigos relativos ao direito de família aos interesses patrimoniais ou econômicos. Comparativamente, o Código Civil de 2002, de um total de 273 artigos, reserva 112 aos interesses patrimoniais. Assim, ao menos em relação à proporção de artigos voltados predominantemente às pessoas integrantes das relações familiares, o Código de 2002 contemplaria mais a diretriz da repersonalização. Para

---

<sup>25</sup> João Baptista Villela considera que a proibição de casar aos maiores de 60 anos é um reflexo agudo da postura patrimonialista do Código Civil e que isso constitui mais um dos ultrajes gratuitos

efeito de análise, destaque-se a exclusão dos 20 artigos que disciplinavam, de modo desigual, os direitos e deveres do marido e da mulher e a transferência, para a Parte Geral, dos 18 artigos que tratam da ausência, todos de fundo patrimonializante. Em contrapartida, o bem de família, que, no Código de 1916, era disciplinado na Parte Geral em quatro artigos, passou a ser parte do Direito Patrimonial do Livro IV do Código de 2002, com 12 artigos.

O censo demográfico relativo à última década do século XX, organizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstra que a pirâmide da perversa distribuição de renda no Brasil exclui a grande maioria da população da incidência das normas da legislação civil voltadas à tutela do patrimônio.<sup>26</sup> A realidade palpável é a de o Código Civil permanecer impermeável – mesmo no que concerne às relações de família – aos interesses da maioria da população brasileira que não tem acesso às riquezas materiais.

Evidentemente, as relações de família também têm natureza patrimonial. Sempre terão. Todavia, quando passam a ser determinantes, os interesses patrimoniais desnaturam a função da família, como espaço de realização da dignidade da pessoa na convivência e na solidariedade afetiva.

A família brasileira transformou-se intensamente no fim do século XX, não apenas quanto aos valores, mas à sua composição, como revelam os dados do censo demográfico do IBGE de 2000 (ver IBGE, 2003) e também os da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) divulgada anualmente, que são necessários e preciosos para análise dos juristas. Constata-se a existência de uma

---

que nossa cultura inflige à terceira idade. E arremata: a afetividade enquanto tal não é um atributo da idade jovem (ver VILLELA, 1980, p. 35-36).

<sup>26</sup> O Censo de 2000 confirma a nação de desiguais: em 1960, os 10% mais ricos detinham renda 34 vezes maior que os 10% mais pobres; em 2000, a concentração de renda tinha aumentado: os 10% mais ricos detinham renda equivalente a 47 vezes à dos 10% mais pobres. De um total de 46.306.278 famílias brasileiras, apenas 2.754.437 (5,9%) ganhavam mais de 20 salários mínimos.

população avassaladoramente urbana (81,25% vivem em menos de 5% do território brasileiro),<sup>27</sup> completamente diferente do predomínio rural, cuja família serviu de modelo para o Código Civil de 1916.

Este é o quadro espelhado no censo de 2000:

- a) a média de membros por família caiu para 3,5;
- b) o padrão de casal com filhos (incluindo as uniões estáveis) caiu de 60%, no início da década de 1990, para 55%;
- c) em contrapartida, o percentual de entidades monoparentais compostas por mulheres e seus filhos ampliou de 22%, no início da década de 1990, para 26%. Na cidade de Belém, esse percentual subiu para impressionantes 40,5%, o que mereceria estudo mais aprofundado de suas razões;
- d) 45% dos domicílios organizam-se de forma que, no mínimo, um dos pais ou ambos estão ausentes, incluindo-se os que vivem sós, ou avós ou tios criando netos ou sobrinhos, irmãos ou grupo de amigos que vivem juntos;
- e) os casais sem filhos constituíam 13,8%;
- f) os solitários (solteiros ou remanescentes de entidades familiares) subiram de 7,3% para 8,6%;
- g) o decréscimo da taxa de fecundidade por mãe é notável, passando de 5,8 filhos na década de 1970 para 2,3 filhos;<sup>28</sup>
- h) os mais velhos estão vivendo mais, demandando atenção das famílias, atingindo a média de 64,6 anos. Aposentados constituíam 13% da população brasileira (23 milhões);

<sup>27</sup> O IBGE considera urbana toda a população residente nas sedes dos municípios e demais áreas definidas pela legislação municipal.

<sup>28</sup> Entre as mulheres mais pobres (até um quarto de salário mínimo), a média é de 5,3 filhos; entre as mais ricas (mais de cinco salários mínimos), 1,1 filho, um índice menor que a média européia, que é de 1,5 filho. A queda da natalidade terá conseqüências na projeção da população brasileira. Em relatório divulgado, em 9 de dezembro de 2003, pela Divisão do Departamento de Economia e

i) a população é mais feminina, havendo 97,2 homens para cada grupo de 100 mulheres;

j) o brasileiro está casando menos e mais tarde; dados da Pnad de 2002 indicam que a idade média do homem ao casar subiu para 30,3 anos e a da mulher para 26,7 anos. Mas a taxa de conjugalidade tem caído: foram 743,4 mil casamentos em 1991 e 715,1 mil em 2002. A taxa de divórcio em 2002 foi de 1,2 por mil habitantes, tendo crescido 59,6% em relação a 1991.

Esses dados de realidade estão a demonstrar que o anterior paradigma da família, radicado na estrutura patrimonial e biológica, está a *desaparecer* e que o Direito há de acompanhar esse fluxo sociológico de olhos bem abertos e atentos. A família está se adaptando às novas circunstâncias, assumindo um papel mais concentrado na qualidade das relações entre as pessoas e no desejo de cada uma. A família constitui-se por múltiplos arranjos, sem a rejeição legal e social que esses arranjos enfrentavam no passado. Ela é menor, nuclear, menos hierarquizada e contempla mais a dignidade profissional da mulher. A redução da taxa de fecundidade tem sido justificada pelo interesse das famílias em maior dedicação aos filhos. Se a família perdeu sua função de unidade econômica, se seus membros são vistos uns em relação aos outros muito mais em suas dimensões pessoais e em comunhão de afetos, não faz sentido, em razão dessa mudança dos fatos, que os interesses patrimoniais permaneçam à frente na aplicação do Direito de Família.

As cláusulas abertas permitem que o sistema normativo, poroso e receptivo, esteja em constante construção em função da evolução social, mantendo sempre como “guia” a tutela dos direitos fundamentais.

Como afirma Judith Hofmeister Martins Costa (1998), a razão de visualizar o novo texto legislativo à luz de suas cláusulas gerais responde à questão de saber se o sistema de direito privado tem aptidão para recolher os casos que a experiência social, contínua e inovadoramente, propõe a uma adequada regulação, de modo a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis. Em outras palavras, é preciso saber se, no campo da regulação jurídica privada, é necessário, para ocorrer o progresso do Direito, recorrer-se sempre a uma pontual intervenção legislativa ou, se o próprio sistema legislado permitir, poderia, por si, proporcionar os meios de se alcançar a inovação, conferindo aos novos problemas soluções *a priori* assistemáticas, mas promovendo, paulatinamente, a sua sistematização.

Parece indubitável que o Código abandonou a idéia absolutista da tematização e o estabelecimento de regras herméticas e casuísticas que têm a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único corpo legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura, e parece que foi exatamente o que almejou Miguel Reale<sup>29</sup>, ao utilizar a expressão “modelos jurídicos”, e o que se verificou no Brasil e em todo o Ocidente pela codificação objetiva das normas legais.

Quanto às inovações e mudanças, merecem análise as referentes à paternidade presumida, a contestação da paternidade e a ação investigatória.

Procurou-se, com a edição desta nova lei, abandonar o caráter formal característico da lei anterior, preocupando-se em dar um sentido mais prático e aberto, em virtude das grandes transformações ocorridas no mundo.

---

<sup>29</sup> Ver “Para uma teoria dos modelos jurídicos”, comunicação apresentada ao Congresso Internacional de Filosofia, realizado em Viena, 1968 (publicada em REALE, 1994).

Primeiramente, deve-se dizer que a nova lei absorveu o disposto na Constituição de 1988, suprimindo definitivamente a distinção entre filiação legítima, ilegítima e legitimação, sendo agora usado apenas o termo filiação.

Dispõe o artigo 1.596 que “os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Silvio Rodrigues, ao falar sobre a diferença entre o filho havido do casamento e o do havido fora das núpcias e do adotivo, ensina que:

[...] para os filhos originados de uma relação conjugal, a lei estabelece uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação; para os havidos fora do casamento, criam-se critérios para o reconhecimento, judicial ou voluntário; e, por fim, para os adotados, são estabelecidos requisitos e procedimento para a perfilhação. (RODRIGUES, 2002, p. 240)

Inovação interessante surge no artigo 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 subseqüentes 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.

Luis Paulo Cotrim Guimarães (2001, p. 219), ao comentar o referido artigo, afirma que o Código, além de não mais especificar as causas de dissolução da sociedade conjugal (morte, separação, divórcio ou anulação), estabeleceu a paternidade presumida quanto ao filho advindo por reprodução assistida, em qualquer momento da relação conjugal, exigindo como requisito único, o consentimento marital. Não explicita a necessidade de ser expresso tal

consentimento, nem distingue a forma de inseminação (homóloga ou heteróloga), podendo ser verbal, pois, o assentimento marital. Em caso de impugnação pelo marido, caberá a ele provar seu não-assentimento, posto que o artigo de lei não determina formalidade para autorização, vigendo, entre nós, o princípio da liberdade das formas (artigos 212 do Código Civil e 332 e seguintes do Código de Processo Civil). É de se ressaltar, no entanto, que o autor mencionado diz que inseminação pode ser feita a *qualquer momento da relação conjugal*, quando a norma legal não traz esse requisito de ainda estar em vigor a relação conjugal. Conclui-se que, mesmo após a morte do marido, a inseminação poderá ser feita, como já mencionado anteriormente.

Embora tenha o legislador incluído tema inovador como é o caso da reprodução assistida, deixou de regulamentá-la especificamente no novo código. Os filhos advindos dessa técnica são desamparados pela lei, e não é difícil imaginar os problemas que daí advirão.

Questões conflitantes nascem dessa filiação, entre as quais são citadas: realização da reprodução em útero de mulher que não seja a esposa; reconhecimento do filho pelo doador de sêmen, que normalmente não tem seu nome revelado; destinação dos embriões não utilizados, e a época em que poderão ser transferidos à mulher; a qualidade de herdeiros dos filhos provenientes das formas prescritas nos incisos III e IV, após a morte do pai; e, ainda, os filhos advindos por inseminação artificial com material genético proveniente de um terceiro que não os cônjuges podem ser excluídos da situação de filho por meio da ação de investigação ou negatória de paternidade contra os pais biológicos, dos quais não terão o mesmo DNA.

Essas são algumas questões, entre muitas, que surgirão em razão da evolução da ciência e das técnicas de reprodução assistida e da engenharia genética. No campo do Direito, certamente essa questão ainda tem de evoluir muito para satisfazer a necessidade de verificação das paternidades a serem atribuídas. Por enquanto, a única certeza que se tem é que esses filhos são considerados concebidos na constância do casamento e não podem sofrer qualquer tipo de discriminação (Constituição Federal, artigo 227, § 6º), mesmo que falecido o marido (Código Civil, artigo 1.597, III).

Mais adiante, o Código Civil discorre sobre a negatória de paternidade pelo pai presumido, sendo assim redigido o artigo 1.601:

Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.  
Parágrafo único. Contestada a filiação os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Primeiramente, deve-se dizer que a expressão “marido” desprestigia a relação referente à união estável, sendo que o homem que vive dessa maneira também teria o direito da negatória de paternidade. Em razão do princípio constitucional da igualdade entre as diversas formas de família e de filiação, o artigo 1.597 do Código Civil deve ser aplicado extensivamente à união estável, ressaltando que a origem dos filhos não pode ser fator de diferenciação para sua proteção. Assim, se é possível entender que os filhos concebidos na constância da união estável sejam do companheiro, a via reflexa é legitimá-lo à ação negatória de paternidade, a despeito da flagrante contradição do artigo 1.601 com o artigo 1.597-V, que, ao admitir a inseminação heteróloga, nada mais fez do que reconhecer a paternidade socioafetiva, ainda que sem se utilizar dessa terminologia.

Sendo imprescritível a ação de investigação de paternidade, conforme a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal (STF), também a negatória assim deve

ser entendida em razão de o direito de reconhecimento da paternidade ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Ao contrário da legislação de 1916, afasta o legislador qualquer restrição à negatória de paternidade pelo marido.

Ainda sobre a paternidade presumida, o novo código põe fim à questão da sua duplicidade existente na legislação anterior, conforme se verifica no artigo 1.598:

Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597.

Dispõe o inciso II do artigo 1.523 que “não devem casar a viúva ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal”.

Já o inciso I do artigo 1.597 informa que se presumem “concebidos na constância do casamento os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal”.

Esse artigo resolve o problema da dupla paternidade presumida existente no diploma de 1916. Caso a mulher viúva venha a casar-se antes do prazo de dez meses previsto no artigo 1.523, I, e tenha um filho entre os 300 dias do falecimento do seu primeiro marido, presume-se ser este o pai da criança. Mas se o nascimento ocorrer após o prazo de 300 dias do falecimento e já houver transcorrido o prazo do artigo 1.523, I, haverá a presunção de paternidade quanto ao novo marido.

Ainda percorrendo sobre a presunção de paternidade, o artigo 1.599 diz que “a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade”.

Regina Beatriz Tavares da Silva, ao comentar referido artigo, informa que:

[...] No artigo em análise a impotência *generandi* ilide a presunção da paternidade, não sendo mais necessário que seja absoluta, o que reflete o avanço das provas técnicas existentes para a demonstração da filiação, dentre as quais se destaca o exame de DNA. O artigo não refere à impotência *coeundi* porque, em razão das novas técnicas de reprodução artificial, pode ela existir sem que haja a impotência *generandi*. (*apud* FIUZA, 2002, p. 1.410)

Esse dispositivo, em face das novas disposições da legislação, de contestação incondicional da paternidade presumida, resta desnecessário, mas há que se atentar para a distinção existente entre as hipóteses de negatória de paternidade e anulação de registro civil de nascimento por erro:

Ação negatória de paternidade. Anulação de registro de nascimento. Distinções. A negatória de paternidade visa a impugnar a legitimidade da filiação, pressupõe a existência de registro e visa a anulação por erro ou falsidade. Prescreve em vinte anos. Suposto pai que, espontânea e conscientemente, comparece ao Registro Civil e declara ser o registrando filho seu, mesmo sabendo de sua incapacidade *generandi*, é carecedor de ação negatória de paternidade. Não pode, futuramente, alegar a própria torpeza.<sup>30</sup>

A confissão da mãe da prática de adultério e a exclusão da paternidade não servem para ilidir a sua presunção, em razão da determinação de a paternidade ser um direito indisponível, bastando ao interessando a intenção de sua declaração. Sendo assim, não fariam falta os artigos 1.600 e 1.602 do novo Código Civil.

Adentrando o tema do capítulo que abordará a legitimidade das decisões judiciais, afirma Gustavo Tepedino:

<sup>30</sup> Apelação Cível 595.188814-7ª Câmara Cível TJMG. Rel. Des. Ulderico Ceccato. J. 15/6/96.

a Constituição Federal alterou o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. (TEPEDINO, 2001 a, p. 349)

Esse ponto de partida não pode ser esquecido em qualquer julgamento que envolva família e paternidade, sob pena de se tornar ilegítimo e mesmo inconstitucional.

Sociólogos, historiadores, antropólogos e juristas têm revelado o processo de passagem da família patriarcal à família nuclear. Esse processo de desintegração da família é o resultado de profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais, como a revolução industrial, as grandes concentrações urbanas, a inserção da mulher no processo de produção e a emancipação feminina (OLIVEIRA e MUNIZ, 1990, p. 10). Vislumbra-se uma realidade moderna (ou pós-moderna) completamente díspare daquela vivenciada há bem pouco tempo, dos matrimônios duradouros, não por amor, carinho e vontade, porém muito mais por comodismo, tradição e imposição tanto da família como da sociedade, que via com maus olhos os separados, principalmente a mulher separada. Atualmente, vê-se, então, a formação de novas entidades familiares não fundadas no matrimônio, mas não menos fortes e arraigadas, e a sociedade já as aceita com tranqüilidade e com menos preconceito (ARAÚJO e VARGAS, 2001, p. 327).

Nunca se consegue atravessar o rio e chegar à outra margem sem uma boa dose de risco e incerteza. Sem dúvida, essas são características da opção do legislador do novo Código Civil, que inseriu um grande número de princípios e cláusulas gerais e não ignorou que, segundo informou Miguel Reale, “uma lei não

deve ser interpretada segundo a sua letra, mas, consoante o seu espírito”. Deve ser considerado o conjunto das diretrizes que norteou a obra codificadora, “constituindo o seu travamento lógico e técnico, bem como a base de sua fundamentação ética” (REALE, 1986, p. 87).

Essa ética há de ser norteada pelo fato de que, em primeiro plano, está o ser humano valorado por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e, por isso mesmo, titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente –, passa o Direito a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial na qual, mais do que tudo ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então, o Direito Civil reassume a sua direção etimológica e, do direito dos indivíduos, passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores de civilidade (MARTINS COSTA, 2001, p. 239). Exatamente nessa questão reside a responsabilidade do Poder Judiciário, que há de estar comprometido com a efetivação e concretização dos princípios maiores da Constituição Federal, a nortear e balizar seus julgamentos.

O Direito Civil, portanto, há de ser mutável, flexível, poroso, permitindo que seja oxigenado e atualizado pelas mutações sociais resultantes da própria natureza humana de buscar, inovar e descobrir. A estagnação e a renúncia à mudanças conduzem à abdicação ao desenvolvimento, ao progresso e à aprendizagem.

O que é a aprendizagem, senão o movimento entre aquilo que foi há instantes e aquilo que ainda não é? Aprender é um embate, é um ranger de espadas. Aprender é um risco atraente, é o risco de estarmos novamente – e a cada instante – além de nós mesmos, do que é conhecido, do que já fomos, do que

somos. Aprender é contar com o tempo a nosso favor, ter desprendimento suficiente para se afastar dos chamados “portos seguros” em busca do desconhecido. Somente assim se cresce. Afinal, como diz Cora Coralina, “todos estamos matriculados na escola da vida, onde o mestre é o tempo e o que vale na vida não é ponto de partida e sim a caminhada. Caminhando e semeando, no fim terás o que colher”.

Faz-se vivo o ensinamento de Michel Serres:

Partir exige um dilaceramento que arranca uma parte do corpo à parte que permanece aderente à margem do nascimento, à vizinhança do parentesco, à casa e à idéia dos usuários, à cultura da língua e à rigidez dos hábitos. Quem não se mexe nada aprende. Sim, parte, divide-se em partes. Teus semelhantes talvez te condenem como um irmão desgarrado. Eras único e reverenciado. Tornar-te-ás vários, às vezes incoerente como o universo que, no início, explodiu-se, diz-se, com enorme estrondo. Parte, e tudo então começa. Partir, sair. Deixar-se um dia seduzir. Tornar-se vários, desbravar o exterior, bifurcar em algum lugar. Eis as três primeiras estranhezas, as três variedades de alteridade, os três primeiros modos de ser e expor. Porque não há aprendizagem sem exposição. (SERRES, 1993, p. 27)

Pensar, refletir, conhecer, partir, ficar e aprender são questões que se colocam com a crise dos nossos padrões de valor, que não é apenas a da fragilidade dos códigos até então vigentes, mas os riscos de um modo de se conduzir segundo regras prévias e externas que retiram daquele que age a prerrogativa de pensar para decidir o que fazer em cada situação que se apresenta. Busca-se, assim, tornar concreta a afirmação de Heráclito de que “a todos os homens é compartilhado o conhecer-se a si mesmo e pensar sensatamente” (1978, p. 62).

E esse pensamento reflexivo há de ser compartilhado, democratizado, para que possa ganhar adeptos, opositores para o necessário tensionamento, para firmar-se, ou não, sendo, portanto importante que seja textualizado e exteriorizado.

O pensamento é inconcebível sem discurso, do qual precisa para entrar em atividade. O pensamento e o discurso contam um com o outro. A linguagem é o veículo e a forma do pensamento (CORREIA, 2002, p. 143) e o que é fundamental para Hannah Arendt é que

Os pensamentos, para acontecer, não precisam ser comunicados; mas não podem ocorrer sem ser falados – silenciosa ou sonoramente, em um diálogo, conforme o caso [...] e a razão – não porque o homem seja um ser pensante, mas porque ele só existe no plural – também quer a comunicação e tende a perder-se caso dela não tenha que privar; pois a razão, como observou Kant, não é de fato “talhada para isolar-se, para comunicar-se”. A função desse discurso silencioso [...] é entrar em acordo com o que quer que possa ser dado aos nossos sentidos nas aparências do dia-a-dia; a necessidade da razão é dar conta [...] de qualquer coisa que possa ser ou ter sido. Isso é proporcionado não pela sede do conhecimento [...], mas pela busca do significado. O puro nomear das coisas, a criação das palavras é a maneira humana de apropriação e, por assim dizer, de desalienação do mundo no qual, afinal, cada um de nós nasce, como um recém-chegado, como um estranho. (ARENDR, 1995, p. 187)

Assim, neste início de século, com rompimento de barreiras, obstáculos, preconceitos, e no desfraldar de novos ares, novos conhecimentos e experiências, respaldados agora pela notável abertura semântica impulsionada pelo Código Civil e suas cláusulas e normas abertas, busca-se o conceito de família, a verdadeira face da filiação, da paternidade e dos motivos e fundamentos que conduzem as pessoas a permanecerem umas ao lado das outras, em pequenos núcleos de convivência ou ninhos de afetividade, como dito antes, sem qualquer outro tipo de imposição legal ou moral que assim o determine. Esse porvir vem sendo descoberto e desvelado paulatinamente, com o amadurecimento dos relacionamentos e das próprias pessoas, penetradas e influenciadas pela sensibilidade e afetividade que permeiam toda e qualquer relação entre duas ou mais delas e que são as únicas verdadeiras condicionantes que fazem com que,

ligadas ou não por vínculo sangüíneo jurídico, estejam e permaneçam juntas e felizes.

No entanto, a busca dessa nova e diferente fisionomia das relações familiares e filiais, fundamentada no afeto, há de ser feita em conjunto com sensíveis valores éticos, sob pena de se estar condenando à morte um novo e belo filho que ainda sequer nasceu.

Com essa intenção, Maria Berenice Dias (2004 a) afirmou que “não basta a inserção do afeto como elemento identificador dos vínculos familiares”. Mas, além disso, é impositivo invocar a ética como elemento estruturante do Direito de Família. Ao se confrontar com situações em que o afeto é o traço diferenciador das relações interpessoais, não se pode premiar com a irresponsabilidade comportamentos que afrontam o dever de lealdade que merece ser prestigiado como integrante da estrutura familiar. A omissão em extrair conseqüências jurídicas pelo só fato de a situação não corresponder ao vigente modelo de moralidade não pode chancelar o enriquecimento injustificado. Certamente, esse viés ético foi o que levou à consagração da paternidade socioafetiva. Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo se divorciado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade.

Outra não pode ser a postura ética da jurisprudência diante de situações similares. Ainda que sejam alvo do preconceito ou se originem de atitudes havidas por reprováveis, o juiz não pode afastar-se do princípio ético que deve nortear todas as decisões. O distanciamento dos parâmetros comportamentais majoritários ou socialmente aceitáveis não pode ser fonte geradora de favorecimentos, preconceitos e discriminações. Não ver fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da Justiça cega. Condenar à invisibilidade situações

existentes é produzir irresponsabilidades: é olvidar que a ética condiciona todo o Direito e, principalmente, o Direito de Família.

Há que se ter em mente que:

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar.

A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. Essa mudança de rumos é inevitável.

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.

A família, na sociedade de massas contemporânea, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Por outro lado, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelou a família. São esses os dois principais fatores do desaparecimento da família patriarcal.

Reinventando-se socialmente, reencontrou sua unidade na *affectio*, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social.

A repersonalização das relações jurídicas de família é um processo que avança, notável em todos os povos ocidentais, revalorizando a dignidade humana, e tendo a pessoa como centro da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais, nomeadamente durante a hegemonia do individualismo liberal proprietário, que determinou o conteúdo das grandes codificações. (LOBO, 2000)

Afinal, renunciar a tudo isso, ao porvir, ao prazer da descoberta, à adrenalina do novo, é simplesmente renunciar à própria vida, como expressado na letra poética da canção “Cuide bem do seu amor”, de Herbert Viana:

Cuide bem do seu amor  
Seja quem for  
E cada segundo, cada momento, cada instante  
É quase eterno, passa devagar

Se seu mundo for o mundo inteiro  
 Sua vida, seu amor, seu lar  
 Cuide tudo que for verdadeiro  
 Deixe tudo que não for passar!

Mas, para assim cuidar, exigem-se um cuidado, uma atenção e uma dedicação que são ingredientes certos e necessários ao espocar imorredouro do novo, do amanhã, das promessas da modernidade e, enfim, do sonho imaginado, existente, por certo, na parte mais íntima de cada um de nós: viver ao lado de quem se ama, para dividir os dias, as horas, os momentos bons e ruins, dedicando a vida a essa pessoa por um único e exclusivo argumento justificador – o amor.

Não há prova maior da prevalência do valor afetivo do que aquela que justifica a adoção como ato de puro amor. Por isso mesmo, ela não é passível de revogação ou rescisão como se fosse um simples contrato.

### 3.3 A IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

*Ah! Eu muito,  
 até saíres da penosa infância,  
 sofri contigo e trabalhei bastante,  
 na doce esperança de que um dia,  
 já que irados os Deuses me negavam  
 sucessão, adotando-te como filho,  
 meu amparo e meu consolo tu serias.*

Homero, *Ilíada*, Canto IX, discurso de Félix a Aquileus

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, a situação da adoção no Direito brasileiro passou a ser a seguinte: a adoção de crianças (menores até 12 anos de idade) e adolescentes (até 18 anos de idade) será regulamentada pela lei nova, estejam ou não esses menores em companhia de seus pais ou representantes legais. Por outro lado, a adoção de pessoas com idade superior à indicada por último (18 anos) será regulada pelo

disposto no Código Civil, artigos 368 e 378 (refere-se ao texto do Código de 1916). Entretanto, esclareça-se que as modificações trazidas pela Constituição Federal, artigo 227 § 6º, que igualou todos os filhos – e, com isso, os adotivos –, fizeram com que não mais existam as disparidades sucessórias constantes dos artigos 377 e 1.605 § 2º do anterior estatuto civilista, situação esta, aliás, já prevista na Lei 883/49 com a nova redação que lhe deu a Lei do Divórcio.

Ante a nova ordem constitucional, o parentesco civil criado pela adoção não se limita a adotante e adotado, posto que, se todos os filhos estão em condições de igualdade, incluindo-se os filhos adotivos, haverá parentesco civil entre estes e os demais irmãos adotivos ou filhos naturais do casal adotante, bem como entre aqueles e os parentes dos adotantes.

Dessa forma, mesmo antes da vigência do Estatuto da Criança, que tornou a adoção absolutamente definitiva, diferente do que antes previa o Código de Menores no que dizia com a adoção simples, para que se possibilitasse a rescisão ou o desfazimento dessa espécie de adoção, era necessária a presença de todos os envolvidos no ato a ser desfeito. Assim, com o falecimento do adotante, o ato se torna irrevogável e indissolúvel, posto que seria absolutamente necessária e imprescindível sua participação.

Quais serão as partes intervenientes no contrato de dissolução? A matéria, não versada pelos nossos estudiosos, é da mais alta relevância, pois nem sempre os efeitos da adoção se limitam ao adotante e ao adotado: desde que se possam estender a outras pessoas, por exemplo, os descendentes do adotado, também eles deverão tomar parte no contrato que extingue a adoção... Também aqui, embora o Código Civil pátrio não consigne dispositivos expressos, o princípio há de ser o mesmo, tanto em benefício da manutenção do vínculo, como a fim de não prejudicar partes que não deram causa à supressão do mesmo.

A dissolução dá-se por contrato entre o adotante, o filho e aqueles descendentes do filho, aos quais se estendem os efeitos jurídicos da adoção. (CHAVES, 1995 a, p. 426-427)

Lembra ainda Antônio Chaves que “falecido o pai, impossível desatar o vínculo da adoção” (CHAVES, 1995 b, p. 748). Nesse sentido, com fundamento no artigo 374, I e II, concluiu o acórdão de 9 de agosto de 1974 da 6ª Câmara do TJSP (RT 471/66) que: “a revogação da adoção por acordo das partes é admissível. Mas partes são aquelas que intervieram na adoção”. Acórdão unânime da 1ª Turma do STF, de 30 de novembro de 1976, RE. 84.033 (RT informa, da 1ª quinzena de julho de 1977), decidiu:

Só entre partes maiores e capazes é possível revogar-se a adoção por escritura pública. Tratando-se de menores ou incapazes não há representação possível. Aplicação do artigo 374, I do CC.

O artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a *adoção é irrevogável*, lei que por ser de direito material, aplica-se imediatamente aos menores de 18 anos, não havendo ofensa a direito adquirido.

É próprio das leis que suprimem institutos jurídicos ou que lhes mudam a substância, a natureza, enfim o modo de ser, prescrevendo-lhes novo regime ou novos efeitos, incidir sobre as relações jurídicas constituídas no passado, mas ainda subsistentes, sem reserva de situações jurídico-subjetivas, aperfeiçoadas sob a lei velha. Por isso, não há direito adquirido em relação a regime normativo de instituto jurídico. Segundo a terminologia costumeira, embora elíptica, aplica-se de imediato, com alcance geral (subentendo-se, também, as relações e posições jurídicas vigentes, oriundas de fatos pretéritos), a lei nova que modifique o regime jurídico de um instituto de direito (atribuindo-lhe novas qualificações ou efeitos jurídicos).

É manifestação doutrinária pacífica que:

Trata-se de axioma comum às principais teorias sobre aplicação da lei no tempo e perfilhado entre nós, pela jurisprudência do egrégio STF.

Sua clara percepção dogmática remonta a Savigny. Distinguindo como classes diversas, entre normas que têm por objeto a aquisição dos direitos e as que respeitam à existência dos direitos, já

sustentava ele estarem as primeiras sujeitas ao princípio da irretroatividade, não, porém, as segundas. Não se podem invocar direitos adquiridos, porque se trata de instituição sujeita às leis do desenvolvimento progressivo. A prudência no mudá-las ou aboli-las é regra de política e não de direito. (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 276)

O diagrama é simples: se os adotantes e o adotado não exercitaram o direito de desconstituir adoção enquanto lhes era possibilitado pelo artigo 374-I do Código Civil de 1916, não havendo texto semelhante no atual e diante da regra impeditiva trazida no Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção, qualquer que tenha sido seu regime, é, atualmente, definitiva, e é impossível de ser desconstituída a relação de filiação por vontade das partes.

Não se está aqui sustentando a revogação do artigo 374-I, mas ele só se aplica às adoções de pessoas maiores de 18 anos, quer agora, quer no passado, mesmo assim, até a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente. Já entendia Pontes de Miranda que:

No reconhecer-se aqui a incidência da lei nova sobre o teor da relação de parentesco à qual impôs, como signo de regime jurídico diverso, a eficácia da irrevogabilidade, não há ofensa às garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, porque não há retroação da lei nova, senão aplicação perpendicular em termos de efeitos jurídicos típicos que não dependiam e não dependem da vontade das partes, nem da mera objetividade original do ato (fato constitutivo), mas da lei aplicável, segundo seu tempo de competência.

É preciso não se deixar trair por ilusão de ótica. Assim um ato passado, como relação jurídica presente, que se irradiou da incidência, sobre ele, da lei de seu tempo (lei velha) podem entrar no suporte fático da lei nova, sem que a eficácia oriunda da incidência dessa sobre aquela, ou aquele, ou sobre ambos, decorra de retroatividade, viole direito subjetivo, ou atente contra ato jurídico perfeito, se não apaga efeito jurídico que já se produziu. Dá-se na hipótese, a chamada aplicação (*rectius*, incidência) imediata da lei nova, que apanha, no presente, como fato do seu tempo, o ato, a relação ou ambos, submetendo-os a partir daí, à sua eficácia. A lei não vai ao passado para riscar o que nele, já foi; apenas torna o que é, ou o que foi, sem deixar de ter sido, para estatuir o que deve ser no presente. O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio dele que já incidiu, é efeito de hoje, riscando, cancelando, o efeito pretérito. (MIRANDA, 1968, p. 378)

Falecido o adotante, sem haver diligenciado a lavratura da escritura pública dissolutória, nem declarado como disposição de última vontade em testamento, não há como nem por onde lograr o desfazimento do ato, até porque:

Parece intuitivo que, destinando-se a modificar o estado de família (*status familiae*), não por algum vício capaz de lhe comprometer a função jurídica, senão por conveniência imperscrutável dos sujeitos, a iniciativa da averbação, competiria, com exclusividade, a título de poder personalíssimo a que, como intervenientes necessário, seria alcançado, na sua identidade jurídico-familiar, pela eficácia do ato. Noutras palavras, só as pessoas interligadas pelo parentesco oriundo da adoção teriam legitimidade teórica para concluir-lhe, enquanto figurantes do distrato, mediante o registro deste para atribuir efeitos “*erga omnes*”, ao processo de dissolução negocial. *Ninguém pode dispor do parentesco alheio.* [Sem destaque no original]<sup>31</sup>

Ainda tratando do direito intertemporal, pugnando pela aplicação e eficácia imediata da nova Carta Magna no respeitante às adoções anteriores, feitas conforme o Código Civil, há que se gizar: “As leis que definem o estado da pessoa aplicam-se imediatamente a todos que se achem nas novas condições previstas” (PEREIRA, 1990, p. 34).

A explicação vem dos ensinamentos de Paul Roubier (1960, p. 423-424), que distingue entre contrato e estatuto legal. Afirma Roubier que o estatuto legal constitui a situação jurídica primária, ao passo que o contrato constitui a situação jurídica secundária, que é construída sobre a base da primária: as modificações introduzidas na primeira atuam sobre a segunda. Completa Caio Mário Pereira:

Quando se está diante de situação de estatuto legal, pouco sobra de espaço para as noções de direito adquirido e ato jurídico perfeito, pois as partes celebraram determinado ato submetendo-se ao referido estatuto e, portanto, anuíram desde logo nas futuras modificações que viesse a padecer o estatuto. Não tiveram elas como ditar os efeitos jurídicos do ato celebrado, pois tal eficácia é

---

<sup>31</sup> Agravo de Instrumento 176.494-1/7 e 176.567-1/0, 2ª Câmara. TJSP, J. 16/3/93, rel. Des. Cesar Peluso.

rigidamente estabelecida em lei de regime estatutário. Nas leis de regime contratual, se dá o contrário, pois as partes têm ampla liberdade de escolher e dispor sobre os efeitos jurídicos do negócio. Versando especificamente sobre ADOÇÃO, ensina que: as partes não são livres para estabelecer como quiserem os efeitos jurídicos do ato. A vontade das partes age na formação do ato, mas não no pertinente aos efeitos, previstos inafastavelmente na lei; assim, se a lei modifica os efeitos da adoção, ela não modifica os efeitos de um contrato, mas os de um estatuto legal. (1990, p. 35)

Seguindo o mesmo raciocínio, Wilson de Souza Campos Batalha destaca que:

Os efeitos da adoção, entretanto, são subordinados às leis sucessivas, por se tratar de estatuto legal: a esse respeito é de admitir-se a incidência imediata das leis novas. (BATALHA, 1980, p. 272)

Sequer é a hipótese de se asseverar a retroatividade da lei, mas sim a sua eficácia imediata, vez que resguarda os efeitos já produzidos e que a antecederam, atingindo somente os posteriores. Desse modo, os tribunais vêm entendendo que, mesmo os adotados anteriormente à Constituição Federal de 1988, quando ainda se discriminava os filhos em razão de sua natureza (legítimo ou não), têm os mesmos direitos sucessórios, evitando-se assim classificar em filhos que valem menos que outros (RT 647/173; RTJ 82/152; Revista Jurídica 168/91, IOB 20-91/426, n. 6.137), atendendo a uma visão mais profunda e ética da real nobreza dos sentimentos e afetos que embasaram, um dia, um ato de adoção, que é instituto por demais sublime e grandioso, para que se amesquinhe com exegeses restritivas, alicerçadas no fechamento egoístico da família consangüínea, em estranhas concepções sobre meias filiações e no aceitar de uma desigualdade que só provocará traumas psíquicos ao adotado, tudo em nome de interesses menores, em geral puramente patrimoniais.

Colacionando os ensinamentos de Libórni Siqueira, vemos que:

Não concordamos com os eméritos defensores da adoção por escritura pública para os maiores de 18 anos, nos termos dos artigos 368 a 378 do Código Civil, considerando:

I – A lei 8.069, de 13.97.90 – o Estatuto – no artigo 267 prescreve: “revogam-se as leis 4.513 de 1964 e 6.697 de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), e as demais disposições em contrário”;

II – Analisando-se com atenção verificaremos que o espírito da lei, a vontade e a intenção do legislador, foi, em definitivo, banir a adoção restrita, a adoção-contrato, deixando apenas em vigor a adoção plena, de caráter irrevogável e irretratável destinada, única e especificamente, para proteger a criança e os adolescentes, isto é, os menores de 18 anos;

III – O Artigo 227, § 5º da Constituição Federal, ao se referir ao Poder Público, quer dizer o Poder do Estado, pelo qual mantém a própria soberania. Neste caso, o Juiz e não o tabelionato sem intervenção judicial;

IV – A adoção é direito parental na sua constituição, fluindo daí o direito patrimonial, eis porque o legislador concede ao adotado a condição de filho, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes naturais; [...]. (SIQUEIRA, 1998, p. 53)

Assim, estando expressamente revogado o então Código de Menores, que, por sua vez, havia revogado o Código Civil, e diante da impossibilidade legal da repriminção estabelecida na Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º § 3º, não se vê como possa ser defensável a manutenção do instituto da adoção contratual, revogável ou rescindível quando o adotado seja, ou tenha sido à época da adoção, menor de 18 anos de idade.

Não há como se afirmar que o Estatuto da Criança e do Adolescente seja aplicável apenas aos menores de 18 anos, pois, em inúmeras passagens, estabelece direitos, deveres e obrigações também a maiores como pais, empresas ligadas a diversões públicas, transportes etc.

Afinal, se, com a adoção, desligam-se o adotado e a primitiva família, a possibilidade de rescisão o deixaria desvinculado tanto da família adotante como da original, o que é inimaginável.

Problema que já vem batendo às portas dos tribunais e parece ainda não ter sido objeto de análise doutrinária mais detida é o relacionado à adoção,

individual ou conjuntamente, por homossexuais. Análise de casos assim há de contar com a participação dos saberes jurídicos, sociológicos e psicológicos. Não é esse o objeto desta pesquisa. Contudo, não se pode deixar de observar que qualquer situação, até mesmo essa, há de ser focada sob as lentes dos direitos fundamentais do ser humano.

## 4 FAMÍLIA E PATERNIDADE: DIREITO À PERSONALIDADE E À DIGNIDADE

### 4.1 A FAMÍLIA RECONSTRUÍDA E REPERSONALIZADA

*Proteger a dignidade do ser humano é, possivelmente, a mais nobre função do Direito.*

Pietro Perlingieri

A família migrou da configuração de um modelo hierarquizado matrimonial e patriarcal, com seu ápice no liberalismo, para um modelo típico da sociedade pós-industrial, que, da mesma forma, também não mais atende a uma perspectiva democrática e humana, tal como reivindicada na atualidade. Configura-se, dessa forma, a crise consubstanciada exatamente no fato de que os modelos existentes já não atendem às necessidades jurídicas, filosóficas e ideológicas dos tempos atuais, mas, por outro lado, ainda não se dispõe de outra configuração consagrada e aceita socialmente.

De qualquer forma, faz-se mister focar a família como instância de transmissão de valores formativos do indivíduo, na construção de sua organização subjetiva, em prol da realização do pressuposto de dignidade humana. Desse modo, supera-se o modelo clássico que entendia a família como ente a ser defendido e a família se encaminha para uma nova visão resultante da miscigenação do público e o privado, que só existe em função dos indivíduos que a compõem.

Essa proposta desfigura a função contratual do matrimônio como forma de construção de um núcleo familiar, priorizando outro paradigma respaldado exatamente na socioafetividade. Em outras palavras, “começam a surgir os sentimentos de igualdade, o que sinaliza um movimento gradual da família-casa em

direção à família-sentimental moderna. Tendia-se agora a atribuir à afeição dos pais e dos filhos, sem dúvida tão antiga quanto o próprio mundo, um valor novo: passou-se a basear na afeição toda a realidade familiar” (ARIÉS, 1981, p. 235).

O estudo da família processa-se atualmente sob o signo da perplexidade, ante as surpreendentes transformações por que tem passado a estrutura familiar na contemporaneidade. De instituição assentada em valores tradicionais e conservadores, hoje é influenciada pela revolução sexual, pelo questionamento dos papéis do homem e da mulher em sociedade, pela desvinculação do ato sexual da função de procriar, pelos avanços tecnológicos que propiciam o prolongamento da vida humana e, principalmente, pelo avanço substancial da tutela das prerrogativas inerentes ao próprio ser humano no plano mundial e pela valorização da individualidade existencial que pretende caracterizá-la como o ninho acolhedor de todas as horas.

A doutrina mais conectada com essa realidade vem observando que:

Ressignificar a família na função balizadora do périplo existencial é um imperativo nos dias que correm; reposicioná-la como guardiã de nossas identidades pessoais é condição *sine qua non* para a superação das ansiedades confusionais a que se está sujeito pelas características competitivas do mundo de hoje; revitalizá-las com o aporte de novas e mais satisfatórias modalidades de relacionamento entre seus membros é indispensável para se seguir aperfeiçoando a convivência humana; por fim, repensá-la é tarefa a ser por todos compartilhada, por sua transcendência com a condição humana. (ZAMBERLAM, 2001, p. 150).

Mesmo admitindo que o indivíduo, pela importância transcendental, deve ser considerado e valorizado consigo próprio, independentemente de estar envolvido em qualquer relacionamento (de ordem familiar, de negócios, profissional etc.) com outro, não se pode negar, no entanto, que é exatamente no contexto da socialidade que surgem os conflitos de interesses. Mas se pretende demonstrar que, independentemente desse relacionamento, o homem existe e compete consigo

mesmo, no sentido de estar permanentemente em crescimento como pessoa. A busca pelo aperfeiçoamento e aprimoramento da individualidade se constitui na razão básica da existência dos direitos da personalidade. É o homem evoluindo num processo de mudança permanente *rumo a si mesmo*, movimento incessante de transformação e evolução. Exatamente por isso, uma das características dos direitos da personalidade é sua vitaliciedade e, quando os direitos de personalidade alcançam o *status* de estarem inseridos na Constituição Federal, passam à categoria de liberdades públicas e recebem todo o sistema de proteção próprio. Como prefere Manuel da Cunha Carvalho:

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 de 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)

Esse posicionamento, no entanto, conduziria à afirmação de que há primazia absoluta do princípio da dignidade da pessoa e da proteção dos direitos humanos sobre quaisquer outros, o que há de ser entendido com parcimônia. A preferência pela adoção, com maior intensidade, de um determinado princípio constitucional em lugar de outro ficará condicionada às circunstâncias do problema concreto, ocasião em que se terá de realizar a ponderação de todos os valores (princípios) existentes no sistema (método sistemático), que terão maior ou menor influência, de acordo com todas as circunstâncias envolvidas (históricas, econômicas, sociais, psicológicas, tecnológicas etc.), o que pode ser considerado como método tópico.

Como ressaltou Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles. Assim, num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significados em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras fórmulas de procura de solução de conflitos. (*apud* CAMARGO, 1990, p. 140)

Nesse sentido, é possível traçar um paralelo da tópica com a incidência e aplicação dos princípios que expressam mandados de otimização, isto é, seu comando normativo terá maior ou menor aplicação em razão da hipótese concreta, nas palavras de Robert Alexy (1993), ou na definição de Vezio Crisafulli:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém. (*apud* BONAVIDES, 2000, p. 230)

Essa possibilidade de variação dos significados, em razão dos fatos concretos que serão interpretados, conduz à dificuldade de se estabelecer o próprio conceito de pessoa (lembre-se, apenas a título de exemplo, que, num dado momento histórico, pessoas eram consideradas menos do que coisas, como ocorreu no tempo da escravidão) e, por conseqüência, fica fragilizado o próprio conceito de direitos humanos. Sobre esse tema reconhece Habermas (2003 a) a existência de uma tensão entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais para a sua concretização e assevera que os direitos humanos devem ter uma validade para todas as pessoas. Habermas questiona, ainda, se por detrás do

conceito de direitos humanos não haveria uma falsa universalidade que o mundo imperialista ocidental gostaria que prevalecesse.<sup>32</sup>

Se o conceito de direitos humanos deve ser sensível à cultura, não podemos chegar a um conceito universalmente válido de direitos humanos, nem à definição do que seja dignidade da pessoa, ao menos não um conceito unívoco e universal. Nesse sentido, não parece apropriado que um texto jurídico, ainda que constitucional, busque definir os limites do conceito de dignidade da pessoa, pois ele estaria atrelado a circunstâncias momentâneas e geográficas. Ele deve ser concretizado pela observância de direitos sociais, os quais têm um custo econômico, como alerta Robert Alexy:

O problema desses direitos sociais a custo de terceiros, no caso, do empregador, é que cabe ao próprio mercado decidir sobre sua efetividade. Aqueles que não encontram emprego não podem reivindicar esse direito. (ALEXY, 1998)

Por mais romântica e legítima que possa parecer a defesa da primazia dos princípios que tenham como finalidade a preservação do núcleo essencial do ser humano, as vontades dos seres humanos não se comportam de tal forma. Outros valores também motivam os indivíduos. A necessidade de preservação de seu capital, de sua propriedade, a necessidade de competir irrestritamente, a busca incessante pelo poder e a riqueza também pautam o espírito humano.

Para superar essa aparente dificuldade, ensina Luís Roberto Barroso que “o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo” (2001 a, p. 47). No entanto, isso não justifica a permanência das previsões constitucionais

---

<sup>32</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto defende que “o universalismo que caracteriza a vertente liberal, acaba resultando em uma séria redução da importância do processo democrático, ao legitimar os direitos não porque correspondem a uma concepção liberal da moralidade política mas sim por ser essa a vontade do Estado” (SOUZA NETO, 2003, p. 78).

princípios apenas no campo abstrato, mas é preciso sua concretização, o que é obra, como dito anteriormente, de todos: de governantes ou não e, principalmente, do intérprete. Como acentua Konrad Hesse:

Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe de sua força material no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento [...] a Constituição, entendida aqui como Constituição jurídica, não deve procurar construir o Estado de forma abstrata. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente. Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. (HESSE, 1991, p. 17, 18 e 20)

Nessa linha de raciocínio, encontrar-se-á o princípio da dignidade da pessoa humana fortalecido e amparado pela Constituição Brasileira. Na ponderação de que todos os princípios devem estar a ele submetidos, esse princípio sobreleva-se a outros, de forma que a existência digna da pessoa como valor indispensável para a pacífica vida em sociedade (contrato social) está a indicar o caminho para que seja preservada a identidade e o direito à personalidade de cada pessoa, sob pena de se estar amesquinhando e diminuindo o valor maior sobre o qual se constrói uma sociedade justa e humana, qual seja o próprio direito à vida.

E, se assim o é, a ascensão do Direito Constitucional no Brasil e da própria Constituição a elemento central de todo o sistema jurídico, ao incluir o direito à dignidade humana entre os direitos fundamentais, subordinou e condicionou todo o restante das normas legais, pré ou pós-existentes à “filtragem”, de forma que a Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como “filtragem constitucional”, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A

constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.<sup>33</sup>

O direito de personalidade, como direito fundamental, buscará suas origens no cristianismo, visto que na Grécia, conhecida como o berço da civilização e da democracia, esse direito sequer era considerado. Segundo informa Maurício Beuchot (1996, p. 20), a filosofia grega não conhece o homem como ser de subjetividade por completo, visto que o pensamento dos filósofos helênicos acabou por sempre atrelar o homem ao destino ou ao objetivismo, não se alcançando uma noção de pessoa como indivíduo racional e possuidor de uma vontade atuante no mundo fático.

Lembra ainda Diogo Leite de Campos (1991, p. 134) que somente eram reconhecidas como pessoas individualizadas em sua subjetividade na sociedade antiga aquelas que, além dos grandes heróis das guerras ou os vencedores dos Jogos, ocupassem os primeiros papéis na sociedade.

Em Roma, afirmava-se que a plena personalidade jurídica advinha da reunião dos três *status*: *status libertatis*, *status familiae* e *status civitatis*. Cada *status* indica a posição da pessoa em relação ao Estado (como homens livres e cidadãos romanos) e à família (como *pater familias* ou *filius familias*) (ALVES, 1996, p. 98).

Em Roma, o cidadão podia sofrer a *capitis deminutio*, ou seja, a “mudança de estado ocasionada pela perda do *status libertatis*, *civitatis* ou pela mudança do *status familiae*. Sendo a personalidade jurídica integrada por estes três elementos – *libertas*, *civitas*, *família* –, a *deminutio* podia recair sobre cada um deles, dando origem, então, a três espécies de *capitis deminutiones* – a máxima, a média e

---

<sup>33</sup> “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo” (CANOTILHO e MOREIRA, 1991, p.

a mínima” (CRETELLA, 1993, p. 87). Em síntese perfeita, o eminente professor Ebert Chamoun escreveu que “havia, portanto, três *capitis deminutiones*: a máxima ou perda da liberdade, a média ou perda da cidadania e a mínima ou perda da família. A *capitis deminutio* máxima ocasionava também a perda da cidadania e da família, e a *capitis deminutio* média acarretava ainda a perda da família” (1957, p. 50).

Será o cristianismo a força motriz que trará o homem mitigado na filosofia pré-socrática para a posição de pessoa dotada de subjetividade. A figura da pessoa como valor essencial de todo um complexo ético-jurídico se torna sólida tão-somente com a união das filosofias antigas, com uma ainda incipiente teologia cristã. Como diz o professor Juan Castan Tobenãs (1969, p. 41), foi o cristianismo que, desde seus primeiros momentos, afirmou o indivíduo como um valor absoluto, exaltando o sentimento de dignidade da pessoa humana e proclamando uma organização da sociedade que viesse a permitir o total desenvolvimento de sua personalidade, sem prejuízo para o bem comum, ao revés, colaborando para o desfrute deste.

Fundada, então, essa concepção de pessoa, abriu-se o campo para a fomentação de seus direitos, inicialmente por meio do pensamento cristão, “ao determinar este a dessacralização da natureza e da sociedade, libertando o homem de ser objeto para o transformar em sujeito, portador de valores (pessoa)” (CAMPOS, 1991, p. 132). Para a doutrina cristã, o fiel é aquele que está em relação com Deus, que fez o homem à sua imagem e semelhança. Contudo, o ser humano é dotado de livre-arbítrio e deve conduzir, na vida terrena, suas ações de acordo com

---

45). Ver também Schier (1999).

essa liberdade. Permite, assim, um juízo de apreciação meritória na ação do indivíduo, pois, agindo de forma correta, encontrará o fiel a salvação.

Os direitos da personalidade como intrínsecos à razão humana só foram efetivamente ganhar força com as revoluções, notadamente a francesa.

A ideologia que sustentará as revoluções burguesas do século XVIII começou a surgir no humanismo renascentista (XVI). Voltados para o período clássico, no qual buscavam inspiração, os humanistas centravam suas questões no homem e no mundo habitado por ele. A Reforma, por sua vez, ao associar o sucesso no mundo à salvação espiritual, em muito contribuiu para o fortalecimento do individualismo, em cujo desdobramento se vislumbraria a crescente reivindicação do direito à liberdade (religiosa).<sup>34</sup> O ser humano, feito à imagem e semelhança de Deus, é ser auto-suficiente, pois dotado de razão (CAMPOS, 1991, p. 120). Assim, no plano político, separaram-se Igreja e Estado, e afirmou-se o direito do indivíduo à liberdade de consciência.

Entre os séculos XVI e XVIII, surgiram as doutrinas contratualistas, cuja maior contribuição foi a de retirar de Deus a origem dos Estados, para situá-la em um pacto celebrado por indivíduos que viviam nos primórdios em estado de natureza. Portanto, é esse pacto fundador a origem das liberdades políticas e dos direitos e deveres dos cidadãos, que não o podem descumprir sob pena de retornar ao estado pré-político, com seus inúmeros inconvenientes. Segundo Rousseau, as cláusulas desse pacto refletiriam a “vontade geral”, união das vontades de cada indivíduo isoladamente, que legitimaria a existência do Estado político. Logo, o ser humano é fundamento constitutivo de qualquer sociedade, e sua degradação implica necessariamente a degradação social (CAMPOS, 1991, p. 153). Infere-se daí a

---

<sup>34</sup> Para Hannah Arendt, o primeiro direito individual reivindicado pela sociedade moderna teria sido o direito à liberdade de opção religiosa (LAFER, 1988).

proeminência de se resguardar os direitos inerentes à pessoa humana, anteriores à existência do próprio Estado.

O contratualismo enfatizou a teoria do Direito Natural,<sup>35</sup> que traz em seu seio a revalorização da individualidade de cada homem, obscurecida durante toda a Idade Média. A razão é comum a todos os homens e os guia no sentido de uma secularização crescente do saber, donde a proeminência logo concedida ao direito de liberdade de expressão, conforme observado durante todo o curso das revoluções liberais burguesas, a partir da americana (LAFER, 1988, p. 121).

No âmbito jurídico, refletindo as mudanças ideológicas que se processavam no interior da sociedade, surgiu a expressão “direitos fundamentais”, na França, por volta de 1770. Esses direitos se restringiam, naquela época, aos direitos individuais, o que permite a aproximação e o exame de seu histórico ainda que o ensejo desta etapa da pesquisa sejam os direitos da personalidade, que são tutelados tanto na esfera privada como na pública. É preciso salientar, ademais, que a positivação desses direitos tem lugar em situações revolucionárias, donde a esfera pública de sua tutela preceder a particular (o fenômeno da codificação do Direito Civil dar-se-ia um pouco mais tarde). Cumpre destacar que outras expressões foram por vezes utilizadas indistintamente para designar esses mesmos direitos, como, por exemplo, na Constituição Francesa de 1793, que fez uso da forma “liberdades públicas” quando tratava das esferas de autonomia em favor do indivíduo ante o Estado. É imprescindível salientar que, atualmente, a expressão “direitos fundamentais” abarca outros direitos além dos individuais, a que ora se dá ênfase.

Cunhou-se, na Idade Moderna, a expressão “direitos humanos”, na qual estão incluídos todos aqueles inerentes à pessoa e que merecem, portanto,

proteção no âmbito internacional. As diversas teorias a respeito da origem dessa expressão nos ajudam a esclarecer quais eram os valores que à época se desejava tutelar. Dufour (*apud* MELLO, 1997) classifica as teses em:

a) *política* – fundamenta o nascimento desses direitos na vontade de protesto coletivo, numa alusão inequívoca às Revoluções Americana e Francesa;

b) *religiosa* – credita a origem desses direitos ao desenvolvimento do pensamento fruto da Reforma Religiosa nos Estados Unidos;

c) *puramente contingente da natureza histórica* – o aparecimento seria a elaboração doutrinária em um momento histórico privilegiado vivido pelos colonos americanos de direitos historicamente já existentes;

d) *baseada no direito natural* – esses direitos seriam anteriores à formação dos Estados.

A teoria dos direitos humanos bebeu profundamente nos filósofos jusnaturalistas do século XVIII e se afirma em oposição aos costumes e privilégios que marcaram o abismo intransponível entre nobres e desfavorecidos enquanto perdurou o regime feudal. O surgimento efetivo desses direitos é, todavia, matéria controversa, que gerou caloroso debate entre Boutmy e Jellinek, uma vez que o primeiro afirmava terem os direitos humanos sido apontados originariamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao passo que o segundo atribuía tal feito à Declaração de Virgínia de 1776, promulgada quando do processo de independência das 13 colônias.

Na modernidade, é crescente a importância dada à necessidade de se tutelar o maior número de projeções da pessoa humana, em seus aspectos físicos, psíquicos e intelectuais. Entretanto, tais projeções não podem ser vistas como

---

<sup>35</sup> A conceituação precisa do conteúdo desse direito variou conforme os filósofos da época. A título de ilustração, para Hobbes, é apenas o direito à vida; para Locke, os direitos à vida, à liberdade e à

taxativas; ao contrário, é imprescindível que o direito proteja também aquelas não especificamente positivadas. A personalidade deve ser entendida como um valor ilimitado a ser tutelado, o que não impede que o ordenamento jurídico regulamente, de maneira expressa, suas vertentes mais relevantes, visando facilitar a aplicação do direito. Como observou Pietro Perlingieri, “Proteger a dignidade do ser humano é possivelmente a mais nobre função do direito”.<sup>36</sup>

O direito evolui através da história, buscando aperfeiçoar-se. Desde que os direitos econômicos e sociais vieram ao ordenamento positivo com a Constituição de Weimar de 1919, é crescente a importância a eles atribuída. Quando de sua concepção, foram encarados como direitos fundamentais em face do Estado. Atualmente, teorias os têm consagrado também como inerentes à condição de ser humano, sendo, por isso, passíveis de tutela no âmbito privado. Cabe a cada membro da sociedade agir de modo a prover aos demais condições condignas de existência, incluindo-se, neste momento, entre os direitos da personalidade, o direito à saúde física e psíquica, o direito ao trabalho, o direito ao meio ambiente. O contínuo desenvolvimento das relações interpessoais em sociedade levará possivelmente ao elenco de novos direitos no âmbito da personalidade humana.

Portanto, é preciso se afastar do individualismo radical. O conflito entre direitos da personalidade de sujeitos distintos precisa ser mais bem regulado, pois há o risco de se transformar a tutela da personalidade em um jogo de poder, no qual a vontade do mais forte inelutavelmente prevalecerá. No equilíbrio entre o individual e o social, realiza-se a justiça nas relações do homem em sociedade. Assim, à guisa de ilustração, o direito do homem à própria vida não permite que dela disponha, pois,

---

propriedade.

<sup>36</sup> A idéia da personalidade como um valor indivisível, que ora esposamos, é defendida pelo professor Pietro Perlingieri, em sua obra *Perfis do Direito Civil* (2002, p. 153 et seq.). A tutela irrestrita da

por uma identidade de razão, para que ele respeite e defenda a vida de todos os demais, é preciso que preserve a sua. É desde o ponto de vista da incessante procura por um melhor convívio entre os indivíduos que cumpre avançar no estudo dos direitos da personalidade, havendo de ser constatado que:

A doutrina jusfilosófica do personalismo, como diz o prof. Castan Tobenãs, tem alcançado grandes triunfos na defesa da dignidade da pessoa humana, notadamente há de se destacar o trabalho de Lask e Radbruch na teoria jurídica alemã, em França, distinguindo-se indivíduo de pessoa, representam também o personalismo os estudos de autores como Mounier e Maritain. À parte deste debate jurídico deve-se lembrar ainda que o tema da pessoa e seus valores tem ocupado cenário destacado nas filosofias de autores deste século como Max Scheller e Nicolai Hartman, além de estar também tal temática presente nas especulações existencialistas de Kierkegaard e Heidegger.

O personalismo contemporâneo visa à correção dos excessos cometidos pelo individualismo burguês, intentando-se uma conciliação entre os aspectos individuais e sociais da pessoa, tendo como base noções de caráter comunitarista. A problemática de se defender os direitos da personalidade em meio a uma sociedade contemporânea que oprime em seu crescimento vertiginoso constitui-se no desafio que aguarda atualmente a reflexão jusfilosófica. Toda a trajetória até aqui exposta visa justamente fornecer fundamentos para aqueles que sejam estudantes ou profissionais do Direito percebam a nova realidade que se apresenta. *Superadas as concepções jusnaturalistas e positivistas, cumpre ao indivíduo, força motriz do fenômeno jurídico, dirigi-lo de forma a assegurar o total desenvolvimento da personalidade e seus direitos inerentes dentro de um espaço social cada vez mais complexo, onde apenas um agir pautado pela comunicação entre seus agentes poderá prosperar e fazer valer seus direitos.* (SOUZA, CALIXTO e SAMPAIO, 2004. Sem destaque no original.)

A dignidade pressupõe igualdade, ausência de preconceitos. Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de se compreenderem e seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Mas também, se não fossem diferentes, os homens dispersariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois, com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas

necessidades imediatas e idênticas. A pluralidade humana, afirma Hannah Arendt, “tem esse duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença” (2004 a, p. 188).<sup>37</sup>

Exatamente essa diferença pode se constituir no sucesso ou no fracasso da experiência da passagem do ser humano pela terra, em razão e em conseqüência direta da efetiva disposição de nos ajudarmos mutuamente, na aplicação diuturna do princípio da solidariedade como forma de consecução de objetivos comuns de felicidade e plenitude e, em última análise, da própria preservação da espécie humana, densificada e mesmo condicionada à qualidade do relacionamento com seus iguais. Afinal, já afirmava Karl Marx que

Se se pressupõe o homem como homem e sua relação com o mundo, como uma relação humana, só se pode trocar amor por amor, confiança por confiança, etc. Se se quiser gozar da arte, deve-se ser um homem artisticamente educado; se se quer exercer influência sobre outro homem, deve-se ser um homem que atue sobre os outros de modo realmente estimulante e encorajador... Se amas sem despertar amor, isto é, se teu amor, enquanto amor, não produz amor recíproco, se mediante tua exteriorização de vida como homem amante não te convertes em homem amado, teu amor é impotente e um infortúnio. (MARX, 1987, p. 198)

Esse valor originado de sentimentos nobres de bem querer será realçado no próximo tópico, juntamente com a análise do sistema protetivo à criança, previsto internacionalmente.

## 4.2 A ASCENDÊNCIA BIOLÓGICA E A IDENTIDADE AFETIVA

*Uma vida não questionada não merece ser vivida.*

Platão

Numa sensível progressão, vem o Direito, um tanto a reboque de outras ciências que lhe são afins, como a Sociologia e a Psicologia, resgatar o valor

---

<sup>37</sup> Para uma aprofundada análise do pensamento arendtiano no que tange, especialmente, aos direitos da pessoa humana, ver a interessante obra de Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* (1988).

da relação afetiva entre pessoas – e, no que interessa a esta pesquisa, de pessoas que se caracterizem como pais e filhos. Para isso, há necessidade de se renunciar a uma situação até então considerada como necessária em prol da propalada “segurança jurídica” e da estabilidade das relações pessoais, consubstanciada na certeza (ainda que não condizente com a realidade, por mais paradoxal que possa parecer) resultante do vínculo genético que conduz à afirmação da existência da filiação e paternidade.

Esse desenvolvimento vem também sendo experimentado pelo incremento do estudo dos direitos da personalidade, propiciando a revisão do próprio Direito de Família, por tanto tempo relegado à condição de subdireito, agora voltado à tutela do que cada pessoa humana tem de mais seu, como atributos inatos e inerentes, alcançando-se o que Pontes de Miranda (1971, p. 6) denominou “um dos cimos da dimensão jurídica”. São dois universos distintos, pois o Direito de Família volta-se aos direitos e deveres das pessoas, hauridos do grupo familiar, e aos direitos da personalidade aos que dizem com a pessoa em si, sem relação originária com qualquer outra pessoa ou com grupo. A origem genética da pessoa, tendo perdido seu papel legitimador da filiação, máxime na Constituição, migrou para os direitos da personalidade, com finalidades distintas.

O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica, tema que será abordado no próximo tópico. Daí é de se repelir o entendimento que toma corpo nos tribunais brasileiros de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande medida em virtude do fascínio exercido pelos avanços científicos em torno do DNA.

Não há qualquer fundamento jurídico para tal desvio hermenêutico restritivo, pois a Constituição estabelece exatamente o contrário, abrigando generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre outro, sem que com isso se pretenda minimizar ou retirar o enorme avanço que representou, para o Direito de Família, a possibilidade de se perquirir, com relativa certeza, sobre os vínculos genéticos e biológicos, mas, de qualquer forma, sem que também possa ser elevado o exame de DNA ao *status* de determinante ou mesmo preponderante no estabelecimento e reconhecimento da própria existência de tais relacionamentos.

Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos.

Antes mesmo da vigência do novo Código Civil, já alertava Rolf Madaleno que

a Carta Política de 1988 garantiu a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade socioafetiva, por certo a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de afeição e para esses caracteres a constituição e gênese do futuro Código Civil nada apontam, deixando profunda lacuna no roto discurso da igualdade, na medida em que não protege a filiação por afeto, realmente não exerce a completa igualização. (2000, p. 41)

Havendo conflito entre filiação biológica e não biológica, não se pode perder de vista que se cuida de matéria vinculada à concretização dos direitos humanos, sendo relevante a atuação jurisdicional, atenta às normas internacionais incorporadas ao direito pátrio, que, quando utilizadas, seus efeitos se irradiam demonstrando a pujança construtiva e integradora do sistema judiciário.

Não é novidade que a comunidade internacional em geral e o Brasil, em especial, vêm fortificando os instrumentos protetivos dos direitos humanos, agregando-se a eles vários Estados-partes e novos membros com o passar do tempo, o que possibilita o amplo reconhecimento, ao menos formal, de tais prerrogativas.

Assim é que, nos últimos anos, o impacto de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos é patente no ordenamento constitucional de diversos países. Diversas Constituições, entre as quais a portuguesa, a alemã e a espanhola, vêm encarecendo o papel do Poder Judiciário na condição de guardião dos direitos constitucionais e infraconstitucionais, como aquele que se dota de melhores condições para assegurar a eficácia jurídica dos direitos humanos e fundamentais, especialmente quando se apresentar quadro de ameaça ou violação desses direitos. A jurisdição, em si, é um direito fundamental expresso tanto no plano internacional (artigo 10º da Declaração dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948), como no plano interno dos diferentes Estados (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira).

Em conseqüência:

Passa o Estado-Juiz, assim, a desempenhar um papel relevantíssimo na garantia efetiva e eficiente daqueles direitos, pois esses, diversamente de outros que são havidos nos diferentes sistemas aos particulares, não se põe a ressarcimento posterior ou reparação, mas são indisponíveis e inadiáveis em seu exercício: ou garante-se o direito à vida ou nada haverá, nem um dia vindouro, a se garantir e não haverá qualquer possibilidade de reparação eficiente. (LEAL, 2000, p. 176)

O artigo 227 da Constituição Federal obriga o Poder Público a assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer etc. Os artigos 4º e 11, no seu parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), estabelecem o mesmo

dever, assegurando atendimento à criança e ao adolescente, incumbindo ao Poder Público o fornecimento gratuito, àqueles que necessitarem, de medicamentos e demais recursos necessários para tratamento, recuperação, habilitação ou reabilitação, até mesmo psicológica.

Todos têm direito à vida e, assim, à saúde e à integridade física e mental, constituindo obrigação inarredável do Poder Público assegurá-los, independentemente de qualquer vinculação do necessitado a sistema de seguridade social, na forma do disposto nos artigos 5º, *caput*, 6º, 196 e 203 da Constituição Federal, porquanto a vida e a saúde constituem a fonte fundamental e primeira de todos os bens jurídicos.

Ademais, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, adotada, em 20 de novembro de 1989, pela Resolução L.44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas (aprovada pelo Decreto Legislativo 28, de 24 de setembro de 1990, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990) estabelece:

I – Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.

II – Os Estados-partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis por elas e, para este propósito, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas apropriadas.

Artigo 19 – Os Estados-partes tomarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto estiver sob a guarda dos pais, do representante legal ou de qualquer pessoa responsável por ela; Essas medidas de proteção deverão incluir, quando apropriado, procedimentos eficazes para o estabelecimento de programas sociais que proporcionem uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado [...].

Diante da inércia estatal, rende-se ensejo à atuação jurisdicional que será tanto mais legítima quanto mais eficaz à efetiva concretização dos direitos humanos e, nesse caso, do próprio direito à vida.

Não há como esquecer, ainda, que o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O artigo 12 do pacto assevera que:

1) Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental; 2) As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. [...] c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. d) A criação de condições que assegurem a todos, assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Tendo o Brasil assumido internacionalmente a obrigação de velar pelos direitos humanos fundamentais, inclusive os de personalidade e identidade, não a vem adimplindo eficientemente, o que propicia uma avalanche de demandas judiciais buscando a concretização da promessa constitucional inserida no artigo 5º, XXXV.

Anseia-se que o Poder Judiciário atue de forma a evitar e não permitir a concretização da lesão, ressaltando assim o pleno exercício da cidadania, da dignidade da pessoa humana, constituindo-se os direitos humanos e fundamentais como novo paradigma à constituição de um pacto associativo que preserve e releve valores como a democracia, o pluralismo jurídico, a igualdade e a justiça social.

Sem descurar das opiniões contraditórias originadas dos conceitos de “monismo e dualismo”, que não serão enfocadas mais profundamente, por não ser esse o objetivo da presente pesquisa, torna-se possível a conclusão de que

O Direito brasileiro, portanto, fez opção por um sistema diferenciado, combinando regimes jurídicos distintos: um regime aplicável aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais, que não disponham sobre direitos humanos. Os tratados internacionais de direitos humanos, além de terem natureza de norma constitucional, têm incorporação imediata ao ordenamento jurídico interno... (MAZZUOLI, 2001, p. 14)

Assim, os tratados internacionais que versam sobre proteção aos direitos humanos tornam-se imediatamente aplicáveis e exigíveis, até mesmo próprio Estado, por se incluírem entre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

No que concerne ao relevante papel destinado ao Poder Judiciário, colhem-se as lições de Rogério Gesta Leal, em especial no que concerne à tutela dos direitos humanos e fundamentais, quando afirma que:

[...] o objeto da hermenêutica jurídica toma uma amplitude maior, cuja consistência e validade são controladas, submetendo-se o seu resultado a um critério de verdade que se sedimenta na justiça da decisão. Contudo, para que este critério de verdade seja legítimo e não arbitrário, o sistema jurídico estabelece um controle metodológico, quer do ponto de vista formal, quer do substancial. Formalmente o critério de verdade é controlado através dos mecanismos processuais e das chamadas garantias fundamentais, tais como: o devido processo legal, a motivação das decisões, o duplo grau de jurisdição. Substancialmente, aquele procedimento é legitimado tendo como parâmetro os princípios contidos nas próprias leis e acolhidos na comunidade jurídica e insertos nos textos normativos positivados e os valores da própria comunidade em que participam os operadores jurídicos. Aqui se encontram os Direitos Humanos e Fundamentais, como elementos racionais (axiológico-normativo) justificadores da Sociedade contemporânea, do próprio Estado e da Jurisdição. (2000, p. 186-187)

Diante de tais argumentos, parece não existir outra solução e caminho a ser seguido, quando latente o conflito entre paternidade biológica e não biológica, que não seja aquela que melhor atenda aos interesses da criança, sem qualquer privilégio ao vínculo genético ou sangüíneo, dicotomia que será agora abordada.

### 4.3 ESTADOS DE FILIAÇÃO BIOLÓGICA E NÃO BIOLÓGICA

*A Liberdade não tem qualquer valor se não inclui a liberdade de errar.*

Mahatma Gandhi

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.

Há decisões judiciais reconhecendo o direito à ciência e conhecimento da ascendência biológica em feitos sobre a relação de parentesco separando as questões envolvidas: *uma coisa é ser pai, outra é ser o ascendente biológico masculino*. Assim, a busca do procriador pode não coincidir com a busca do pai (VILLELA, 1999, p. 141), até porque é direito inerente à personalidade e identidade investigar a ascendência genética própria, de forma a concluir-se que tal direito está inserido no Capítulo I do Título II da Constituição Federal, “que estabelece a matriz dos direitos da personalidade”.

A Constituição Federal de 1988 em relação à família e, especialmente, às crianças pretendeu e efetivamente reescreveu o seu destino, fazendo nascer, no restabelecimento pleno da ordem democrática de direito, uma nova filiação, fruto híbrido do idealismo e das lembranças do passado amedrontador que era a situação da infância no Brasil: em grande parte sem saúde, sem habitação, sem escola, sem lazer, sem pão e sem afeto. Enfim, submetida e relegada à própria sorte. Uma avaliação geral há de ser positiva, porque, em matéria de filiação, o legislador

constituente, refletindo os anseios do povo e voltando seu olhar para o futuro, apregouo sistema protetivo eficiente conclamando governantes, autoridades dos diversos níveis e, principalmente, a própria população a concretizar e transformar em realidade o que era apenas um sonho.

Certamente, o texto constitucional quer-se um tecido vivo. Tem de estar proposto ao crescimento e aberto a adaptações. Por isso, requer de seus intérpretes que o leiam com imaginação criadora e concretizadora, garantindo mobilidade aos preceitos e os protegendo da ação destrutiva do tempo. Observa Villela: “A Constituição as acolhe como vetores da vida. Mas não gosta das superstições, que, ao contrário, a subvertem e desorganizam” (1999, p. 131).

Dessa forma, não há justiça sem verdade. Não há eqüidade quando se condena uma criança a aceitar como pai uma pessoa que não o é, pelo simples fato de não haver se defendido convenientemente em processo judicial, notadamente quando tenha tentado a parte interessada, de todas as formas que lhe pareciam disponíveis e possíveis, elaborar sua defesa técnica, não obtendo resultado positivo. Não é novidade a dificuldade que enfrentam os mais carentes para encontrar defesa judicial eficiente, salvo em raríssimas exceções em que a assistência judiciária gratuita funciona a contento. Esse aspecto será enfocado mais à frente, quando confrontados a força da definitividade da coisa julgada material e o direito fundamental de personalidade e identidade de se buscar a ascendência e possibilitar-se o relacionamento entre pai e filho. Entretanto, antecipa-se que o Poder Judiciário, sensível a essas alterações paradigmáticas, vem buscando formas de, dentro do próprio sistema legal vigente – sem rompimentos cirúrgicos que, por natureza, geram posições reacionárias acaloradas –, evoluir e aproximar-se da realidade do tecido social, notadamente quando, em decisão recentíssima, decidiu o

Superior Tribunal de Justiça que “o laudo de DNA é considerado documento novo para aparelhar ação rescisória”, não se podendo deixar de reconhecer o caráter inovador da decisão.

O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se “documento novo” para aparelhar ação rescisória, pois o exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. Com esse entendimento, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão do Tribunal de Justiça de Goiás (TJ/GO) na ação proposta pelo comerciante E. para desconstituir o reconhecimento judicial de paternidade.

Após a realização do exame, restou concluído que L. não era filho biológico de E. O Tribunal estadual, então, julgou procedente o pedido considerando que a verdade biológica deve prevalecer sobre a verdade jurídica. “Em que pese o elenco probatório valorado pelo douto sentenciante, vejo que o documento novo é capaz de suplantá-lo”, decidiu.

O menor recorreu ao STJ com o argumento de que “não pode ser novo um documento conseguido por perícia de exame de DNA, cujo conhecimento a todo tempo sabia o autor, que poderia consegui-lo no tempo hábil, ou seja, no curso da ação de investigação de paternidade”.

Ao decidir, o ministro Humberto Gomes de Barros, relator do processo, lembrou que a Terceira Seção do STJ admite o uso de documento posterior à ação, para comprovar o exercício de atividade rural em ação rescisória. Para ele, igual abertura tende a ocorrer com a investigação de paternidade. “Para mim, o exame de DNA apura prova preexistente, mas desconhecida até então. A prova segura do parentesco existe no interior da célula”.

Por isso, afirma o ministro, o laudo do DNA, mesmo posterior ao trânsito em julgado, configura “documento novo” a ensejar rescisão de investigação de paternidade. “Nada obstante tenha sido recusado e resistido pelo investigado na ação de paternidade”, concluiu.<sup>38</sup>

Ainda que se louve a posição, até certo ponto vanguardista, do Tribunal, não há como deixar de reconhecer que necessitou ele de lançar mão de uma premissa despida de maior segurança científica, ao afirmar que o laudo de exame de DNA configura documento novo, visto que esteve o acesso ao exame, durante todo o tempo, disponível às partes, bastando que se submetessem a tal perícia. Exatamente esse fato, principalmente quando a perícia não se realizou por

---

<sup>38</sup> Disponível em: <<http://www.sintese.com/n-07052004-2.asp>>. Acesso em: 8 maio 2004.

recusa do suposto pai, vem figurando como justificativa preponderante na jurisprudência para vedar o acesso à ação rescisória desconstitutiva do julgado ou mesmo ajuizamento de ação negatória de paternidade, atentando-se para que o investigado não se locuplete com a própria torpeza.

O que se pretende e se deve buscar, frenética e incessantemente, é a aproximação da Justiça com a justiça (ou seja, o Poder Judiciário com a equidade), resguardados os direitos e as prerrogativas individuais considerados como inatos a toda e qualquer pessoa. John Rawls, procurando dar conta da afirmação inicial de que cada pessoa tem a inviolabilidade fundada na Justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade pode anular, de forma que, numa sociedade justa, os direitos assegurados pela Justiça não estejam sujeitos à barganha política ou ao cálculo de interesses sociais, escreve:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior compartilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto, numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual, são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis. (RAWLS, 2002, p. 3)

É essa Justiça que se anseia, humanizada, voltada à realização do ser humano e de seus direitos fundamentais. Contudo, e exatamente por ser feita e aplicada por humanos, é passível de erros e equívocos, que, se por um lado, não podem ser extirpados, devem ser, por outro lado, utilizados para o aprimoramento do sistema, para questionamento dos métodos utilizados e objetivos almejados, pois,

afinal, como afirmou Platão, “uma vida não questionada não merece ser vivida”. A plenitude dessa vivência só poderá ser atingida se buscada com liberdade, que inclui a liberdade de errar para se ter a possibilidade de recomeçar, pois, como declarou Mahatma Gandhi, “A liberdade não tem qualquer valor se não inclui a liberdade de errar”.

Não se pode sustentar haver verdade e, em conseqüência, justiça na manutenção de uma, por assim dizer, verdade originada de decisão judicial, ainda que resguardada pela força da coisa julgada, que se distancia tanto da realidade biológica como da social e afetiva, motivo pelo qual há de se buscar caminhos para a eliminação de tais contradições. Com toda a certeza, isso se insere entre as atividades do magistrado, ainda que enfocadas sob o ângulo da ideologia e da busca da concretização do ideal de ser feita a justiça. No capítulo vindouro, buscar-se-á exatamente demonstrar isso, focando a atenção na atuação do magistrado.

## 5 A RELATIVIDADE DA FORÇA PRECEPTIVA DAS PRESUNÇÕES *PATER IS EST* E DA RESULTANTE DA *RES JUDICATA*

*Urge que o magistrado, na direção do processo, faça uso do poder de determinar as provas necessárias ao esclarecimento da verdade...*

Barbosa Moreira

### 5.1 A PATERNIDADE PRESUMIDA E A RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO

No sistema tradicional do Direito de Família, a que deu prestígio o Código Civil brasileiro de 1916, a relação de paternidade se definia por meio de presunção. O nascimento do filho durante a constância do matrimônio gerava a presunção da filiação legítima. Para a lei, *pater is est quem nuptias demonstrant*, ou seja, por meio de verdadeira “ficção”, o marido era tido como pai dos filhos gerados pela esposa (CC, art. 340). Quanto aos havidos fora do matrimônio, a paternidade ou decorria de reconhecimento voluntário do genitor, ou de sentença declaratória da ascendência biológica (CC, arts. 355 e 364).

Também na determinação da paternidade ilegítima prevalecia o uso de provas indiretas e indiciárias, como o concubinato, a notícia de relações sexuais e o rapto (CC, art. 363, I, II e III), já que o legislador de então não tinha conhecimento de outros meios positivos e técnicos de investigar os verdadeiros vínculos de parentesco, e a Justiça, da mesma forma, não tinha acesso a esses métodos.

Além disso, pela presunção *pater is est*, o conflito entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica se resolvia pela prevalência da paternidade “ficta” da lei.

Dois fatores atuaram, nos últimos tempos, para destruir o sistema de ficção legal de paternidade:

a) a eliminação, entre nós, da distinção entre tipos de filiação, graças à regra constitucional que assegurou tratamento jurídico igualitário para todos os filhos dentro e fora do casamento (CRFB de 1988, art. 227, § 6º);

b) a evolução dos meios científicos de apuração da verdadeira paternidade biológica, por meio de perícia genética.

Ao adotar a Constituição o sistema único de filiação, está, na verdade, garantindo a todos os filhos “o direito à paternidade”, de sorte que, passando este a ser um direito assegurado constitucionalmente, não mais se tolera que aqueles que biologicamente são filhos não sejam juridicamente considerados como tais. Em outras palavras, deve-se entender, portanto, que todas as espécies de filiação têm direito a ser reconhecidas, mesmo as adulterinas e as incestuosas. O legislador ordinário, aliás, para eliminar qualquer dúvida a respeito da ampla investigação de todo e qualquer tipo de paternidade, revogou, por meio da Lei 7.841, de 1º de outubro de 1989, o artigo 358 do Código Civil, em que constava a velha regra que vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos. Mesmo que não o tivesse feito, a própria Constituição Federal tratou de não a recepcionar, caracterizadora que era de odiosa discriminação.

Nesse novo quadro social, jurídico e institucional, as presunções e ficções legais perderam prestígio, conforme tem reconhecido e proclamado a jurisprudência: “Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor”.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Acórdão do STJ-Resp. 4987-RJ, 4ª Turma, relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (*apud* ZAMBERLAM, 2002, p. 32).

Por outro lado, a liberdade de investigação se robusteceu com o auxílio das modernas técnicas laboratoriais de determinação genética do parentesco, de maneira que, em nossos dias, deixou de ter influência maior a simples ficção jurídica derivada de presunções legais, porquanto dispõem os tribunais de acesso científico à verdade real em torno da paternidade biológica.

Deixar, portanto, o juiz de usar a prova pericial de determinação científica da paternidade biológica pelos recursos da pesquisa genética do DNA, cujo percentual de certeza atinge a 99,99999%, equivale a desprezar o princípio da verdade real tão caro ao regime atual de tutela à filiação.

Se a ciência inventou métodos de investigação em matéria de perícia hematológica que podem conduzir o juiz a uma convicção extremamente sólida, com probabilidade de mais de 99% de acerto, por que se contentar em julgar, nas ações relativas à paternidade, à luz de precários e vetustos meios indiciários de prova, quase sempre pouco concludentes? Responde Barbosa Moreira:

Estou, e tenho a certeza de que ficarei até a morte, seguramente, inabalavelmente, convencido de que é preciso que o juiz se compenetre da necessidade de que ele assuma realmente, não formalmente apenas, a sua responsabilidade na direção do processo. Urge que o magistrado na direção do processo faça uso do poder de determinar as provas necessárias ao esclarecimento da verdade, ainda que a parte não tenha sido diligente em requerê-las (CPC, art. 130). Se isso é um princípio acatado em todo o processo civil moderno, com muito maior razão haverá de ser respeitado nas ações em que a lide envolve questão de ordem pública. (BARBOSA MOREIRA, 1990, p. 89)

Até mesmo em grau de recurso, o tribunal pode e deve reabrir a instrução processual, quando prova necessária tenha sido omitida em primeira instância, mormente quando se trate, como no caso de paternidade, de disputa sobre direito indisponível, tutelado por preceito de ordem constitucional.

Como solucionar o impasse, se a decisão ofensiva à verdade real da filiação biológica transitar em julgado, sem que se tivesse esgotado a investigação probatória, por falta, sobretudo, da perícia genética do DNA? Em outras palavras, há agora uma outra presunção, também ficta, de que a verdade está na decisão transitada em julgado e uma vez ultrapassado o prazo para a ação rescisória.

Já houve decisões que negaram a capacidade de produzir coisa julgada à sentença que rejeitasse a investigatória de paternidade por insuficiência de prova. Isso permitiria a renovação da demanda, ensejando ao investigante produzir, em novo processo, a prova faltante no primeiro. Semelhante regime jurídico em princípio não é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, já que, em diversos casos, a lei prevê a chamada coisa julgada *secundum eventus litis* (por exemplo, ação popular rejeitada por insuficiência de prova e efeitos civis da sentença penal também por deficiência de prova não impedem reabertura de demanda sobre os mesmos fatos jurídicos já antes apreciados em sentença passada em julgado). Também em doutrina, há quem considere a falta ou insuficiência de prova, nas ações da espécie, pela indisponibilidade e imprescritibilidade do direito em lide, como equivalente à ausência de pressuposto processual, de modo a impedir o julgamento de mérito e a determinar apenas a extinção do processo, sem produzir a coisa julgada material (art. 267, IV, do CPC).

Acontece que esse tipo de subtração da sentença à autoridade de coisa julgada, no todo ou em parte, somente pode provir da lei, e não da vontade criativa do intérprete ou do juiz. E não há regra alguma, no direito positivo pátrio, que exclua a sentença da ação de investigação de paternidade do regime geral da *res iudicata*, até porque o instituto da coisa julgada é previsto nas normas legais vigentes inspirado em Chiovenda (1998, p. 514), que vislumbrava a autoridade na

vontade do Estado. O instituto da coisa julgada se expressa por meio da aplicação, pelo juiz, da (vontade da) lei no caso concreto, notadamente quando Chiovenda afirma que:

o raciocínio sobre os fatos é obra da inteligência do juiz, necessária como meio de preparar a formulação da vontade da lei. Por vezes, como verificamos (nas provas legais), o juiz não pode sequer raciocinar sobre os fatos. O juiz, porém, não é somente um lógico, é um magistrado. Atingido o objetivo de dar formulação à vontade da lei, o elemento lógico perde, no processo, toda a importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz considera como base de sua decisão; antes, não se preocupa nem em saber como se passaram as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. O juiz, portanto, enquanto razão, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. A sentença é unicamente a afirmação ou a negação de uma vontade do Estado, que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto; e só a isto pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se consegue a certeza de existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado. (1998, p. 514)

Seguindo esses passos, Liebman (1984, p. 50-51), ao reconhecer os méritos da formulação de Chiovenda, pretendeu aperfeiçoá-la. Para tanto, distinguiu a autoridade da coisa julgada dos efeitos da sentença. Em seguida, definiu a primeira como uma qualidade que torna imutável o comando emergente da sentença, tanto no seu conteúdo como nos seus efeitos. Após demonstrar que as diversas eficácias da sentença podem se manifestar independentemente da autoridade da coisa julgada – portanto, eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada são coisas distintas –, sem entrar no mérito do problema da natureza volitiva ou intelectual da atividade judicial, destaca que da sentença emerge um comando. A eficácia de uma sentença, por si só, não pode impedir que um juiz, investido da mesma competência daquele que decidiu anteriormente o caso, reexamine o caso e decida de forma diferente. Então, segundo Liebman, “uma razão de utilidade pública e social intervém para evitar essa possibilidade, tornando o comando imutável”

(1984, p. 54). Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando. É, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa, mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna, assim, imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

Assim professa Sérgio Tesheiner: “A eficácia natural da sentença, com a aquisição dessa ulterior qualidade, acha-se, então, intensificada e potencializada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido” (2002, p. 72).

Restaria, então, o recurso à ação rescisória, já que, em nossa técnica processual civil, é o único caminho idôneo para atacar a sentença válida trânsita em julgado e, assim, propiciar novo julgamento da lide, para o que haveria de ser considerado o laudo técnico pericial de DNA, como sendo “documento novo”, como antes mencionado.

Ora, segundo o artigo 485-VII do Código de Processo Civil, a questão prevê a rescindibilidade quando, “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, *capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável*” (sem destaque no original).

Assim, não se baseia a lei na criação ou na formação de documentos posteriores à sentença, mas na descoberta ou na disponibilidade de documento antigo que poderia influir no julgamento como tivesse sido produzido no processo em tempo útil.

Diante da indisponibilidade do direito à paternidade biológica, Belmiro Pedro Welter (2002, p. 74) defende, no caso de omissão da perícia de DNA na fase de instrução da investigatória, a ocorrência de violação à literal disposição do artigo 130, do CPC, em que estaria inserto não só o poder, mas também o dever do juiz de “determinar a produção de todas as provas”, incluindo a pericial (DNA). Enquanto, pois, não esgotada a instrução, não poderia haver o julgamento de mérito em torno de “direito natural, constitucional e indisponível de personalidade”. Donde sua conclusão de, na espécie, ser cabível a ação rescisória com apoio no artigo 485, V, do CPC, quando a causa tiver sido decidida sem a promoção da perícia genética, ainda que não requerida pela parte.

Assim, é permitido pensar que, nas circunstâncias em que o processo anterior tramitou, o posterior exame de DNA pode servir de meio para demonstrar que a sentença da ação de paternidade se lastreou em falsa ou incompleta prova. De fato, se os elementos de convicção do processo autorizavam a conclusão a que chegou o sentenciante, e se prova técnica posterior evidenciou, com certeza biológica plena, que a verdade dos fatos era, em sentido oposto, não é difícil afirmar o defeito do substrato probatório do julgamento rescindendo.

Não se procederá a um reexame dos meios de prova produzidos, mas apenas se demonstrará a impossibilidade de serem eles o retrato da verdade, já que, pela superveniente prova genética, jamais poderia subsistir a mentira biológica afirmada e chancelada pela coisa julgada.

Podem, à primeira vista, aparentar que constitui novidade pouco ortodoxa tanto a tentativa de rescindir a sentença de paternidade por violação ao artigo 130 do CPC como por uso de prova falsa. O certo, porém, é que a estrutura legal da rescisória foi construída em época na qual não existia a proteção

constitucional ampla e irrestrita ao direito à paternidade biológica que hoje vigora e, principalmente, a prevalência constitucional dos direitos fundamentais, entre eles, o da identidade, retratado nos de personalidade e dignidade.

Afinal, se, de acordo com Schopenhauer (*apud* ENGLISH, 2001, p. 43), o clássico representante do pessimismo filosófico em geral, todo prazer da Terra consiste em manter afastado o desprazer, segundo a teoria imperativista parece que tudo o que de positivo o Direito concede apenas consiste em não estar vinculado por imperativos, em estar liberto da penosa exigência do rigoroso dever-ser. Assim, como só nos apercebemos da meramente negativa libertação do desprazer quando a perdemos, assim como só aprendemos a apreciar o frescor da juventude, a saúde e a energia para o trabalho quando gradualmente desaparecem, também só damos conta da benção que representa a concessão de direitos quando os imperativos cada vez mais nos limitam a liberdade. Apenas sob o jugo do Estado totalitário, aprende o homem a apreciar de novo os perdidos direitos e liberdades fundamentais.

Dessa forma, não há como se imaginar ou simplesmente admitir a indiferença a um direito subjetivo maior, ou seja, exatamente o de identidade e, por conseguinte, o da própria dignidade, por tanto tempo relegados a segundo plano, por força de imposições mandamentais e ditatoriais em épocas diversas, em quase todos os países nos quais as famílias eram divididas, seus membros expulsos do território nacional, muitos deles de tenra idade sem que, posteriormente, pudessem sequer tentar recuperar sua história. Faz parte do Estado democrático de direito essa possibilidade concreta e real de se saber exatamente quem são os ascendentes de cada pessoa, e não será uma norma legal, feita por homens – que

são falíveis, preocupados em estabelecer a definitividade de relações negociais –, que obstaculizará a consecução desse objetivo.

Sobre o tema, Ovídio A. Baptista da Silva desenvolve o seguinte raciocínio:

Vivemos um tempo singular, que alguém qualificou de “a era da incerteza”. Além do “fim das certezas”, como disse Ilya Prigogine, um dos mais respeitados físicos contemporâneos, nossa era notabiliza-se por uma compulsiva e cada vez mais ampla destruição do que fora, na véspera, acolhido com entusiasmo. Como já dissera Karl Marx, numa frase que se tornou célebre, a modernidade faz com que “tudo o que seja sólido desmanche no ar”. As coisas que pareciam perenes, mesmo as coisas sagradas, ou aquelas tidas como naturais, como a família, acabam desfazendo-se, ante a voracidade das transformações culturais. (SILVA, 2004, p. 29)

Após mencionar que a primeira voz a defender a revisão da “carga imperativa da coisa julgada” foi a do Ministro do STJ José Augusto Delgado, ao afirmar que “a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças [...] antes, os efeitos da sentença que transitou em julgado devem prestar homenagem absoluta aos princípios da moralidade, da legalidade, da razoabilidade, de proporcionalidade e do justo” (DELGADO, 2001, p. 13), Silva conclui, concordando com o ministro, que “a segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos pelo ordenamento jurídico são violados pela sentença”. Dessa forma, na estabilidade jurídica obtida pela coisa julgada é necessário prevalecer o sentimento do justo.

Para Aristóteles (2002), o conceito de justiça não parte de um dever-ser, mas sim das virtudes humanas que levam à felicidade. O homem virtuoso evita os extremos, ou seja, o excesso e a falta das virtudes. A justiça, para ele, é a maior virtude coletiva, virtude de uma sociedade.

Para ele, o termo “justiça” deve ser investigado na mesma linha que as outras virtudes tratadas na obra *Ética a Nicômano*, ou seja, deve-se determinar que

espécie de meio-termo é a justiça e entre que extremos o ato justo é o meio-termo. Sendo assim, deve-se entender que a justiça é uma virtude e, assim, deve ser exercida num meio-termo. É, também, uma disposição de caráter, que leva uma pessoa a agir com justiça e desejar o que é justo.

A palavra “justiça” tem ambigüidade, ou seja, designa diferentes significados. Entretanto, tais significados se aproximam um do outro. “Justo” pode designar tanto o respeito à lei como a probidade. Há, portanto, um conceito legal de justiça e outro conceito relacionado à vantagem comum das pessoas, ou seja, a sua felicidade. Tais conceitos se aproximam, já que a lei, de um modo geral, visa à vantagem comum.

A justiça é a virtude completa, pois quem a possui pode exercê-la em relação a si mesmo e ao próximo. O mais difícil não é ser justo consigo mesmo, mas ser justo com o próximo.

O ato justo se divide, segundo os dois conceitos já mencionados, em legítimo e probó. A justiça em sentido amplo corresponde aos dois conceitos.

A justiça se manifesta tanto na distribuição de bens, dinheiro ou outras coisas (justiça distributiva) como nas transações voluntárias (por exemplo, compra e venda) e involuntárias (como o roubo).

O meio-termo da justiça é o igual, o eqüitativo. No caso da justiça distributiva, a determinação do eqüitativo não é aritmética, mas é, ao contrário, de acordo com o mérito de cada um, que é desigual. Isso é sempre objeto de disputas e queixas, já que uns identificam o mérito num certo sentido, e outros, em modo diferente. Além da justiça distributiva, existe a justiça corretiva, que visa restabelecer uma igualdade rompida. Restabelecida a igualdade, estará sendo restabelecido o meio-termo. Daí alguns juízes serem chamados mediadores.

Ainda para Aristóteles, há o conceito de justiça como retribuição. Existe a reciprocidade, a justiça retributiva, aplicada nas transações voluntárias. Nesse tipo de transação, deve haver uma retribuição não igual, mas proporcional, já que os valores têm medidas diferentes. Deixa claro o autor que não há uma medida para a retribuição, ou seja, que nem toda retribuição, para ser justa, deve ser feita na mesma moeda ou na mesma medida.

As virtudes, de um modo geral, têm excesso e falta. A justiça, por sua vez, tem seu contraponto na injustiça, que é, ao mesmo tempo, excesso e falta.

Um ato justo pode ser praticado sem que haja uma disposição de caráter justo no seu agente. Do mesmo modo ocorre com atos injustos, como, por exemplo, um homem pode roubar sem ser ladrão.

A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal pode ser estabelecida pelo homem, de qualquer modo, a princípio. Ou seja, existe uma justiça por natureza e uma justiça por convenção.

Para que uma ação seja considerada justa ou injusta, ela deve ser voluntária. Atos praticados por acidente não se consideram nem justos nem injustos.

Finalmente, para o autor, a eqüidade é a forma superior de justiça. Ela é necessária quando a aplicação da lei no caso concreto se torna deficiente e, portanto, em sua conceituação de justiça, fixa categorias e parâmetros, mas não quantifica, ou seja, não determina situações específicas em que se pode caracterizar a justiça ou o seu contrário, a injustiça. A eqüidade é a manifestação da justiça, pois, nas palavras de Aristóteles, a eqüidade é “o ponto intermediário entre duas iniquidades existentes em cada caso”, “o justo é eqüitativo” e “o justo será o meio-

termo”. Explorando melhor o conceito de eqüidade, a partir da idéia de que Aristóteles não quantifica nem especifica situações justas ou injustas, apenas fixa o que se poderia chamar de dimensões as quais são usadas ou avaliadas para se determinar a justiça, tal avaliação fica a cargo de uma cultura de um espaço-tempo, uma vez que o conceito de justiça não é individual, mas social. Diz-se justa uma sociedade, mas não um indivíduo. O indivíduo poderá, sim, ter uma personalidade apta a exercer atos típicos de uma sociedade justa, sendo que, quanto mais injusta a sociedade, mais difícil será a realização desses atos. Exemplo disso são as ditaduras, em que é extremamente difícil ao homem exercer a justiça.

Para Miguel Reale (1999 a), o conceito de justiça está relacionado ao do bem comum e há basicamente três correntes acerca do tema. A primeira entende que o bem comum é um conjunto formado pelo bem individual de cada um. Para a segunda, ao contrário, o bem individual é decorrente do bem comum e a ele está subordinado. Já a terceira estabelece que não há, *a priori*, superioridade do bem comum ou do individual; ao contrário, há situações de conflito, e deve a sociedade estabelecer, em cada situação, qual deles deve prevalecer. Tais apreciações confirmam nossa idéia de que justiça é um conceito determinado por uma vontade social, variável no espaço e no tempo. Segundo Reale, a sociedade justa é aquela na qual o querer da lei coincida com o querer dos indivíduos e dos grupos. A sociedade injusta é aquela em que uma pessoa se sujeita ao arbítrio da outra ou aquela em que se dá a uma pessoa o que à outra se recusa.

A eterna busca por um conceito de justiça reflete o anseio dos juristas por um parâmetro, um “código doador de sentido”, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior (2002) capaz de avaliar a legitimidade do direito positivo. Um sentido

que permaneça firme perante a mutabilidade da ordem social e da vontade dos governantes.

A palavra “justo” remete a “proporção”, “exata medida”, “harmonia”, “adequação”. Nessa linha, é o conceito de justiça fornecido pelo Livro I, Título I, das Institutas de Justiniano: “Justiça é a vontade constante e perpétua de dar o seu direito a cada um” (JUSTINIANUS, 2000, p. 21). Tal conceito é reafirmado no Título I, § 3<sup>o</sup>, ao serem enunciados os preceitos jurídicos que devem informar a vida de todos os seres humanos: “viver honestamente, não ofender a outrem, dar a cada um o que é seu”.

Não obstante as inúmeras divergências entre as diversas teorias formuladas sobre o tema, as clássicas idéias do dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) e do tratar os iguais na medida de suas desigualdades constituem cerne fixo de quase todas elas. A diferença básica entre os diversos conceitos de justiça consiste no preenchimento do espaço deixado por essas fórmulas, nos parâmetros determinadores do que é o de cada um e na delimitação das desigualdades relevantes.<sup>40</sup> Nas palavras de Luis Recaséns Siches: “El problema capital sobre la justicia no radica en la teoría de ella, sino en la medida de estimación que ella postula” (RECASÉNS SICHES, 1967, p. 387).

Em contrapartida, para Hans Kelsen, “o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade” (1997, p. 2). Como o alcance da felicidade pelos seres humanos não é proporcionado pelos mesmos bens da vida, a justiça seria um valor relativo, dependente da concepção particular de cada indivíduo, o que

---

<sup>40</sup> As discussões modernas sobre a justiça costumam encará-la sob dois aspectos que poderíamos classificar da seguinte maneira: no seu aspecto formal, ela aparece como um valor ético-social de proporcionalidade, em conformidade com o qual, em situações bilaterais normativamente reguladas, se exige a atribuição a alguém daquilo que lhe é devido. Trata-se da idéia clássica do *suum cuique tribuere*, que reclama, porém, num segundo aspecto, a determinação daquilo que é devido a cada

impediria a construção de uma ordem social considerada justa por todos. Entre os diversos valores que informam a conduta humana em busca da felicidade, alguns são eleitos pelo legislador como fundamentais. Tais valores são consubstanciados em normas jurídicas positivas, as quais, para o jurista austríaco, são o único parâmetro de que se dispõe para avaliar, de modo objetivo e seguro, a justiça de um evento. Sob esse prisma, o conceito de justiça transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem. Sendo o direito posto o parâmetro para a aferição do justo, a única solução injusta seria aquela que afastasse a aplicação do direito positivo.

Na obra de Gustav Radbruch (1979), encontra-se solução que, de certa forma, concilia as vertentes expostas. Segundo o célebre jurista alemão, o estabelecimento dos parâmetros substanciais do conceito de justiça é realizado pelos princípios fundamentais que informam certa ordem social, os quais variarão de acordo com o momento histórico e com os fins a que a sociedade almeja alcançar. Em conjunto com as idéias de justiça e de finalidade, diante da mutabilidade dos fins passíveis de serem eleitos, assoma a idéia de segurança, a qual, tendo como instrumento o direito positivo, estabiliza e torna objetivos os fins a serem perseguidos pela sociedade. Ou seja, a justiça ganha um sentido concreto à medida que é balizada por valores abarcados pelo direito positivo. Para Gustav Radbruch, essa seria a coordenação normal entre justiça, fim e segurança. No entanto, tal sincronia não é absoluta. Em situações excepcionais, nas quais o respeito a essa

---

um. "A conformidade ou não com critérios sobre o que e a quem é devido é o problema do aspecto material da justiça" (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 351).

ordem provoca grande ofensa a um desses prismas, especialmente nos casos de grave ofensa à justiça, ela pode ser momentaneamente quebrada.

A partir dos pensamentos de Gustav Radbruch e de Hannah Arendt no que pertine à responsabilidade no julgamento, no item seguinte, expor-se-á uma proposta de balanceamento entre as idéias de justiça originadas da coisa julgada material e dos direitos fundamentais.

## 5.2 HERMENÊUTICA DESCONSTRUTIVISTA DAS NORMAS LEGAIS E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*O julgamento é uma, se não a mais importante atividade em que ocorre esse compartilhar-o-mundo.*

Hannah Arendt

A defesa da absoluta imutabilidade das situações acobertadas pela coisa julgada material é apregoada por respeitáveis correntes do Direito Processual, que parecem se distanciar do conceito maior de justiça, da realidade das coisas, contentando-se com o formalismo que garante apenas uma aparente e superficial justiça.

A chamada verdade processual, aquela obtida por meio, unicamente, das provas que são carreadas ao processo, impõe ao julgador um comportamento omissivo, como se fosse um deficiente visual ao qual se mostra apenas o que se quer que ele veja, situação com a qual não se compadece a justiça moderna, voltada à concretização das promessas constitucionais e consciente de seu papel garantidor dos direitos fundamentais das pessoas. É mais importante saber como se chega à justiça, do que dizer concretamente o que as coisas são na realidade dos fatos.

Não há como defender a absoluta correção e exatidão de uma determinada verdade. No caso da justiça, o que preocupa é justamente isso, uma vez que há dúvida e que há técnicas e tecnologia para suprimi-la, ao menos no que se refere à, por assim dizer, verdade biológica. Portanto, há quem esteja a defender que, nas ações de estado, não ocorre coisa julgada. Por outro lado, também não há como se olvidar de que as regras são feitas pelas classes dominantes do poder, as quais, por conseguinte, fazem as regras nem sempre preocupadas com o *bem comum do povo*, mas com o intuito de manter o poder. A justiça é muito mais utilizada para manter as minorias dominantes com a conivência de um poder tirado da classe média do que para servir de embate entre o máximo e o mínimo. Nessa liturgia, realmente, saem prejudicadas as categorias inferiores.<sup>41</sup>

Vê-se, sem grandes dificuldades, que a busca da justiça como equidade funda-se numa base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas. Para responder à questão de como atender às exigências da liberdade e da igualdade que têm como pressuposto a existência de uma sociedade formada por pessoas livres e iguais, afirma John Rawls:

Para a justiça como equidade os cidadãos estão envolvidos na cooperação social, e, portanto são plenamente capazes de fazer isso durante toda a vida. Pessoas assim consideradas têm aquilo que poderíamos chamar de “as duas faculdades morais”, descritas como segue: I – Uma dessas faculdades é a capacidade de ter um senso de justiça: é a capacidade de compreender e aplicar os princípios de justiça política que determinam os termos eqüitativos de cooperação social, e de agir a partir deles (e não apenas de acordo com eles). II – A outra faculdade moral é a capacidade de formar uma concepção do bem: é a capacidade de ter, revisar e buscar atingir de modo racional uma concepção do bem. Tal concepção é uma família ordenada de fins últimos que determinam a concepção que uma pessoa tem do que tem valor, na vida

---

<sup>41</sup> Michael Walzer informa que “a Justiça, quando antônimo de tirania, responde pelas experiências mais aterrorizantes do século XX. A igualdade é o contrário do totalitarismo: a diferenciação máxima contra a coordenação máxima. O valor especial da igualdade complexa, para nós, aqui e agora, é deixar clara essa oposição, pois a igualdade só pode ser a meta da nossa política se pudermos defini-la de um modo que nos proteja contra a tirania moderna da política, contra o predomínio do partido/Estado” (WALZER, 2003, p. 434).

humana ou, em outras palavras, do que se considera uma vida digna de ser vivida. Os elementos dessa concepção costumam fazer parte de, e ser interpretados por, certas doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes à luz das quais os vários fins são ordenados e compreendidos. (2003, p. 26)

As normas jurídicas não de ser entendidas, portanto, tendo em vista o contexto legal em que são inseridas e considerando valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como se interpretar uma disposição ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos. Assim raciocinando, não há como se ignorar que outros eram os tempos, tanto em 1916, quando promulgado o anterior Código Civil, como em 1973, vigência do Código de Processo Civil, sendo este ainda fortemente marcado pela ditadura militar.

Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do art. 340, do antigo Código Civil (atuais artigos 337 e 338), quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação. (STJ-REsp 194.866, min. Eduardo Ribeiro).

Considerando o atual estágio da ciência – que viabiliza a realização de exames genéticos (DNA) que afirmam ou excluem a paternidade com margem de segurança próxima ao absoluto –, é de se admitir a ação negatória de paternidade, ainda que aforada quando já ultrapassado o prazo previsto no § 3º do artigo 178 do Código Civil, notadamente quando, por exemplo, há documento que comprova a esterilidade do autor.<sup>42</sup>

É importante registrar, desde logo, que ao intérprete do Direito incumbe a tarefa precípua de aplicar as normas em consonância com os fins que norteiam o ordenamento jurídico. Na verdade, a leitura fria de uma norma sem levar em

consideração o contexto cultural no qual está inserida e as conseqüências dela advindas afasta o aplicador do Direito do ideal de justiça que deve permear todas as decisões judiciais.

O juiz não pode prostrar-se diante do caso concreto como uma máquina insensível. Sua atividade desenvolve-se com o objetivo de *pacificar com justiça* o conflito de interesses submetido à sua apreciação. Para tanto, não pode o julgador acomodar-se. Sob os influxos da *lógica de lo razonable*,<sup>43</sup> o juiz moderno é desafiado a assumir, cada vez mais, um papel ativo e criativo na interpretação da lei, adaptando-a, em nome da justiça, aos princípios e valores de seu tempo.

No limite dessas questões, encontra-se a hipótese em que, após todo o labor hermenêutico do aplicador da lei, não foi possível encontrar amparo para a solução que, no seu sentir, é a mais justa. Nesse caso, diante da necessária busca de conciliação entre os valores segurança e justiça, deve em regra, como última *ratio*, a decisão injusta, mas conforme o direito prevalecer.<sup>44</sup> No entanto,

---

<sup>42</sup> TJSC – AC 99.002588-8 – 1ª C. Civ. – rel. Des. Newton Trisotto – J. 22/6/1999.

<sup>43</sup> Tal é o método de raciocínio de grande utilidade proposto por Luis Recaséns Siches (1970, p. 258-259). Eis suas características: (I) é profundamente influenciado pela realidade concreta do mundo em que opera; (II) está impregnado de valorações, de critérios axiológicos, os quais se referem a uma situação humana real, concreta e constituem base de apoio para a formulação de fins para a atividade jurisdicional; (III) tais fins não se apóiam somente em valorações, mas também nas possibilidades oferecidas pela realidade humana concreta; (IV) está regido por razões de adequação entre (a) a realidade social e os valores, (b) entre os valores e os fins, (c) entre os fins e a realidade social concreta, (d) entre os fins e os meios predispostos para o alcance desses fins, a adequação dos meios, sua correção ética e sua eficácia; (V) por fim, a *lógica de lo razonable* está orientada pela experiência de vida humana e pela experiência histórica e se desenvolve instruída por essa experiência.

<sup>44</sup> “Toda vez que o magistrado se defronta com uma controvérsia, com um interesse resistido, deve idealizar a solução mais justa para o caso concreto. Ele deve partir para a fixação do desiderato, inicialmente, de acordo com a formação humanística que possui e, somente após, já fixado o desiderato desejável para o caso, partir para a dogmática e, aí, tentar buscar, na dogmática, o apoio para a conclusão a que chegou inicialmente. Encontrando esse apoio, como quer o Direito, torna translúcido o Direito no provimento judicial. Não o encontrando, aí sim, lamenta e conclui de forma diametralmente oposta à solução idealizada” – STF, 2ª Turma, Rext. nº 111.787/GO, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, v.m., j. 16.4.1991 (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, 136, p. 1.295, 1991). “O juiz é um homem que se move dentro do direito como o prisioneiro dentro de seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem” (COUTURE, p. 58). “Que o juiz não se limita a utilizar normas pré-fabricadas, mas desempenha também aí uma função criadora, é coisa que ninguém mais duvida. O juiz simples ‘boca da lei’, sonhado por antiga doutrina, se alguma vez existiu,

excepcionalmente, em hipóteses de grande injustiça, em que valores básicos e fundamentais dos seres humanos são violados,<sup>45</sup> o respeito à segurança, ao direito positivo, perde o sentido, a relevância, devendo esse ser posto de lado e ser aplicada ao caso concreto a solução justa.

É absolutamente inegável que o Direito de Família sofreu profundas e radicais transformações desde a promulgação do Código Civil nos idos de 1916 e que as relações familiares do século XIX (que inspiraram a sua elaboração) assentavam-se sobre o patriarcalismo, que conferia ao varão a autoridade de autêntico *pater familias* com o poder de decisão final sobre os rumos a serem tomados pelos demais membros familiares.

As regras editadas naquele contexto devem ser nele compreendidas, para que, revestindo-se de alguma plasticidade, possam adequar-se à concepção de família instituída pela nova ordem constitucional e informada pelos valores sociais então vigentes, resguardando-se, sobremaneira, o interesse da criança.

Ante o avanço dos tempos, é mister que o aplicador, na inércia do legislador, possa adequar o Direito às novas exigências, sob pena de anacronismo e ineficácia da prestação jurisdicional o que, na atualidade, não só possível, mas

---

é defunto de longa data sepultado. Há limites, contudo, para semelhante criação. O juiz cria nos interstícios da rede normativa; não se lhe permite sobrepor a ela sua fantasia, sorvida que seja nas fontes mais puras e alimentada pelas mais santas intenções. Falece ao juiz legitimação política para irrogar-se com amplitude o papel de legislador. Se, de acordo com a lei, tal ou qual comportamento é proibido, não compete ao juiz pôr de lado, sem mais aquela, a proibição, para conceder suas bênçãos a quem a infringiu. Errará se puser a decisão em termos estritamente relacionados com a espécie *sub judice*; e mais gravemente errará se enunciar, à guisa de fundamentação da sentença, princípio tendente a absolver aquilo que a lei condena” (BARBOSA MOREIRA, 2000, p. 76). Ver, ainda, Dinamarco (1987, p. 294-295); Cintra *et al.* (2002, p. 35); TJSP, 4ª Câmara Cível, Ap. n. 61.395-1, rel. Des. Alves Braga, j. 3.10.1985, v.u. (*Revista dos Tribunais*, 604, p. 43, 1986); STF, 1ª Turma, Rext. N. 93.701-3/MG, rel. Min. Oscar Corrêa, j. 24.9.1985, v.m. (*Revista Brasileira de Direito Processual*, 50, p. 186, 1986).

<sup>45</sup> É o caso dos direitos fundamentais do ser humano. Derivados de atributos inerentes à condição humana, tais direitos desenvolveram-se no decorrer da história tendo como fundamento “a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais”

também necessário e estimulado pelo legislador ao adotar no novo Código Civil um sistema de cláusulas abertas.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em decisão relatada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,<sup>46</sup> já reconheceu a necessidade de que seja levada em consideração, no tocante ao Direito de Família, a perquirição da verdade material, em detrimento de formalismos que não se coadunam com o caráter instrumental do Direito. O acórdão em apreço encontra-se ementado da seguinte maneira:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – PRESUNÇÃO LEGAL – ART. 240/CC – PROVA – POSSIBILIDADE – DIREITO DE FAMÍLIA – EVOLUÇÃO – HERMENÊUTICA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO

I – Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.

II – Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.

III – O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana.

Por oportuno, em face da clareza e percuciência com que aborda a questão, transcreve-se excerto da decisão acima:

*In casu*, estribando-se na letra de uma legislação que data de ¾ de século, em julgamento antecipado, sem apreciação do mérito, e sem ensejar ao autor o acesso aos meios de prova hoje cientificamente existentes e admitidos, até demonstração em contrário, pelo Supremo Tribunal Federal (RE 99.915/SP), por este Tribunal Superior (REsp 700/RJ) e pela doutrina de ponta (Caio Mário, *Instituições*. Vol. V. 7ª ed. Forense, 1990, nº 413, p. 202), as instâncias locais vedaram ao autor a produção de provas para a demonstração negativa da sua paternidade, mantendo a anátema que há séculos pesa sobre a filiação, que o romano, segundo registro do admirável civilista citado, qualificava de mistério no célebre brocardo *mater semper certaest, pater incertus*.

---

(COMPARATO, 1999, p. 47). Caso a aplicação da lei ao caso concreto ofenda esses direitos, o direito positivo deve ser afastado, prevalecendo a solução justa.

<sup>46</sup> STJ – REsp 4.987 – RJ – Reg. nº 90.0008966-2 – Ac. por maioria da 4ª Turma J. 4/6/1991 – DJU I, em 28/10/1991- p. 15.259.

O fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manifestar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se. No julgamento acima, colhem-se as considerações do subprocurador-geral da República, Osmar Brina:

Penso que numa ação dessa natureza, e com essas características, todos os problemas de técnica processual devem ficar adstritos ao seu aspecto meramente instrumental e ceder lugar a alguns valores mais altos reconhecidos pelo direito natural implícitos no ordenamento jurídico. A preocupação com a verdade e a justiça é tamanha que não ocorrem os efeitos da revelia (CPC, art. 320, II) e nem mesmo a confissão pode ser admitida (CPC, art. 351). [...] A Constituição Federal Brasileira, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 1º), assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art. 227).

Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança, é um direito humano que nenhuma lei e nenhuma corte pode frustrar.

A dignidade de uma criança fundamenta-se no amor, no respeito e no carinho a ela dedicados. E esses fatores não podem sobreviver quando ela é considerada uma farsa, fruto de outra farsa.

Certamente, nenhum julgamento conseguirá apagar as marcas psicológicas dos fatos veiculados em tais espécies de processos. Certamente, existe uma presunção relativa da paternidade da criança em questão, oriunda da força da coisa julgada material que se formou. Certamente, o julgamento do processo definirá os direitos patrimoniais, sucessórios e alimentares, mas é função primordial da Justiça velar para que ela própria não contribua para agravar os traumas que a vida dos pais da criança lhe impuseram.

Fosse o magistrado um aplicador “cego” e frio das leis, sem a obrigação moral e institucional de fazê-la condizente com a realidade e com os anseios da população, que, ao contrário do texto legal, são flexíveis e se modificam a todo instante, então o resultado do processo seria, simplesmente, o reconhecimento da existência de coisa julgada e ponto final.

No entanto, é preciso ser razoável, é preciso ver as angústias e disparidades que envolvem cada processo em julgamento, mormente quando se trata de uma questão das mais relevantes na vida de uma pessoa, que é a paternidade e a filiação.

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,<sup>47</sup> em lapidar acórdão, colacionou os seguintes ensinamentos:

Como afirmou Del Vecchio, a interpretação leva o Juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou Orosimbo Nonato na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama, exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém.

Ademais, não se pode esquecer que a melhor aplicação da norma jurídica é aquela que se coaduna com o momento em que se interpreta. Essa é a função do jurista moderno, atual, ligado e conectado ao seu tempo, ao seu mundo e aos que o rodeiam. O direito do século XXI será diferente do direito dos anteriores séculos, exatamente porque o jurista de hoje tem uma atitude muito diferente da atitude do jurista de séculos anteriores.

Assim já o dizia o Ministro Milton Luiz Pereira do egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao alertar para o relevante papel do hermeneuta que “liberta a interpretação construtiva da norma legal, na aplicação dinâmica do direito, não se

constituindo como instrumento restrito só do exame de literal violação da lei, escravizando a ordem jurídica ao formalismo impiedoso”.<sup>48</sup>

Pontes de Miranda (1964) e Barbosa Moreira (1998) também defendem que o *desrespeito aos princípios é muito mais nocivo para o sistema que a ofensa a dispositivos legais*. Isso leva à conclusão de que a violação de princípios se deve entender alcançada pelo disposto no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil e desafiar ação rescisória.

É este homem do direito atual que relê o que efetivamente restou de perene, após o desmoronamento de uma secular estrutura de dogmas, afastando de si a segurança da fossilização e da estagnação de conceitos e de normas, para admitir a abertura de castelos – ou de prisões – em prol da atenção às transformações geradoras da crise, em prol da vivificação dos valores da vida e dos anseios atuais. É deste ser de incansável movimento e de infinitos sonhos que se está a falar. Fala-se de sua vivacidade, sua inteligência ímpar, sua aguda percepção dos fenômenos, sua supremacia na escala biológica. Tudo isso que o colocou em pé, uma primeira vez, prossegue agigantando-se em seu espírito, não lhe conferindo paz, serenidade ou repouso, mas, antes, incitando-o eternamente a caminhar além, a esmiuçar segredos e a constranger costumes ancestrais.

Esse caminhar desvenda-lhe outros mistérios, inova-lhe o espírito, estabelece novos horizontes de contemplação de sua ambientação jurídica. Fá-lo novo e faz novos os seus projetos. Por isso, novo há de ser também o direito que dimensiona e organiza a sua vida privada. O desafio, profetiza Luiz Edson Fachin, “consiste em trocar práticas de medievo pelos saberes construídos às portas do

---

<sup>47</sup> Apelação 68.829, TJMG, RG. 618/169.

<sup>48</sup> EI em AR 429-BA 1995 – 0029492-3 – v.m. em 25/5/2000. DJ 11/9/2000.

terceiro milênio. E este é apenas o singelo ponto de partida rumo ao que abre o terceiro milênio” (2000 b, p. 5).

Não se há, contudo, de destruir, mas sim *desconstruir*<sup>49</sup> o que se tem até agora, para que outro modelo possa emergir, possibilitando-se lançar um novo olhar a partir da perspectiva de se colocar, como centro de todo o sistema, o próprio ser humano, e não mais a propriedade, o contrato, o patrimônio ou qualquer outro valor típico do liberalismo e do individualismo que, não se duvida nem se questiona, teve seu momento e seu valor histórico, mas não pode ainda ser aceito num mundo moderno, globalizado e, acima de tudo, que se quer solidário e humano.

A função primordial do intérprete no Direito atual é essencial para explicar por que determinadas palavras podem fazer várias coisas, e não outras. Nas palavras de Karl Larenz, “interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático” (1997, p. 439).

Para essa atividade, o saber jurídico ocupa papel de relevo e não se restringe a um conjunto de códigos, mas tem de ser concebido como um processo de diálogo, de troca entre o ser e o mundo, necessariamente entendido como uma reação ao positivismo.

---

<sup>49</sup> “Utilizado pela primeira vez por Jacques Derrida em 1967, na *Gramatologia*, o termo ‘desconstrução’ foi formatado da arquitetura. Significa a deposição ou decomposição de uma estrutura. Em sua definição derridiana, remete a um trabalho do pensamento inconsciente (‘isso se constrói’) e que consiste em desfazer, sem nunca destruir, um sistema de pensamento hegemônico ou dominante. Desconstruir é, de certo modo, resistir à tirania do Um, do *logos*, da metafísica (ocidental) na própria língua em que é enunciada, com a ajuda do próprio material deslocado, movido com fins de reconstruções cambiantes. A desconstrução é o ‘que acontece’, aquilo acerca de que não sabemos se chegará a seu destino etc. Jacques Derrida lhe confere igualmente um uso gramatical: o termo designa, então, uma desorganização da construção das palavras na frase. Ver ‘Lettre à um ami japonais’ (1985) in *Psyché: invention de l’autre*, Paris, Galilée, 1987, p. 387-95. No grande dicionário de Émile Littré, podemos ler: ‘A erudição moderna nos atesta que numa região do imóvel Oriente uma língua que havia chegado à perfeição foi desconstruída e alterada em si mesma exclusivamente pela lei da mudança natural do espírito humano’” (DERRIDA e ROUDINESCO, 2004, p. 9)

A própria norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, a sua essência reside no fato de que a relação por ela regulada venha a ser concretizada na realidade (ver HESSE, 1991). E ela se complementa com a idéia de interpretação, trazida por Peter Häberle, de que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada” (1997, p. 55). Para ele, interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo à realidade pública, mesmo com espaço para participação das potências públicas pluralistas, concretizando-se uma *interpretação democrática*.

Sobre essa necessária participação inter e multipessoal, diz Lênio Luiz

Streck:

o processo de produção do sentido (daquilo que é sentido/pensado/apreendido pelo sujeito) do discurso jurídico, sua circulação, seu consumo, não podem ser guardados sob um hermético segredo, como se sua *holding* fosse uma abadia do medievo. Isto porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e oculta(da)s, “aparecem”, como se fossem provenientes de um “lugar virtual”, ou de um “lugar fundamental”. Ora, as palavras da lei não são unívocas; são, sim, plurívocas, questão que o próprio Kelsen já detectara de há muito. Por isto é necessário dizer que, pelo processo interpretativo, não decorre a descoberta do “unívoco” ou do “correto” sentido, mas, sim, a *produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade*. Não há interpretação sem relação social. (2003 b, p. 19)

Fica-se aqui, com o primado de Paulo Bonavides (2000, p. 399) para quem a interpretação jurídica, em si, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição do sentido do texto viciado, obscuro ou não condizente com a realidade temporal-geográfica. Em verdade, a interpretação mostra o Direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. Observa Rogério Gesta Leal:

se é verdade que a Modernidade não cumpriu com suas promessas emancipatórias à civilização ocidental, cumpre verificar como

podemos conviver e solucionar os impasses que se apresentam no âmbito das demandas sociais emergentes, todas dizendo respeito à necessidade de concretização dos direitos assegurados pelas Cartas Políticas vigentes. (2000, p. 156)

Faz-se forte a responsabilidade dos intérpretes e aplicadores do Direito para que, num Estado democrático constitucional de direito, se adote o sistema de cláusulas abertas<sup>50</sup> como feito na Constituição e no Código Civil, por exemplo, com os conceitos como “pessoa”, “direito subjetivo”, “bem jurídico” e “regular funcionamento das instituições democráticas”.

Esse sistema permite modificar os significados sem necessidade de se alterar a lei “positiva”<sup>51</sup> e, dessa forma, proceder à adequação de seus textos à realidade atual e histórica vivenciada pela sociedade no momento e por ocasião de sua aplicação.

Exatamente nesse contexto, John Rawls avança com a distinção entre um conceito de justiça e as diversas concepções de justiça. Ele afirma que as regras jurídicas

tanto podem conter preceitos bem precisos, que não requerem nenhuma interpretação especial, posto que o seu significado é sempre o mesmo, as chamadas “concepções”, que o legislador quis que perdurassem como decisões globais de sistema, como podem incorporar ainda temas vagos, referências a padrões ou condutas, cuja concretização depende essencialmente das idéias do momento, os chamados “conceitos”, que reclamam dos juizes e dos tribunais uma complementação ou concretização posteriores. (2002, p. 22)

Afinal, não se está aqui mencionando acesso ou direito patrimonial ou que possa determinar a riqueza ou a miséria de uma pessoa, mas sim valor muito maior, muito mais elevado e essencial, que se relaciona com a própria vida da

---

<sup>50</sup> Karl Larenz aponta que a necessidade de um pensamento orientado a valores surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo (cláusula geral), para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica. Ver Larenz (1997, p. 310).

<sup>51</sup> Nesse sentido, ver Queiroz (2002, p. 188).

pessoa, com seu próprio significado no universo: a identidade do sujeito, seu reconhecimento como pessoa. Essa identidade, essa identificação se principia da própria aceitação da criança por parte dos pais, e mais especificamente do pai, relacionamento primeiro e pioneiro experimentado pelo novo ser e que projetará seus efeitos na adaptação e aceitação da pessoa no mundo. Como observa Rodrigo da Cunha Pereira,

[...] o direito ao pai é condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, é mais que um DIREITO FUNDAMENTAL, é o DIREITO FUNDANTE DO SER HUMANO COMO SUJEITO. Desta forma, podemos dizer que sem paternidade não é possível existir o sujeito, ou seja, não há sujeito sem que alguém tenha exercido sobre ele uma função paterna. (1999, p. 5-8)

A criança que foi rejeitada experimenta um resultado altamente frustrante e carregará isso como um enorme e pesado fardo pelo resto da vida (WINNICOTT, 1982, p. 131).

Talvez esteja aí o caminho e o fundamento mais íntimo da afirmação de que o elo maior que pode unir duas pessoas não é o legal, o contratual ou o biológico, mas sim o afetivo, que produz efeitos duradouros e plenos. Todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, e têm assegurada a convivência familiar e solidária porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou da afetividade como fundamento da relação entre pai e filho. E se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos não biológicos, também se deve à Constituição, que os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia-a-dia, sejam os que a natureza deu, sejam os que foram livremente escolhidos. A Constituição, ao abandonar o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão e passou a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, o afeto, que é necessário para realização pessoal de seus integrantes. O

advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares.

A afetividade é construção cultural que se dá na convivência, sem interesses materiais, os quais apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Ela se revela em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real.

Paulo Luiz Netto Lobo (2004 a) afirma que a Constituição Federal abandonou a idéia clássica de que a família só se constitui pelo casamento. O autor vai mais longe quando conclui que, mesmo as demais formas de constituição familiar previstas na Constituição, não encerram em si as únicas possibilidades de construção do núcleo familiar e a *exclusão de modelos familiares não expressamente previstos, não estaria na Constituição, mas sim no olhar vesgo e retrógrado do intérprete, que não acompanhou, na prática, a ideologia libertária e libertadora do legislador constituinte*. Conclui Lobo:

No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstalou a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

Mais uma vez, é fundamental o papel do intérprete como elemento determinante da realização e concretização das normas e princípios constitucionais consagradores dos direitos do ser humano. Vale observar que as regras dos

parágrafos não podem ser tidas como limitadoras ou opositoras do que está garantido no *caput*.

### 5.3 A INSUFICIÊNCIA DA VERDADE BIOLÓGICA

*As crianças formam seus ideais, pelo menos em parte, com base no que vêem ou pensam que vêem quando olham para o pai.*

D. W. Winnicott

O reconhecimento da paternidade envolve não apenas o desvendar da identidade genética, mas o restabelecimento da dignidade do filho e também do próprio pai, a quem foi impingida uma paternidade que, na verdade, não é sua. Isso inviabiliza, de forma definitiva, que essa criança encontre, na figura do pai que lhe foi imposto, intimidade, atenção, carinho e aconchego, naturalmente existentes entre pais e filhos, tão importantes na formação do caráter e da personalidade e no desenvolvimento, porque não se quer um pai que se limite a pagar pensão alimentícia, dar-lhe um nome e garantir-lhe direitos sucessórios. Pretende-se muito mais. Deseja-se que filho e pai estabeleçam um relacionamento afetivo, fundindo-se em uma única pessoa a figura do genitor e a figura do pai, formando-se uma família e um relacionamento afetivo entre ambos, com as conseqüências psicológicas e emocionais inerentes.

A negação dessa atenção, dessa dedicação, leva a danos incomensuráveis, que podem ser reconhecidos, mesmo para fins indenizatórios como ilustra a manchete de reportagem publicada no jornal *O Globo*: “Justiça condena pai por não ter dado afeto ao filho” (2004 a). A reportagem menciona o julgamento pelo Tribunal de Alçada Civil do Estado de Minas Gerais (7ª Câmara

Cível, relator juiz Unias Silva, processo 0408559-5), que condenou pai ao pagamento de verba indenizatória por danos morais ao filho por ter estado ausente do convívio familiar. Segundo informou o advogado do autor, Dr. Rodrigo da Cunha Pereira, “a Justiça se baseou em uma tese nova para os juízes, que passaram a decidir, para efeitos de conflitos familiares, que a família não é apenas o núcleo econômico e de reprodução, mas também um espaço de amor, companheirismo e afeto”. O referido relator sustentou numa declaração, à época, a um *site*:

Minha decisão foi amparada no rompimento de uma relação entre pai e filho. Ser pai não é só dar dinheiro para as despesas, mas suprir as necessidades dos filhos. É legítimo o direito de se buscar indenização por força de uma conduta imprópria, especialmente quando ao filho é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna, magoando seus mais sublimes valores.<sup>52</sup>

O que se analisa nesta pesquisa é a decisão de qual princípio deve prevalecer: se o da propalada necessidade social de definitividade das decisões judiciais e a suposta segurança jurídica, que não encontra respaldo constitucional, mas apenas legal, ou os da dignidade e da personalidade, consistentes na prerrogativa de se ter, como pai, exatamente a pessoa que gerou a criança, salvo em hipótese de adoção ou, em determinadas hipóteses, nem um nem outro, mas um terceiro a quem reconheça como pai, por exemplo, aquele que o criou, o educou, dedicou-lhe tempo, carinho e o conduziu pela vida, pessoa que bem pode ser um estranho, no sentido de não ser nem o pai biológico nem o adotivo, mas, por exemplo, o novo marido ou o companheiro de sua mãe.

Sequer conflito e colisão de direitos fundamentais se caracteriza o que é verificado entre a segurança jurídica e a dignidade, visto que um princípio tem

---

<sup>52</sup> Disponível em: <[www.espacovital.com.br](http://www.espacovital.com.br)>. Acesso em: 14 jun. 2004.

embasamento legal, e o outro, constitucional, sendo assim, sob esse aspecto, fácil a solução.

Porém, ainda que se entenda presente a colisão, por se aceitar que a previsão do artigo 5º, XXXVI (“a lei não prejudicará [...] a coisa julgada”), seria suficiente para lhe constituir o *status* de garantia fundamental – o que não parece defensável, visto que a norma apenas protege o fato já definitivamente julgado de alterações legais posteriores, e nada mais –, não seria razoável a prevalência do valor segurança sobre o da dignidade. Neste ponto, convoca-se a perfeita lição de J. J. Canotilho, ao dispor que:

[...] pelo princípio da necessidade, somente se admite uma solução limitadora do direito fundamental quando é real o conflito entre diversos princípios, todos de natureza constitucional. Pelo princípio da proporcionalidade, o que se busca é uma operação que se limite ao indispensável para superar o conflito entre os aludidos princípios, harmonizando-os, na medida do possível. Não cabe, porém, ao intérprete, a simples anulação de um princípio, para total observância de outro. É preciso preservar, quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar. (1992, p. 305)

Complementa Luís Roberto Barroso, versando sobre o princípio da razoabilidade: “[...] a razoabilidade deve embutir, ainda, a idéia de proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima [...]” (2001 b, p. 76). Sobre a questão, acrescenta Barroso:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que o conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

[...]

A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. (2003, p. 204, 205 e 209)

O princípio da razoabilidade, proporcionalidade ou vedação de excesso afigura-se o vetor por meio do qual o intérprete busca a adequação, a racionalidade, a idoneidade, a lógica, o bom senso, a prudência e a moderação no ato de se compreender os atos editados e decisões tomadas pelo Poder Público.

Após a promulgação da Constituição de 1988, o uso do princípio da razoabilidade intensificou-se e passou a ser invocado por todos os juízes e cortes de justiça do nosso país. Assim ocorreu porque tal princípio, em um Estado de direito, insere-se no campo de abrangência da cláusula do devido processo, justamente para oferecer ao Poder Judiciário uma forma de atuação construtiva no combate a atos arbitrários dos órgãos públicos, de sorte a controlar-lhes a discricionariedade.

Em resumo, a razoabilidade compõe-se dos seguintes momentos: a) juízo de adequação; b) necessidade ou exigibilidade (proibição do excesso); c) proporcionalidade em sentido estrito.

Dessa forma, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor

ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. Não se ignora a violência da reação que propicia essa afirmação por todos quantos, vinculados a uma visão positivista, legalista e, até certo ponto, indiferente e alienada do Direito, tido como ciência menor, relegada aos textos legislados, pugnam pela imutabilidade definitiva, eterna, vitalícia das decisões judiciais, por mais desconexas da realidade que possam ser.

Fulcrado nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal e todos os demais órgãos jurisdicionais deste país vêm entendendo que a recusa injustificada do réu, numa ação de investigação de paternidade, cria contra ele a *presunção da verdade do que alega o investigador*, invertendo-se, assim, o ônus probatório. Esse posicionamento se deve, exatamente, por se dar preferência ao direito individual e personalíssimo de se descobrir a filiação legítima, sangüínea, que se entende preponderante sobre o direito, também constitucional de intimidade e vedação de acesso ao corpo de outrem.

Nesse sentido, vêm se verificando as decisões judiciais, como segue:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Prova. Recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA. *Exceptio plurium concumbentium* não demonstrada. PRESUNÇÃO DA VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS. Inteligência dos artigos 136-V, do CC. E 332 do CPC. Se exame hematológico é necessário para a negativa de paternidade, cumpre ao réu o ônus de ceder o sangue exigido, sob pena de a recusa ser interpretada em seu desfavor.<sup>53</sup>

Não há lei que obrigue, seja o pai ou a mãe, réu em uma ação de investigação de paternidade, a submeter-se ao exame de DNA solicitado. Porém, a recusa em submeter-se ao exame pericial sem qualquer justificativa leva à presunção da veracidade dos fatos alegados, aplicando-se a regra do artigo 359 do CPC.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> TJAC. AP.CIV. 505/95 E 96.0000228-6 (24.3.1997).

<sup>54</sup> RT. 750/336.

O atual Código Civil Brasileiro, legalizando posicionamento pacificado em jurisprudência,<sup>55</sup> estabelece a presunção *juris tantum* de paternidade ao suposto pai que se recusa, injustificadamente, a participar da coleta de material para a realização de exame de DNA, no artigo 232, *verbis*: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Pode se sustentar que o legislador foi tímido e poderia ter estabelecido a obrigatoriedade de realização do exame de DNA, que pode ser feito com um fio de cabelo, por exemplo, sem que esse ato represente qualquer agressão ou afronta à integridade física e moral do suposto pai e, muito menos, ofensa a qualquer outro direito seu de personalidade. De qualquer forma, como observa Silvio de Sálvio Venosa, exame genético é ônus processual da parte e, ainda que não esteja o réu obrigado a realizá-lo, a recusa injustificada opera presunção contra ele. Venosa remata:

É evidente, porém, que a conclusão do juiz levará em consideração todo o conjunto probatório, mormente na inexistência de exame genético, admitindo-se todas as provas lícitas no processo. Sob esses aspectos, o artigo 231 do novo Código estipula que a negativa do agente em submeter-se a exame médico necessário não poderá ser aproveitada em seu favor. Ainda, o artigo 232 acrescenta que *a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*. De qualquer forma, nunca a ausência da prova técnica poderá induzir peremptoriamente a paternidade da mesma forma que a conclusão pericial em prol da paternidade, por mais perfeita que se apresente. O juiz deve sempre ser cauteloso e levar em conta o conjunto probatório. (2002, p. 299)

Assim, não parece razoável privilegiar-se um direito “legal”, porque previsto apenas em lei, que é a definitividade da coisa julgada material, em prejuízo

---

<sup>55</sup> “Investigação de paternidade. Recusa de se submeter a exame genético. Verdade relativamente presumida contra o recusante. HLA e DNA. Embora ninguém possa ser coagido a exame ou inspeção corporal, o investigado que se recusa ao exame pericial de verificação de paternidade deixa presumir contra ele a verdade da impugnação (CPC, art. 359, II), por aplicação analógica (CPC, art. 126). Presunção harmoniosa com o conjunto da prova” – rel. Des. Paulo Roberto de Azevedo de Freitas (*Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 10, p. 200, 1992).

de outro direito fundamental, com assento constitucional, qual seja, o da personalidade.

Do exposto, conclui-se que a finalidade do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. O princípio autoriza somente restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias, racionais e razoáveis. Operacionaliza-se mediante um procedimento metódico, racional, o qual pressupõe: a) a existência de uma estrutura meio-fim; b) que o fim seja constitucional; c) que se identifiquem as circunstâncias relevantes do caso (na hipótese da colisão de direitos fundamentais) e d) que, por fim, apliquem-se sucessivamente, os três princípios parciais constitutivos. (STEINMETZ, 2002, p. 155)

Assim, entre a segurança social e a descoberta da paternidade real, parece que o Direito de Família brasileiro caminha, a passos ousados, à quebra da coisa julgada.

Isso decorre, numa atitude interdisciplinar, a partir da possibilidade de transportarem-se sistemas de pesquisa científica da ascendência genética para o Direito, provocando verdadeira revolução na descoberta e na afirmação judicial da paternidade biológica.

É preciso repensar a aplicação do instituto da coisa julgada no Direito de Família, haja vista que se mostra desatualizado e injusto para as relações familiares da atualidade, notadamente ante o avanço da engenharia genética.

Ponderando os valores *coisa julgada* e *paz social* é possível afirmar que:

O que não se pode conceber é que a conquista da aparente paz social trazida pela estabilidade dos julgados com a “res judicata” tenha um preço maior do que o da paz pessoal, sob pena de o direito desencontrar-se da justiça, ainda mais se se pensar que é no seio das relações familiares que se formam os homens, o seu caráter, a sua personalidade, as suas vontades, a sua história, o seu destino. Por essas razões, que se pensar na imutabilidade do julgado por força da “res judicata” em sede de investigação de paternidade é, sem dúvida, demasiado apego à forma, tolhendo o próprio direito de conhecer a si mesmo em suas origens, haja vista a parcela genética que é transmitida dos ascendentes (pai e mãe) aos filhos pelo DNA. *O Direito não vive em função da forma, mas em função da humanidade.*

[...] A proposta do texto é elucidar que não há mais tempo, nos dias atuais, diante das profundas alterações axiológicas consagradas pela Constituição Federal de 1988 e com a indiscutível conquista da descoberta científica da paternidade, para a verdade real ser obstada pela coisa julgada material. A imutabilidade de uma decisão, em matéria de investigação de paternidade, está sendo objeto de reflexões profundas no sentido de afirmar, cada vez mais, que está superada, dando espaço à verdadeira declaração do pai incógnito, numa fiel aplicação do princípio “the best interest of child”. (ALMEIDA, 2002 a, p. 106-108. Sem destaque no original.)

Com a prova pericial do exame de DNA, surge, pela primeira vez no Direito, a possibilidade de se substituir a verdade ficta pela verdade real. A revelação da ascendência biológica é concebida, hoje, como um direito fundamental da personalidade humana.

Conforme aponta Yussef Sahid Cahali (1996, p. 210-211), manifesta-se, hoje, uma preocupação ostensiva e decisiva com a verdade da paternidade, procurando afirmar a filiação para seu reconhecimento conforme a verdade real, biológica, com vistas à mais eficiente proteção da pessoa do filho.

A grande verdade é que se trata de direito fundamental do ser humano conhecer seu pai, o que é básico na convivência familiar (PEREIRA, 1996, p. 107-108).

Trata-se do direito ao conhecimento da identidade genética do cidadão, cujo bem jurídico tutelado é a descoberta de sua origem biológica, que se considera como atributo ínsito à personalidade humana, direito essencial ao nome de família, que aponta a sua ascendência genética, o seu *status* de filiação e que, por via de consequência, concede ao investigante determinados direitos de cunho patrimonial.

A identidade da pessoa cumpre funções básicas, entre as quais o elo entre a pessoa e a sociedade em geral, que permite o seu reconhecimento individual e como cidadão e evita confusão com outra pessoa nos diversos núcleos: familiar, sucessório, negocial, comercial, entre outros.

Seria, na verdade, uma tremenda injustiça e notável sadismo condenar uma criança a crescer acreditando ser seu pai uma pessoa que não o é, que a rejeita, que não a gerou, que não tem com ela qualquer vínculo (emocional, sangüíneo ou afetivo), pela simples alegação de que “as decisões judiciais têm de ser cumpridas”. É um verdadeiro escárnio com a criança cuja mãe, talvez de forma irresponsável ou impensada, resolveu escolher, ao acaso, “um pai” para ela e contra ele ajuizou ação de investigação de paternidade que culminou pela procedência do pedido.

Seria necessário todo um tratado para se dimensionar a importância do “pai” na vida de uma criança. Sobre a relevância da hereditariedade, falando por todos, D. W. Winnicott afirma:

Presume-se que toda a hereditariedade cede ao nível físico, mesmo quando a consequência é psicológica (por exemplo, a tendência para a depressão ou para um temperamento histérico transmitido à criança por um dos pais). [...] A herança de traços da personalidade e de tendências para algum tipo de distúrbio psiquiátrico pertence ao soma, recebendo assim a psicoterapia alguns de seus limites, dados pelo herdado. [...] Não se deve esquecer de que certas tendências herdadas para a doença manifestam-se clinicamente bem tarde, de modo que, apesar de herdadas, tais tendências não são congênitas. A hereditariedade diz respeito aos fatores que existiam antes da concepção. Os distúrbios congênitos são aqueles que se tornam evidentes ao final do processo de nascimento. O termo “congénito” refere-se a dois conjuntos de distúrbios, sendo que o primeiro engloba aquelas doenças e deficiências que existiam antes do nascimento e o segundo as seqüelas do trabalho de parto em si. (2001, p. 89)

Winnicott, psicólogo e psiquiatra britânico, completa:

Assim, quando o pai entra na vida da criança, como pai, ele assume sentimentos que ela já alimentava em relação a certas propriedades da mãe e para esta constitui um grande alívio verificar que o pai se comporta da maneira esperada. O pai é valioso de diversas maneiras. A primeira coisa é que o pai é preciso em casa para ajudar a mãe a sentir-se bem em seu corpo e feliz em seu espírito. Uma criança é realmente sensível às relações entre seus pais e se tudo correr bem entre as paredes do lar, por assim dizer, a criança é a primeira a mostrar seu apreço por encontrar a vida mais fácil, mostrando-se mais contente e mais dócil de conduzir. Suponho ser isso que uma criança entenderia por “segurança social”.

[...]

A terceira coisa a dizer é que a criança precisa do pai por causa de suas qualidades positivas e das coisas que o distinguem de outros homens, bem como da vivacidade de que se reveste sua personalidade.

[...]

As crianças formam seus ideais, pelo menos em parte, com base no que vêem ou pensam que vêem, quando olham para o pai. Um novo mundo se abre para elas, quando o pai, gradualmente, desvenda a natureza do trabalho para onde sai todas as manhãs e do qual regressa todas as tardes. (1982, p. 131)

Fica a questão em estudo. Como, então, garantir a essa criança a presença marcante, forte, fundamental de um pai “falso”, criado por uma lógica racional e legal, que se volta de forma torpe e egoísta, exatamente contra aquele indivíduo que deveria ser o alvo de proteção de toda e qualquer norma legal que se diga legítima e eficaz?

Por outro aspecto, como se exigir de uma pessoa, que sabidamente não é pai, que se comporte como tal, que se aproxime da criança com a qual não tem qualquer vínculo? Chega a ser kafkiano, lembrando o romance *O processo*, de Franz Kafka (2000), no qual K. culminou por ser condenado à morte, após um processo absolutamente sem escrúpulos e normas, sem sequer saber o motivo de sua condenação ou do que estava sendo acusado.

Disserta-se, aqui, não sobre um direito qualquer, mas o principal deles, aquele que se sobrepõe a todos os demais. É difícil, de fato, conceber um princípio que porte um apelo emotivo tão intenso como o da dignidade do ser humano. A sua percepção sentimental, porém, não basta. É fundamental ancorá-lo em bases mais sólidas, até para que a sua aplicação não descambe para um decisionismo irracional, como alerta Daniel Sarmiento:

Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segundo a qual o homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo, e nunca como um meio. O ser humano precede ao Direito e ao Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, a *pessoa humana deve*

*ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico, como assevera Miguel Reale, sendo a defesa e promoção de sua dignidade, em todas as dimensões, a tarefa primordial do Estado Democrático de Direito. (2002, p. 58)*

Importante ainda salientar que a prevalência desse princípio constitucional (artigo 1º, III, CRFB), além do caráter simbólico a destacar o homem como valor principal e medida de todas as coisas, conforme afirmou Protágoras, vem também embasado por uma fluidez, sentimentalidade e apelo emotivo que, antes de mantê-lo no campo da metafísica, longe do mundo real e concreto, o convoca a se instalar como legitimador da ordem estatal e comunitária constituindo-se, a um só tempo, pressuposto e objetivo de um Estado democrático constitucional de direito.

Sobre esse princípio, afirma Walter Claudius Rothemberg que:

*Sendo os princípios, manifestação primeira dos valores constitucionais, é certo que estão carregados de sentimentos e emoções. Ignorá-los seria desconsiderar a importância simbólica da Constituição e seu significado histórico enquanto projeção de expectativas da comunidade. Vai daí que é impossível uma compreensão exclusivamente intelectual dos princípios: eles também são sentidos (experimentados no plano dos afetos). (1999, p. 65)*

Diferente não há de ser a forma de julgamento e a da interpretação e aplicação do Direito. Como afirmou Hans Kelsen: “É nosso sentimento, nossa vontade, e não nossa razão, o elemento essencial, e não o elemento racional de nossa atividade consciente que soluciona o conflito” (1997, p. 38). Firmemente, ele conclui que a justiça é o que é devido ao emocional de quem julga.

Sobre a definitividade ou supremacia dos resultados do exame de DNA, muito se poderia discorrer, mas não é esse o objeto deste trabalho. No entanto, não há como ignorar que considerar apenas e tão-somente conclusões clínicas, sem levar em consideração o “estado de filho”, as relações socioafetivas eventualmente criadas e desenvolvidas durante toda uma vida, seria amesquinhar a

própria pessoa e seus valores maiores, notadamente os sentimentais e morais, em prol de uma “segurança” aparente e superficial que só malefícios traria às partes, principais interessadas na solução do impasse. É óbvio que tal resultado, bem como os pontos de vista e os demais elementos que circundam o fato principal, que é a paternidade de fato, não só revelam importância considerável na narração, mas ele é também um dado fundamental da vida.

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 74) diz que, em 1911, Gioele Solari afirmava: “O direito de ser homem contém um direito que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar minha humanidade” (*apud* GIORGIANNI, 1961, p. 42). E a autora acrescenta: “A mudança de paradigma pode ser expressa através do antagonismo a esta melancólica locução, incompatível com a função atualmente atribuída ao Direito. Pretende-se hoje, ou melhor, exige-se que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade” (1961, p. 42).

Essa interação, esse ajudar mútuo, solidário e recíproco constitui-se, em verdade, num ponto de contato e similitude até mesmo entre duas formas de governo absolutamente diversas, e mesmo antagônicas, como são o liberalismo e o socialismo, que, na visão atualizadíssima de John Rawls, consiste no fato de que:

A idéia de utopia realista reconcilia-nos com o nosso mundo social, mostrando que é possível uma democracia constitucional razoavelmente justa, existindo como membro de uma Sociedade dos Povos razoavelmente justa. Ela estabelece que tal mundo pode existir em algum lugar e em algum tempo, mas não que tem de existir ou que existirá. Ainda assim, podemos sentir que a possibilidade de tal ordem política e social, liberal e decente, é inteiramente irrelevante enquanto essa possibilidade não é concretizada.

Embora a concretização, não seja, naturalmente, destituída de importância, creio que a própria possibilidade de tal ordem social pode, ela própria, reconciliar-nos com o mundo social. Ela não é uma mera possibilidade lógica, mas uma possibilidade que se liga às tendências e inclinações profundas do mundo social. *Enquanto acreditarmos, por boas razões, que é possível uma ordem política e social razoavelmente justa e capaz de sustentar a si mesma, dentro*

*do país e no exterior, poderemos ter esperança razoável de que nós ou outros, algum dia, em algum lugar, a conquistaremos.* (2001, p. 167. Sem destaque no original)

Esse é o desafio lançado ao Direito na modernidade. A sociedade exige dele atuação eficaz na concretização dos direitos humanos fundamentais, entre os quais está o direito à plenitude da personalidade, como inserido na Constituição Federal de 1988.

Este tema será desenvolvido nos capítulos seguintes, e a abordagem será voltada à matéria básica desta dissertação – família, filiação e paternidade e suas vinculações com a atuação jurisdicional, com a interpretação e efetivação da Constituição Federal e seus princípios, instrumentos apropriados à efetiva tutela dos direitos humanos e fundamentais.

Para se entender o espírito que se pode considerar como ideal na leitura, interpretação e aplicação do Direito como instrumento de convivência social pacífica, convoca-se mais uma vez, e sempre, a lição de Miguel Reale, que, ao tentar esclarecer a relação entre o Direito e a felicidade, diz:

Se os homens fossem iguais como igual é a natural inclinação que nos leva à felicidade, não haveria Direito Positivo e nem mesmo necessidade de Justiça. A Justiça é um valor que só se revela na vida social, sendo conhecida a lição que Santo Tomás de Aquino nos deixou ao observar com admirável precisão que a virtude de justiça se concretiza pela sua objetividade, implicando uma proposição “ad alterum”. (1998 b, p. 306)

Engendrando-se e acomodando-se o sistema jurídico à realidade, com os olhos sempre voltados ao valor precípuo e objetivo impostergável do Direito, que é a garantia efetiva dos direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que tal valor passa pela consecução da felicidade, da plenitude e da realização pessoal, familiar e paternal, sem as quais haverá sempre um vazio a ser preenchido, um ponto obscuro de incerteza a acompanhar a pessoa durante toda a vida. Essa completude só se

fará possível através da superação de obstáculos e dogmas ligados, normalmente, ao preconceito, ao prejulgamento e à discriminação, permitindo-se pensar num valor maior ligado ao afeto, à relação social entre as pessoas, o qual haverá de ser utilizado como parâmetro ao julgamento das lides e à solução dos conflitos.

## 6 A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA ROMPENDO OBSTÁCULOS E PRECONCEITOS

*Não é a carne e o sangue, e sim o coração que nos faz pais e filhos.*

Friedrich Schiller

### 6.1 O DIREITO À PATERNIDADE AFETIVA

Rolf Madaleno informa que o parentesco distribui-se em classes, de acordo com os diversos aspectos de vinculação, e se define como sendo “o vínculo existente entre as pessoas em decorrência da consangüinidade, da afinidade e da adoção” (2002, p. 5), devendo ser ressaltada a igualdade na filiação, declarada pela Constituição Federal no artigo 227 § 6º, desenhando, já sem tempo, um novo perfil do Direito de Família brasileiro, exatamente no encaixe da tendência mundial de igualização da prole.

Porém, há que constar que a redação estabelecida no artigo 1.593 do Código Civil rende ensejo a outras hipóteses de parentesco quando menciona que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade *ou outra origem*” (sem destaque no original), até mesmo ao parentesco socioafetivo. Nas palavras de Luiz Edson Fachin, “parece indubitável que o Código Civil reconheceu, no artigo 1.593, outras espécies de parentesco civil, além daquele decorrente da adoção, acolhendo a paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho” (2004, p. 22), ainda que o legislador não tenha tido essa intenção.

Ao comentar o artigo 1.593, Regina Beatriz Tavares da Silva informa que “a substituição da expressão ‘ou adoção’ (do projeto original) pela expressão ‘ou outra origem’ teve em vista alcançar as hipóteses de filhos havidos por reprodução

assistida heteróloga, que não tem vínculo de consangüinidade com os pais” (*apud* FIUZA, 2002, p. 1.402). Em razão do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, bem como da presunção de paternidade do marido que consente que sua esposa seja inseminada artificialmente com o sêmen de terceiro, conforme o artigo 1.597, inciso V, a pessoa oriunda de uma das técnicas de reprodução assistida deve ter vínculo de parentesco não só com os pais, mas também com os parentes paternos, em linha reta e colateral.

Assim, ainda que se aceite que a intenção do legislador não tenha sido essa, não há como se negar a possibilidade de se considerar a filiação socioafetiva na cláusula aberta inserida no artigo 1.593, até porque não é permitido ao intérprete restringir e reduzir o campo de incidência que o legislador não restringiu ou reduziu. A filiação é um estado que diz respeito ao filho, sendo uma relação referente aos pais, no sentido amplo, para com os filhos, caracterizada pela paternidade e maternidade. Seria, numa análise biológica, a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e os que lhe deram a vida, o que coincide com sua conceituação legal. Ponto fundamental no tocante à definição da filiação, mas que não se mostrou relevante a ponto de ser considerado pelo legislador, é o aspecto afetivo, a despeito de essencial para o sucesso da adoção, que vem a ser a atribuição do *status* de filho a um ente não gerado biologicamente por quem lhe dá o nome e a referência de filho, satisfazendo-se a lei com o que chamou de *período de adaptação ou estágio de convivência* (artigo 1.622 do Código Civil), a despeito de, como dito antes, poder-se incluir (pois a lei não a vedou) a paternidade socioafetiva no artigo 1.593 do Código Civil.

A filiação socioafetiva pode ser conceituada 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, até porque “com a evolução do conhecimento, particularmente da psicanálise, pode-se afirmar que a *verdadeira paternidade é adotiva, isto é, mesmo os pais biológicos devem adotar seus filhos, pois só assim estarão exercendo a função paterna/materna*” (PEREIRA, Rodrigo, 2004, p. 140. Sem destaque no original).

A relação anteriormente exposta gera efeitos jurídicos, isto é, acarreta vínculo entre os sujeitos dessa relação. Com o advento da Constituição Federal de 1988, objetivou-se o fim da discriminação dos filhos havidos ou não do casamento. A mencionada Carta informa que os filhos havidos ou não do matrimônio, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 3º – IV c.c. art. 227, § 6º, da Constituição Federal).

Deu-se à filiação resultante da adoção o mesmo caráter da consangüínea, até mesmo todos os direitos sucessórios, rompendo de vez com notável discriminação verificada através dos tempos na legislação civil pátria.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao tratar dos filhos sob o aspecto da Constituição, diz que “reconhece a ordem constitucional a ampla igualdade entre os filhos, quer os biológicos, havidos na relação do casamento ou não, quer os não-biológicos, que integram a categoria dos adotivos” (2000 a). Todas as condições de filho foram abrigadas, nada impedindo o reconhecimento de filho de qualquer natureza.

## 6.2 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO

Para fins didáticos, a filiação pode ser classificada em: filiação legítima, filiação legitimada e filiação ilegítima. É preciso realçar que, na atualidade, como já observado, absolutamente nenhuma consequência produz a distinção entre as várias espécies de filiação, posto que estão igualadas em todos os sentidos pela força constitucional.

*Legítimos* são os filhos concebidos na vigência do casamento. Conforme a Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º: “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

No mesmo sentido, afirma o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990) em seu artigo 20: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A existência de casamento válido faz presumir a filiação, pois se entende que os filhos havidos nessa época são filhos dos integrantes desse contrato. Deve-se observar que o nascimento deverá ocorrer no prazo de 180 dias após o surgimento da sociedade conjugal ou, ainda, dentro dos 300 dias subseqüentes à dissolução conjugal. A maternidade é mais fácil de se verificar, pois fica clara na relação gravidez/parto.

Aspecto mais desafiador é a designação da paternidade, pois nem sempre a pessoa que tem maior proximidade e apego à mãe da criança é realmente o pai. Hoje, a verificação da paternidade sangüínea conta com um aliado importantíssimo, que é a ciência, consubstanciada no exame genético de DNA.

*Filiação legitimada* é a proveniente da união de duas pessoas de sexos diferentes, que, com o nascimento do filho, casam-se. A legitimação produz efeitos jurídicos, pois o filho que até então não era reconhecido passa a ostentar o *status* inerente à condição de filho legítimo.

São considerados *ilegítimos* todos os filhos surgidos de relações extramatrimoniais. Podem ser divididos em:

- **naturais** – os que advêm de pais que não possuem nenhum impedimento para o casamento na época da concepção;
- **espúrios** – os advindos da união entre homem e mulher, que, na época da concepção, possuíam impedimento matrimonial por relação de parentesco em grau proibido ou por já serem casados, sendo assim definidos:
  - *adulterinos* – provenientes de pessoas impedidas de casar por haver um casamento anterior, caracterizando o filho adulterino “a mãe”, se o impedimento for da mãe, e “a pai”, se o pai já for casado;
  - *incestuosos* – provenientes de homem e mulher que, por um parentesco natural, viram-se impossibilitados de contrair matrimônio.

Porém, filhos todos são, e, após a Constituição Federal de 1988, veda-se qualquer discriminação, ou preconceito, em razão da origem. Essa filiação deveria ser amparada e estruturada, sempre, no amor, no carinho da dedicação entre pais e filhos, havidos ou não do casamento, mas, caso se pudesse traçar um ideal, que fossem gerados os filhos de ações e atos de amor.

Amor daqueles que unem pessoas de forma definitiva, ainda que um dia possa vir a não mais existir, mas que tenha valido a pena, eterno enquanto dure, que tenha sido daqueles que nos completa e nos mostra quanta beleza há a ser vivida, amor daqueles descritos pelo poeta dom Marcos Barbosa, que, de forma significativa, mostra que o princípio da vida é a felicidade e, como os princípios se interpenetram, o princípio da felicidade é o princípio do amor:

Nossos caminhos são agora um só caminho, nossas almas uma só alma, os mesmos pássaros cantarão para nós, os mesmos anjos desdobrarão sobre nós as suas invisibilidades. Temos agora no espelho os nossos olhos, o teu riso dirá a minha alegria e o teu pranto a minha tristeza, se eu fechar os olhos, tu estarás presente e serás ao despertar, o sol que desponta. Iremos depois nos descobrindo nos filhos que crescem, e não mais saberemos distinguir em cada um, os teus e os meus traços, o teu e o meu gesto, e, então, nos tornaremos parecidos, e nem o mundo e nem a guerra e nem a morte poderá separar-nos. Que eu não tenha outro amparo da tua mão nem outro alimento do teu sorriso nem outro repouso do teu peito e, quando eu fechar os olhos para a grande noite, que sejam tuas as mãos que hão de cerrá-los, para quando os abrir para a visão de Deus possa contemplar-te como o caminho que me levou, dia após dia, à fonte de todo amor. (BARBOSA, 2003)

### 6.3 RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO E JUDICIAL DA PATERNIDADE

A filiação pode ser provada pelo registro de nascimento ou por sentença judicial tanto em ações próprias (investigação e reconhecimento de paternidade, e adoção) como em qualquer outra em que se faça incidentalmente tal declaração (Lei 8.560/92, artigo 1º, IV).

Silvio Rodrigues ensina que “reconhecimento espontâneo é o ato solene e público, através do qual alguém, de acordo com a lei, declara que determinada pessoa é seu filho” (2002, p. 301). Diante de tal conceito, fica claro que nada obsta que o suposto pai, tendo ciência da ação que contra ele é intentada, reconheça voluntariamente o próprio filho e a procedência do pedido investigatório,

tendo como conseqüência a extinção da ação com julgamento de mérito, com fulcro no artigo 269-II do Código de Processo Civil.

Trata-se de ato declaratório, pois tem o escopo de estabelecer a relação de parentesco entre os genitores biológicos e seus filhos, com a conseqüente origem de efeitos jurídicos que serão produzidos *ex tunc*.

A Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992, indicou novas formas de reconhecimento, às quais se acrescentam as contidas no artigo 357 do Código Civil de 1916, atual artigo 1.609, I a IV, do novo Código Civil, sendo que aquele se encontrava revogado pelo artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa nova lei, em seu artigo 1º, assim se apresenta:

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

José Maria L. Leoni de Oliveira escreve sobre o reconhecimento da paternidade:

[...] que por terem sido equiparados os direitos e qualidades jurídicas dos filhos ilegítimos aos legítimos, podem aqueles ser reconhecidos no registro de nascimento, por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório, por testamento, ainda que incidentalmente manifestado, ou, finalmente, por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém, bem como investigarem a paternidade, visando à determinação de sua filiação (2000, p. 87).

Observa-se, nesse comentário, que o autor engloba tanto as formas voluntárias de reconhecimento como a forma judicial ou forçada, contempladas pelas ações de vindicação de paternidade.

Numa análise mais apurada do artigo citado, observa-se que a maneira mais singela de determinação do estado de filho é pelo termo de nascimento, no qual o pai e a mãe dirigem-se ao Cartório do Registro Civil e declaram a paternidade e a maternidade para a conseqüente lavratura do registro de nascimento. A escritura pública na qual conste o reconhecimento do filho não precisa ser específica para esse fim, bastando-se apenas a sua referência incidental, desde que assinada por quem a declara e por testemunhas. O escrito particular também poderá determinar o reconhecimento desde que se constate a sua autenticidade. Pode-se ainda determinar a filiação por meio de testamento cerrado, público ou particular, sendo necessário que conste a menção do estado de filho.

O último inciso do artigo 1º da Lei 8.560 diz respeito ao reconhecimento perante o juiz, não se distinguindo qual o juiz. Nessa modalidade, faz-se necessária a manifestação de vontade direta e expressa de quem faz a declaração. Por reconhecimento que não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém, entende-se que alguém, sendo parte ou testemunha em qualquer processo, possa reconhecer a paternidade. Tal manifestação é válida para fins de averbação no registro civil das pessoas naturais.

O estabelecimento do estado de filiação consiste num direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser suscitado contra os pais ou seus herdeiros, sem restrições, ressalvada a garantia do segredo de justiça (art. 27, Lei 8.069/90; e Lei 8.560/92).

Esclarecidas as formas voluntárias de estabelecimento de paternidade, dar-se-á, a partir deste ponto, total ênfase à forma judicial ou forçada, qual seja, a ação de investigação de paternidade, notadamente quando já há decisão judicial com trânsito em julgado, reconhecendo a filiação em relação a outro homem ou, ao

contrário, ação negatória de paternidade, quando já houver sentença procedente em ação investigatória anterior, com trânsito em julgado e esgotado o prazo para a ação rescisória.

Não há como ignorar que a filiação, antes imaginada e sonhada pela quase unanimidade das mulheres como absoluto ideal de vida e de servir ao esposo, vem experimentando diversificação significativa na vida moderna. Isso ocorre notadamente a partir da chamada “revolução feminina”, quando as mulheres passaram a se lançar no mercado de trabalho, disputando posições e cargos com os homens, fazendo acender uma luz vermelha na consciência da sociedade sobre as relações entre pais e filhos e, dessa forma, lançando sobre as mães a culpa pela extrema dificuldade de relacionamento entre eles. Essa dificuldade vem rendendo ensejo à aproximação, cada vez maior, aos consultórios de psicologia, ao mesmo tempo em que vem fazendo com que muitas mulheres simplesmente desistam de seus projetos de vida profissional para se dedicarem aos filhos e à família, não sendo difícil antever a notável sensação de frustração e insucesso decorrentes.

A despeito de se constatarem a crescente participação da mulher no mercado de trabalho, o aumento do desemprego masculino e o fim do homem provedor, ainda assim a sociedade funciona como se contasse com a disponibilidade integral de uma mulher que educa os filhos e cuida da administração da casa, esquecendo-se de que 40% dos trabalhadores são mulheres que, no interstício da vida profissional, gastam outras 40 horas semanais nessas tarefas, ao passo que maridos e companheiros gastam cerca de seis horas com as mesmas atividades, quando não desaparecem, deixando atrás de si um número estarrecedor de mulheres que são chefes de família.

Essa situação faz ocultar a vida privada, desconhecida em seu valor social, em consequência da desvalorização das mulheres que, como Midas ao contrário, transformam em nada tudo que fazem. Em nada elas mesmas são transformadas.

Fazer de um recém-nascido um ser humano é um ato civilizatório por excelência, transformação de natureza em cultura, que, até recentemente, não merecia, nas histórias da civilização, qualquer menção. Mais uma injustiça. A casa sempre foi o lugar primeiro da educação, onde somos iniciados à nossa própria humanidade e à humanidade dos outros. Essa iniciação implica investimento cotidiano, escultura das personalidades, sem a qual a condição animal prevalece, bruta, ignorante do que chamamos de civilização. Essa escultura sempre foi, primordialmente, um trabalho feminino. Com isso, fica a história devendo às mulheres a própria humanização de todos nós.

No Brasil, meninos de rua e jovens à deriva são resultado da pobreza em que vivem suas mães, da ausência dos pais, da violência dentro e fora de casa. É, sim, urgente e necessário reforçar os espaços e tempos de acolhimento de crianças e jovens pelos adultos, pais e mães.

O que está em questão é a articulação do mundo do trabalho, seus espaços e temporalidade, com a vida privada, aquela que só existe na intimidade do lar, aquela que ninguém vê, mas que, se não existe, sua falta é notada principalmente na formação da personalidade, cultura e educação dos filhos. A ocultação do privado, como se ele não existisse (OLIVEIRA, 2003). Há de se resgatar o real e exato valor do pai na criação do filho, mas deve-se, de forma corajosa e justa, jogar luzes sobre o papel “sempre” desempenhado pela mãe e muitas vezes ignorado, diminuído ou simplesmente desconhecido.

#### 6.4 CONFRONTO COM A DEFINITIVIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL

*[...] até que ponto a incompetência dos organismos oficiais em não atendê-los (os direitos dos cidadãos) não autoriza a desobediência civil como meio para alcançá-los, considerando serem todos os brasileiros intérpretes e sujeitos constitucionais?*

Rogério Gesta Leal

Neste cenário, com os ingredientes da insuficiência e ineficiência do serviço público, mesmo os voltados à Justiça e os que lhe são essenciais, que se defrontará com dilema aparentemente insolúvel ou, por outro lado, de solução fácil, caso se imagine que o responsável pela decisão seja alguém arraigado ao positivismo em sua forma mais arcaica, com os olhos cerrados aos valores maiores que estão a ditar e direcionar todo e qualquer provimento jurisdicional.

Como professa Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como um dos “fundamentos” da República Federativa do Brasil e tem o condão de elevar tal princípio ao patamar de norma embasadora e informativa “de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode [...] denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material” (SARLET, 2002, p. 64).

A filiação é direito personalíssimo, indisponível e, entre os direitos da personalidade, o mais importante e relevante – é exatamente a prerrogativa de saber exatamente quem são os ancestrais, quem são os verdadeiros pais e ter conhecimento da árvore genealógica. Não se diga que esse direito é apenas do filho, eis que alcança também o pai. Se o sujeito não é o pai biológico e nunca assumiu

essa condição, não se criando a situação de “estado de filiação”, não se experimentando a mínima aproximação e vínculo afetivo entre pai e filho, absolutamente nada há a ser preservado – nem a relação biológica, eventualmente inexistente, nem a afetiva, que não chegou a ser formada –, a não ser a “verdade ficta” consubstanciada na presunção relativa proveniente da formação da coisa julgada material resultante de sentença prolatada em ação de investigação de paternidade.

Seria correto, em prol da propalada “segurança jurídica” das decisões jurisdicionais acobertadas com o manto da coisa julgada, manter-se uma situação inverídica, qual seja a relação filial entre pessoas que venha a se saber posteriormente inexistente? Seria justo ao filho – não só a ele, mas ao pai também – impossibilitá-lo da busca de seu verdadeiro e biológico pai? Seria humano impor-se ao infante a figura de um pai irreal, criado pela ficção legal? Essa é a questão de fundo que se busca analisar neste estudo.

Em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, buscaram-se argumentos e sustentáculos lógicos e jurídicos para responder a tais indagações, quando se constatou que, em praticamente todas as hipóteses em que se questiona a “força da coisa julgada” em ações de investigação de paternidade, os processos originais foram extintos sem julgamento do mérito ou a segunda ação também foi extinta de forma terminativa por indeferimento da petição inicial. Não se constatou situação em que se possibilitou e se realizou o exame pericial de DNA e o resultado tivesse sido negativo, contrapondo-se, assim, a realidade ficta e a realidade biológica.

Veja-se, a propósito, análise levada a efeito por Maria Berenice Dias:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA E AUSÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL.

De forma contundente, a CRFB outorga especial proteção à família, proclamando como dever do Estado assegurar à criança a convivência familiar. De outro lado, o ECA decanta que o direito

personalíssimo de reconhecer estado de filiação é indisponível e imprescritível.

Das demandas que transitam pelo Poder Judiciário, no âmbito do Direito de Família, talvez seja a investigatória de paternidade a que sempre apresentou maiores dificuldades no campo probatório, sendo, por outro lado, a que mais se beneficiou com a evolução – quase revolução – ocorrida a partir da descoberta dos indicadores genéticos, que muito contribuem para a identificação das relações de parentesco.

[...]

Porém, a evolução científica veio a revolucionar a investigação dos vínculos parentais, por meio de métodos cada vez mais seguros de identificação dos indicadores genéticos, revelando-se como meio de muita utilidade na busca do reconhecimento a essa espécie de direito. Dita prova, com índices de certeza por demais significativos, acabou, inclusive, por devolver a liberdade sexual à mãe do investigante, já que perdeu prestígio a alegação da vida promíscua da mulher como fato impeditivo à identificação da paternidade.

[...]

O que descabe é, face à ausência de probação – decorrente quer da omissão do demandado, quer do fato de as partes militarem sob o pálio da assistência judiciária gratuita –, gerar definitivamente a impossibilidade de se buscar a identificação de seu vínculo familiar.

[...]

Há antecedentes legais. Na ação civil pública (art. 16 da Lei nº 7.347/85) e nas ações coletivas de que trata o Código de Defesa do Consumidor (art. 103), esta, de forma expressa, afastada a eficácia *erga omnes* quando a ação é julgada improcedente por ausência de prova, autorizando qualquer legitimado a intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Ainda que ditas disposições sejam tidas como verdadeira excrescência ao princípio da estabilidade jurídica, não se pode deixar de invocar como precedentes a autorizarem o afastamento dos efeitos da coisa julgada quando a ação diz com o estado da pessoa. A omissão do próprio demandado ou do Estado em viabilizar a realização da prova não permite a formação de um juízo de convicção, a ser selado pelo manto da imutabilidade, de não ser o réu o pai do autor. O que houve foi a impossibilidade de identificar a existência ou concluir pela inexistência do direito invocado na inicial, omissão probatória, no entanto, que, não podendo ser imputada ao investigante, não pode apená-lo com uma sentença definitiva.

Ainda que o processo não se limite à definição dos direitos dos litigantes, tendo por objetivo, conforme Chiovenda, a atuação da vontade da lei, o interesse público de toda a sociedade na composição dos conflitos não pode suplantar o interesse de um menor em identificar seus vínculos familiares.

*Tais interesses, por evidente, se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, que não tem assento constitucional, não se podendo impedir o livre acesso à Justiça para o reconhecimento da filiação face à temporária impossibilidade probatória ou, até, à negligência em subsidiar a formação de um juízo de certeza para o julgamento.*

Desse modo, impõe-se repensar a solução que vem sendo adotada ante a ausência de probação nas ações de investigação de paternidade. Descabe um juízo de improcedência do pedido, a cristalizar, como coisa julgada, a inexistência do estado de filiação. O

que se verificou foi falta de pressuposto ao eficaz desenvolvimento da demanda, ou seja, impossibilidade de formação de um juízo de certeza, o que impõe a extinção do processo nos precisos termos do inc. IV, do art. 267, do CPC. Tal solução, que, tecnicamente, é uma sentença terminativa, viabiliza a possibilidade de qualquer das partes retornar ao Judiciário, munida de melhores e mais seguras provas, para a identificação da verdade no estabelecimento do vínculo mais caro ao ser humano. (2002, p. 21. Sem destaque no original.)

Da mesma forma, não há como se esquecer de que, há poucos anos, a realização de exames de DNA era praticamente impossível, principalmente para a população mais carente, não só em razão dos elevadíssimos custos, mas também do pequeno número de laboratórios tecnicamente aptos e moralmente confiáveis para a aceitação de seus resultados como meio de prova judicial eficiente.

Volta-se, então, ao questionamento: seria justo, para com a própria criança, impingir-lhe um pai ficto, “de mentirinha”, criado pela necessidade de estabilização e definição das relações sociais, em notória contrariedade ao que, na realidade, ocorre? Afinal, o sujeito não é o pai da criança! Como lhe explicar tudo isso, principalmente quando, na idade de 6 ou 7 anos, a figura paterna é absolutamente necessária, essencial à formação de sua personalidade, fundamental para estabelecer parâmetros de comportamento, exemplos etc. É justo manter essa criança convivendo com o sentimento de extrema e total rejeição paterna, em razão de uma ficção criada por lei ou por decisão judicial?

A criança, ao menos em tese e teoricamente, é alvo de admiração do adulto quanto à sua inocência, pureza e sinceridade, denotando verdadeiro encantamento e reverência. Mas, por outro lado, e exatamente por isso, são também frágeis e desarmadas; elas reclamam proteção, defesa e acolhimento e encontram, na legislação, normas protetivas, consideradas como cogentes e de ordem pública. Porém, essa cogência, de beleza e estilo poéticos, nem sempre obriga efetivamente

pela impossibilidade de se alcançar aqueles objetivos demarcados, a despeito de sua relevância.

Roberto Mangabeira Unger sustenta sobre o Direito contemporâneo:

Pouco a pouco, e de país em país do mundo ocidental rico e de seus imitadores mais pobres, uma consciência jurídica penetrou e transformou o Direito Material, afirmando a natureza empírica e revogável da autodeterminação individual e coletiva: a sua dependência de condições práticas de exercício, que nem sempre podem se cumprir. (2004, p. 41)

No entanto, ao menos no que se refere ao Brasil, essas expectativas vêm se frustrando dia a dia. É comum ver crianças abandonadas, relegadas a segundo (ou último plano), sem escola, alimentação, carinho, família ou lar, sem ter a quem recorrer nos momentos de necessidade, deixadas, afinal, à própria sorte, nos sinais de trânsito ou nos lixões das grandes cidades. Observa-se, nesse fato, uma enorme distância entre a teoria e a prática. Vale lembrar as afirmações feitas por Lênio Luiz Streck (2003 a), ao destacar que o Brasil é um país que viu frustradas suas expectativas de modernidade, relegando a um plano secundário o próprio projeto democrático, tão caro ao legislador constituinte, mas que tem a tradição constitucional pátria caracterizada por absoluto casuísmo político de determinadas corporações nacionais e internacionais, sendo a lei utilizada como instrumento de justificação das práticas governamentais totalitárias e excludentes.

Comenta Rogério Gesta Leal: “Questões como a natureza do pacto social, da legitimidade do governo e do universo jurídico, da democracia e do respeito aos Direitos Humanos têm lugar meramente formal no âmbito dos poderes instituídos” (1997 a, p. 121). Essas questões trazem, ínsita e sempre presente, séria preocupação de que o espetáculo público armado em torno do Estado, composto de corrupção e impunidade, inoperância e irracionalidade das burocracias estatais, parece fornecer as provas de verdade de um discurso que prega o mercado como

paradigma de modernidade e elide a questão da responsabilidade pública em relação às demandas sociais (ver TELES, 1994, p. 90).

Gesta Leal complementa:

A questão de ordem que se coloca à agenda do Estado Democrático de Direito no Brasil é, pois, a construção de mecanismos e instrumentos que possibilitem o surgimento de uma ordem pública fundada na representação plural dos interesses e na garantia dos direitos fundamentais. Isto significa reinventar e pactuar as regras da vida social, como condições de se construírem parâmetros capazes de reverter a lógica de uma modernização selvagem que projeta o país nos caminhos do século XXI sem ainda ter resolvido as questões clássicas de uma modernidade incompleta e marginalizante. (1997 a, p. 143)

Ao finalizar a expressão de seu entendimento sobre o tema, aponta Gesta Leal para a solução possível no sentido de se lutar pela universalização e efetivação dos direitos humanos e pela concretização da previsão constitucional de sua proteção, formulando, implementando e executando programas emancipatórios no âmbito da comunidade e suas diversas formas de organização plural. Assim, ele propõe:

Este sentimento inaugura uma nova ética, não individualista e prisioneira de um projeto de mundo construído por mônadas laborais, mas a partir de uma ética que, poderíamos denominar, de solidária ou comunitária, fundada, por sua vez, em princípios/vetores inexoráveis a serem seguidos, dentre outros, pelos operadores jurídicos, como: 1) de que todos somos responsáveis por todos; 2) que é preciso pensar globalmente sim, porém, agir localmente; 3) que só se pode propagar uma idéia (ético-política) vivendo de acordo com ela; 4) que o processo de concretização e proteção dos direitos fundamentais é, também, o objetivo de sua consolidação definitiva; 5) que os meios de atuação com os direitos humanos sejam tão dignos quanto os fins que pretende alcançar; 6) que o que não for feito aqui e agora, não cria um outro estado do mundo, que é muito mais futuro do que presente. (1997 a, p. 168)

Contudo, há que se manter as esperanças na concretização dos propósitos alçados a princípios da Constituição, visto que exprimem os projetos maiores da nação, onde se inscreveu o que o país pretende e almeja, o ideário mesmo da sociedade, seus valores, seus conceitos, suas tradições e seus objetivos.

Também Gesta Leal parece haver superado o *pessimismo* mencionado anteriormente para ver perspectivas potencializadoras à frente. No entanto, parte de uma realidade visível de descontentamento e frustração ante a permanência, por tempo demasiadamente longo, de uma situação de miséria geral dos brasileiros. Diz ele:

[No] Brasil hodierno, uma vez que a própria legitimidade do Estado é questionada e debatida, demandas públicas emergenciais não atendidas (saúde, trabalho, habitação etc.) fazem nascer uma plêiade de novos sujeitos sociais, novas formas de organização popular, todas mobilizadoras de anseios não satisfeitos por quem de direito, revelando o surgimento de códigos de posturas e condutas distintos do Estado, paralelos e mesmo contrários às suas disposições legais. Daí as regras de funcionamento do jogo do bicho, do narcotráfico, a organização educacional, de saúde e paramilitar das favelas espalhadas em todo o território nacional. Se os direitos do cidadão existem e estão previstos na LEI, e o supracitado art. 3º da CRFB/88 explicita os objetivos que o país deve perseguir, *até que ponto a incompetência dos organismos oficiais em não atendê-los não autoriza a desobediência civil como meio para alcançá-los, considerando serem todos os brasileiros intérpretes e sujeitos constitucionais?* (2004. Sem destaque no original.)

O autor indica que a força para modificar tal situação está no esforço de cada um, amparado pela Constituição. O resultado dessa junção reverterá um quadro que a burocracia não deu conta, e mesmo não quis alterar, até porque esteve preocupada em privilegiar interesses outros, que não o do cidadão. Gesta Leal conclui:

Uma Constituição como a brasileira, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e sobre setores da vida privada, outorga à cidadania um *status* formal e material de sujeitos da própria história, co-responsáveis pela construção cotidiana de um projeto de vida que também se encontra normatizado pela Carta Política de 1988. Em face desta realidade, é impossível imaginarmos ações públicas e governamentais divorciadas dos interesses públicos que afetam esta cidadania, principalmente aquelas que dizem respeito ao seu maior número, o que implica reconhecermos a premência de abertura dos instrumentos e mecanismos decisoriais na esfera do político e mesmo do jurídico, com o fito de sensibilizá-los para uma

democracia efetivamente real e afinada com o novo modelo de sociedade democrática de direito que se espera deste país.

Comportamentos práticos e efetivos podem iniciar a dar conta destas demandas, tanto por parte dos poderes instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), controlando a legalidade e legitimidade das ações praticadas – principalmente tendo como parâmetro os princípios constitucionais, como por parte dos segmentos sociais organizados (associações, cooperativas, conselhos populares, organizações não-governamentais empresas, etc), participando daquelas ações. Enfim, todos voltados à visibilidade procedimental de tomada de decisões e execução de políticas públicas envolvendo todos os interessados, direta ou indiretamente.

Aqui está presente a idéia de Häberle [*Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*] no sentido de que devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. Experiências desta natureza já se fazem sentir em algumas cidades brasileiras, preocupadas em criar novos espaços de gestão compartilhada das demandas públicas prementes e emergentes. (1997b, p. 87)<sup>56</sup>

Diante do exposto, propõe Gesta Leal uma mobilização consciente – e até faz uma convocação para ela –, posto que o direito é um sistema em construção permanente, e o ideal de justiça há que ser buscado quotidianamente por todos quantos o operam e pensam.

Sob esse aspecto, e mesmo por tais motivações, importa considerar a suposta redução de amplitude da regra *pater is est* no Direito brasileiro contemporâneo, balanceando-a e ponderando-a com outros valores a ela relativos, como a definitividade da coisa julgada e a essencialidade dos direitos fundamentais do ser humano. Se o fundamento capital da paternidade que se quer é de natureza afetiva e não biológica, torna-se imperioso abrir maior espaço, entre nós, à posse do estado de filho, cujo papel no Direito de Família não pode ficar limitado ao âmbito da

---

<sup>56</sup> Estamos falando de gestões administrativas municipais como as de Porto Alegre, que enseja a proliferação de conselhos populares para pensar o desenvolvimento da cidade e o bem-estar de seus cidadãos, de Curitiba, que discute a qualidade de vida ambiental de seus munícipes, e de Salvador, que debate sobre a solução de problemas como infra-estrutura urbana e tratamento de lixo urbano. Ver Gesta Leal (1997 b).

prova genética, senão deve alcançar a própria constituição do *status familiae*. Luiz Edson Fachin observou:

[...] o valor socioafetivo da família é uma realidade da existência. Ela se 'bonifica' com o transcorrer do tempo. Não é um dado, e sim um construído. Se o vínculo genético é um dado, a posse do estado é um construído. O que mantém a condição de viver juntos, sem liame jurídico prévio, é ser possuidor de um estado. Os filhos são filhos; importa menos a origem ou sua ascendência. (1999, p. 309)

À medida, pois, que a paternidade se constitui pelo fato, é fácil perceber que a posse do estado de filho pode entrar em conflito com as presunções *pater is est* e da veracidade do caso como definitivamente julgado. Igualmente o podem outras situações que não resultam da norma, mas de comportamentos concretos. Nomeiem-se, além da posse do estado de filho, a prolongada ausência de contatos e o repúdio que o marido da mãe pratique em relação ao filho, mesmo sem ter proposto ação negatória da paternidade ou sem que haja sucumbido na que tiver intentado. Todas essas são situações em que uma paternidade efetiva e afetiva quer prevalecer sobre a nominalidade da lei e merecem nisso acolhimento, pois já não mais estão presentes os pressupostos axiológicos que inspiram a presunção *pater is est*. Que o embate entre o fato e a lei possa, pois, ser resolvido em favor do primeiro – portanto, com o afastamento da regra *pater is est* e a mitigação ponderada dos efeitos da coisa julgada – é uma hipótese que não encontra previsão expressa no Código Civil, mas que não deixa de estar inserida naqueles propósitos maiores antes mencionados e alçados ao *status* e à categoria de princípios constitucionais e também no comando genérico do artigo 1.593 do Código Civil (“[...] ou a outra origem”).

Essas reflexões apóiam-se em leitura construtiva da lei ordinária e têm em conta uma realidade social que não exige estar escrita nos códigos para ser tomada em consideração. Contudo, não é correto reconduzir à Constituição Federal

de 1988, no Capítulo VII do seu Título VIII, qualquer crédito (ou débito) nesse sentido. O modelo constitucional estrito da filiação nem expandiu nem reduziu a extensão da regra *pater is est*.

Zeno Veloso, autor de diversos estudos sobre a filiação e paternidade (ver 1997, 1999), conclui:

Com a Constituição de 1988 e as leis infraconstitucionais que vieram regular a matéria relativa à família, o quadro passou por uma revisão, como temos insistentemente alertado. A maioria da doutrina e dos julgados dos tribunais, com base no princípio da igualdade entre os filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, vem entendendo que o descendente tem o direito de investigar a sua paternidade, sem limitação ou restrição alguma, pelo que a presunção *pater is est*, para dizer o mínimo, está bastante enfraquecida, praticamente afastada.

O fato é que, sob a ótica da Constituição, as ações de estado, expressão processual dos direitos da personalidade, são imprescritíveis. A pessoa humana poderá, a qualquer tempo, ajuizar ação de impugnação da paternidade de molde a cancelar a presunção legal e, mediante a ação de investigação de paternidade – que poderá ser cumulada à ação negatória –, determinar o vínculo biológico de filiação. (1999, p. 193)

A paternidade seria, assim, uma espécie de direito permanente de conteúdo variável. A cada um estaria deferido, como inerente à filiação, algo como um poder interno de mudar de pai, um autêntico *jus variandi*, o que é inimaginável sob todos os aspectos, principalmente o ético.

Os adeptos dessa leitura supõem que todo o complexo tema da paternidade esteja agora reduzido a exames do DNA e aos vínculos genéticos. Imaginar que a paternidade possa ser encontrada exclusivamente em características biológicas constitui melancólica capitulação da racionalidade crítica neste contraditório início de século. O reducionismo do Direito aos parâmetros da ciência positiva, vício em que incorre a paternidade sustentada nas seqüências genéticas, importa afastá-lo de seu ambiente próprio, fora do qual os achados são equívocos, e as propostas, não menos erradas. Partindo-se de premissas desarticuladas não só

de todo o sistema constitucional, mas também da própria realidade, não se poderia chegar a conclusão mais desconexa e incoerente, como a que está a pregar uma parcela significativa da doutrina nacional e grande parte dos tribunais, que consiste em aprisionar o conceito da relação paternal exclusivamente ao resultado dos exames de DNA (MADALENO, 1999, p. 73), que deve, sim, coadjuvar conhecimentos de outras áreas e ciências e agregar-se a eles na busca da efetivação e concretização dos direitos humanos, entre os quais sobressai o direito à personalidade e à identidade, no qual se inclui a relação filiação-paternidade.

Direito ao reconhecimento tem-no, entretanto, todo aquele, e somente aquele, a quem falte o pai juridicamente estabelecido. Não o tem, portanto, em princípio, aquele a quem a condição de havido do casamento já lhe dá o pai, situação que há de ser objeto de prévio desfazimento. Ao exercício dessa pretensão de ser reconhecido não opunha o Código Civil qualquer prazo, nisso coincidindo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como coincidia, pelo seu espírito, com que a ação fosse personalíssima e indisponível. O artigo 27 do referido Estatuto, ao qualificar o direito de reconhecimento como “personalíssimo, indisponível e imprescritível”, introduziu, por certo, no Direito brasileiro, uma explicitação saudável. Em rigor, não se constituiu propriamente em inovação. Seu grande significado social e político está no menos festejado segmento final, que leva para o tecido da legislação ordinária a palavra igualitária e redentora da Constituição.

Esse direito, “personalíssimo, indisponível e imprescritível”, entretanto, nada – rigorosamente nada – tem a ver com os prazos decadenciais até então estabelecidos no Código Civil de 1916 (art. 178, §§ 3º; 4º, I; 9º, VI e art. 362), em que se pretenda um limite ao seu exercício. Os prazos do Código eram para

impugnar uma paternidade já estabelecida, não para estabelecer uma paternidade em favor de quem não a tivesse.

De outro lado, no caso da ação para provar a legitimidade (hoje matrimonialidade) da filiação, o Estatuto da Criança e do Adolescente acabou, por força do novo contexto constitucional, ficando aquém do velho Código Civil de 1916. Nele está, com efeito, no seu artigo 350, o preceito categórico: “A ação de prova da filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor, ou incapaz” (texto repetido no artigo 1.606, *caput*, do novo Código Civil).

Percebe-se que o Código não só garante a ação pela vida do filho, como a faz expressamente transmissível por herança. A restrição de exercício, contida no artigo 178, § 6º, XII, não é para o filho, senão para seus herdeiros, e, em boa hora, não foi repetida no novo Código Civil.

Compreende-se que o Estatuto, neste particular, não pudesse mesmo acompanhar o Código, cuja liberalidade, no particular, não estava estabelecida propriamente em favor do filho, mas da sua legitimidade. Ora, suprimida a distinção entre legítimos e ilegítimos, a busca do reconhecimento pela via privilegiada da matrimonialidade terminaria por favorecer os filhos nascidos do casamento em detrimento dos nascidos fora do casamento. Terá, então, o artigo 350 (atual 1.606, § único) do Código Civil perdido a vigência? Parece que não. Quando um benefício alcança apenas uma classe de categorias igualadas por lei ou posta por essa em situação de inferioridade, a melhor exegese não é concluir pela invalidade do benefício, senão pela sua extensão. Aplica-se, então, ao caso a “cláusula de maior favorecimento”.

Explicando por outro modo e buscando a concretização na espécie: o artigo 1.606 do Código, ao criar um privilégio em favor da legitimidade, acaba por abrir uma fresta no fechado círculo de interdição ao reconhecimento. Atribui ao filho o amplo direito de buscar sua legitimidade. É considerado “amplo”, menos porque declara esse direito exercitável por toda a vida, mas principalmente porque lhe dá meios abertos de prova (cf. art. 349, atual 1.605, *caput*) e o faz transmissível aos herdeiros em condições particularmente favoráveis. O filho, procurando a legitimidade, está, obviamente, procurando também a paternidade, já que esses efeitos, no caso, andam juntos e são incidíveis. No sistema do Código, pode-se obter a paternidade sem a legitimidade, mas nunca a legitimidade sem a paternidade. Isso, em sede especulativa, continua a ser verdadeiro e é absolutamente óbvio, porque a legitimidade é atributo da filiação. Aquela não pode existir senão como qualidade desta.

O próprio texto constitucional busca preservar as disposições legais inferiores, antes de fulminá-las de morte, ainda que tenha ou encontre um único sentido viável, como ocorre na hipótese analisada com o recurso à cláusula de maior favorecimento. Sua aplicação acaba resultando, para os artigos 350 e 351 do velho Código, um sentido que guarda a *mens legis* anterior, recepcionada, agora, no novo desenho constitucional, o que está a revelar oportunidade para a interpretação constitucionalmente conforme.<sup>57</sup>

Na parte que favorece a legitimidade, o artigo 1.606, *caput*, não pode sobreviver, porque estaria excluindo o filho não matrimonial, o que a Constituição

---

<sup>57</sup> Nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes: “Oportunidade para interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição Federal” (1996, p. 222). Assim, dada a presunção de constitucionalidade das normas, deve prevalecer a interpretação constitucional. Da mesma forma, o Ministro Moreira Alves, na RP 1.417, afirmou: “A interpretação da norma sujeita a controle deve partir de uma hipótese de trabalho, a chamada presunção de

não permite. Mas sobrevive na parte que assegura a obtenção da paternidade (para o titular do direito e seus herdeiros), ou seja, o artigo mantém-se desvestido daquilo que expressa privilégio. Com isso, torna-se mais amplo, passando a afirmar não só a imprescritibilidade geral da ação de investigação da paternidade (que, na verdade, era dispensável diante, sobretudo, do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente), mas também a transmissibilidade dela aos herdeiros (que é da maior significação, principalmente quando alcança até mesmo a hipótese da ação que sequer chegou a ser ajuizada em vida do filho, se vier a morrer menor ou incapaz). Portanto, lido assim, sob o enfoque isonômico, está o artigo prevendo a imprescritibilidade da ação e a transmissibilidade da pretensão investigatória aos herdeiros, nas condições que especifica, ou seja, se o filho morrer menor ou incapaz – nesse caso, independentemente de ter iniciado a ação em vida. Se iniciou, transmite-se também, mesmo que o filho não tenha morrido menor ou incapaz, porque o título, então, será o artigo 1.606, *caput*, do Código. O artigo 1.606, *caput*, é a regra; o 1.606, § único, a exceção.

No âmbito da regra, a iniciativa da ação teria mesmo de ser assumida pelo filho para que houvesse transmissão: o artigo 1.606 § único revela o caráter personalíssimo da ação, hoje explicitamente declarado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27. Isso não significa que, na hipótese do artigo 1.606 *caput*, o atributo de ser personalíssimo o direito esteja sendo desconsiderado. Clóvis Bevilacqua explica que “se o filho morreu menor, ou em estado de alienação mental, supõe-se que foi essa incapacidade que o impediu de reclamar a situação, que lhe competia” (1963, p. 90). A explicação é artificial e desnecessária. Tendo o filho morrido menor ou incapaz, pode ter-lhe faltado condições para a ponderação

---

constitucionalidade, da qual se extrai que, entre dois entendimentos possíveis do preceito impugnado, deve prevalecer o que seja conforme a Constituição” (RTJ 126/53 *apud* AMARAL JR., 2003).

peculiar ao exercício dos poderes jurídicos estabelecidos *intuitu personae*. Apenas isso.

Como quer que seja, salvo os resíduos constitucionalmente conformes do artigo 1.606, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, passa-se a dispor de base normativa segura para se garantir, ampla e razoavelmente, a transmissibilidade do direito à investigação da paternidade.

Como se garantir à criança a segurança e a estabilidade necessárias à formação sã de sua personalidade, se ela sabe, ou imagina, que a pessoa que tem como pai pode deixar de sê-lo amanhã, se seus irmãos e demais membros da família podem, do dia para a noite, simplesmente não mais terem com ela qualquer relacionamento familiar? E o que se dirá da mãe que pode não mais vir a ter consigo seu filho? Dramas semelhantes e outros mais que, mesmo não passíveis de imaginação, podem vir a se concretizar e chegar ao Poder Judiciário, que deverá estar preparado e aparelhado suficientemente para solucionar os impasses e questões aflitivas de forma a preservar o máximo possível a integridade da criança.

Ora, não se vê sequer uma letra na Constituição que privilegie a paternidade genética, em detrimento da afetiva, ou que tenha cobrado do registro de pessoas naturais qualquer fidelidade aos fatos da biologia. Mas é preciso ter essa afinidade afetiva, essa aproximação amorosa entre “filho e pai”, para que se possa imaginar uma rejeição à filiação biológica.<sup>58</sup>

Vale lembrar que o registro civil das pessoas naturais é mero repositório de informações relatadas, não tendo qualquer responsabilidade de fidelidade à fenomenologia biológica, visto a natureza declaratória de seus

---

<sup>58</sup> Nesse contexto, o afeto deve ocupar lugar de destaque e merece maior atenção daqueles que atuam na área jurídica, pois, como bem ensina Maria Berenice Dias, “[...] amplo é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar conseqüências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal” (*apud* FACHIN, 2000 c, p. 277).

conteúdos. Assim, a matrimonialidade ou não-matrimonialidade de um filho não resulta, na sua essência, do que consta no registro do próprio filho, senão de ser ou não casada a sua mãe. Esse caráter não poderá ser mudado pelo registro, salvo por força de determinação a que esteja submetido, como, por exemplo, sentença que tenha acolhido ação denegatória da paternidade proposta pelo marido da mãe.

O registro declara o que antes dele se constituiu ou o que com ele próprio se constitui precisamente a partir de uma declaração, como, por exemplo, quando alguém se reconhece pai e o diz ao respectivo oficial. Na base de sua atuação, está claro, encontra-se um fato jurídico, mas não um fato da natureza nem mesmo um fato social destituído de relevância jurídica.

Ao registro não interessa a história natural das pessoas, a não ser apenas sua história jurídica. Mesmo que tenha sido condicionada pela história natural, o que revela o registro é a história jurídica, e não a história natural. Os dados lançados no registro estão a depender, sempre, ou de declarações de pessoas que se enquadrem e sejam permitidas em lei, ou de determinação judicial, repondo-se, desse modo, as coisas no seu devido lugar, mantido dissociado o modelo constitucional da filiação de qualquer empenho em promover a verdade biológica.

A reflexão sobre o tema em tela adquire relevância, se recordarmos que o reconhecimento filial ainda é um grave problema social no Brasil. Esse aspecto é destacado por Sérgio D. J. Pena, que, segundo pesquisa do IBGE, registra que um terço das crianças nascidas e registradas em 1988 tinham mãe solteira.

Porém, a magnitude do problema é ainda maior, já que estudos genéticos em várias populações do mundo têm consistentemente mostrado uma taxa de não-paternidade crítica entre 5% e 10% de todas as crianças de famílias constituídas que têm um pai biológico diferente de seu pai "social". Assim, há uma real necessidade de testes genéticos que possam determinar a paternidade com confiabilidade absoluta. (*apud* FIDA e ALBUQUERQUE, 1996, p. 86)

À luz de tal citação, observa-se que a questão do reconhecimento da paternidade ainda constitui problema de relevância social, pois todos que vêm ao mundo têm a necessidade e o direito de saber por quem foram gerados. Contudo, o exame de DNA, embora seja instrumento eficiente à elucidação de tais casos com razoável grau de precisão, é, ao mesmo tempo, oneroso e inacessível a grande parte da população brasileira.

Em razão do elevado custo do exame e da impossibilidade da sua realização para a determinação da paternidade, Leoni Oliveira diz:

Deve-se ressaltar, entretanto, que na hipótese de o exame de DNA não poder ser realizado, por falta de recursos financeiros das partes, deve o processo prosseguir, quando, então, será julgado pelo contexto probatório: prova testemunhal, documental e pericial (simples exame hematológico). (2000, p. 185)

Com argumento diverso, a Desembargadora Maria Berenice Dias pregou que, em hipóteses como essas, o processo deveria ser extinto sem julgamento de mérito.

Parece preferível a hipótese de que, não podendo ser realizado o exame de DNA, deverá o processo continuar normalmente, e o juiz precisará formar seu convencimento com os elementos que puderem ser produzidos no decorrer da demanda judicial. Aliás, antes do advento de referido exame genético, os processos de vindicação de paternidade eram solucionados dessa maneira, até porque, era inimaginável que o processo se eternizasse até que fosse possível a realização de uma determinada prova, por mais relevante que pudesse ser.

Quando existe a dúvida quanto à paternidade, mas o suposto pai concorda em realizar o exame de DNA, o processo fica mais objetivo, notadamente

em razão da precisão e segurança do seu resultado, o qual concorre para a elucidação definitiva do problema.

Problema de maior importância surge quando o investigado recusa-se a se submeter ao exame. Em casos assim, existem divergências nas correntes jurídicas. Porém, a corrente majoritária informa que, havendo a comprovação da ocorrência das relações sexuais, conforme a ação, o réu que se recusa a realizar o exame deverá ser declarado pai, por sentença, em razão da presunção da paternidade, conforme o disposto no artigo 359 do Código de Processo Civil, em razão de, não sendo ele o pai, não haver motivo para temer a realização do exame, afirmação que veio a ser acatada pelo novo Código Civil, em seu artigo 233.

Nesse sentido, colaciona-se o acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná<sup>59</sup>:

Estando provados os fatos básicos, tais como o relacionamento da mãe do investigante com o investigado, durante o período regular da concepção, bem como o nexo de causa e efeito entre essas relações e o nascimento daquele, deve ser julgada procedente a ação de investigação de paternidade. Se o investigado não consegue demonstrar qualquer causa impeditiva da paternidade e nem favorece essa demonstração, aparece, em favor do investigante, de forma inafastável, a presunção “pater is est”. Em ação de investigação de paternidade, o investigado não pode ser obrigado, coercitivamente, a submeter-se a exame pericial, mas a sua recusa estabelece a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo investigante, notadamente quando, em razão do progresso científico, as perícias modernas (DNA – HLA) podem indicar, nesse caso, com segurança, a ascendência pretendida.

Com o mesmo entendimento apresenta-se o seguinte julgado:<sup>60</sup>

I – A recusa do investigado em submeter-se ao exame DNA, marcado pelo juízo por 10 (dez) vezes, ao longo de quatro anos, aliada à comprovação de relacionamento sexual entre o investigado

---

<sup>59</sup> Investigação de paternidade c/c alimentos. Investigação de Paternidade c/c Alimentos. Apelação Cível nº 174809-PR. 2ª Câmara Cível. Relator: Darcy Nasser de Melo. DJ – 9/11/1994. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 21 set. 2002.

<sup>60</sup> Investigação de paternidade c/c Alimentos. Recurso especial nº 141.689-AM. 3ª Turma cível. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. DJ – 7/8/2000. Superior Tribunal de Justiça Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 21 set. 2002.

e a mãe do autor impúbere, gera a presunção de veracidade das alegações postas na exordial.

II – Desconsiderando o v. acórdão recorrido tais circunstâncias, discrepou da jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal.

Outras correntes jurídicas sustentam a condução e obrigação do réu, “sob vara”, a realizar o exame. Nesse caso, o réu é obrigado pelo juiz a realizar o exame e conduzido até o laboratório, para a coleta do material necessário.

Traz-se à baila julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que se manifesta sobre a violação dos princípios constitucionais quanto à condução do réu “debaixo de vara” para a realização do exame de DNA:

Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.<sup>61</sup>

Configura-se, assim, o conflito entre o direito do suposto pai na manutenção de sua intimidade e intangibilidade do corpo humano e o do filho que busca descobrir sua ascendência paterna. Esse assunto será analisado em seguida.

## 6.5 A RECUSA EM SE SUBMETER AO EXAME PERICIAL DE DNA

Discorrendo sobre a obrigatoriedade ou não de se fazer o exame de DNA, Álvaro Anicet Lisboa sustenta:

---

<sup>61</sup> Investigação de paternidade. *Habeas corpus* nº 71373-4-DF. 2ª Turma Cível. Pacte.: José Antônio Gomes Pinheiro Machado; Impte.: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Relator: Min. Marco Aurélio. DJU – I de 22/11/96, págs. 45.686/87. Supremo Tribunal Federal Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 24 jul. 2002.

[...] com relação à obrigatoriedade ou não de se fazer o exame de DNA, existe o entendimento no sentido de que não pode o juiz obrigar o investigado a submeter-se ao referido exame. A base está nas garantias constitucionais implícitas e explícitas, tais como a preservação da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, dentre outras, e nos princípios constitucionais, dentre eles o da legalidade, que preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. (2002)

Comprovada a existência do envolvimento sexual, compatível com os fatos declinados na ação, a negativa do indigitado pai recai contra ele, pois se presume a existência da relação de filiação, uma vez que ele, injustificadamente, se nega a submeter-se ao exame.

Não há meio legítimo de ser o investigado obrigado a ceder material genético para a realização do exame, mas, restando demonstrados os indícios do relacionamento da mãe do investigante com o investigado, presumir-se-á, caso se recuse, a paternidade alegada, até porque, agora, essa presunção vem prevista no novo Código Civil brasileiro, artigo 231, *verbis*: “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”. Remata o artigo 232: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Assim vinha entendendo a jurisprudência predominante, mesmo antes do novo Código Civil, desde que existissem ao menos indícios de verossimilhança de que o réu, na ação investigatória, tivesse mantido relacionamentos íntimos com a mãe do investigante.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Prova. Recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA. PRESUNÇÃO DA VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS. Inteligência dos artigos 136-V, do CC. E 332 do CPC.

Se o exame hematológico é necessário para a negativa de paternidade, cumpre ao réu o ônus de ceder o sangue exigido, sob pena de a recusa ser interpretada em seu desfavor.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> TJAC. Ap. Civ. 505/95 e 96.0000228-6 (24/3/1997).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Recusa injustificada a submeter-se ao exame de DNA – Ato que leva à presunção dos fatos alegados – Inteligência do artigo 359 do CPC.

Não há lei que obrigue, seja o pai ou a mãe, réu em uma ação de investigação de paternidade, a submeter-se ao exame de DNA solicitado. Porém a recusa em submeter-se ao exame pericial sem qualquer justificativa leva à presunção da veracidade dos fatos alegados, aplicando-se a regra do artigo 359 do CPC.<sup>63</sup>

Em julgamento da Apelação Cível 97.001555-0, em 27 de outubro de 1997, o Desembargador Jersey Nunes, do Tribunal de Justiça do Acre, compilou afirmação extraída de julgamento levado a efeito pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 5ª Câmara Cível:

Culpa não tem a criança de ter sido gerada em relação extraconjugual, não devendo carregar o estigma e o ônus de ser *filho sem pai* com todas suas implicações. Não poderia subsistir uma legislação, como a anterior, em boa hora derogada, que, hipocritamente, reconhecia ao adúlterino alguns direitos, negando-lhe, talvez o maior, o *status familiae* – carregado da dignidade humana. Já não sem tempo livramo-nos das peias dos preconceitos, dos farisaísmos obscurantistas de um passado que, de vez em quando, tenta voltar a suas raízes providencialmente desterradas. (Ac 105, AC 004/91, de Senador Guiomard, j. 07.06.1993).<sup>64</sup>

Em julgamento do *habeas corpus* 71.373-4, DF, o pleno do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, em acórdão publicado em 22 de novembro de 1996, expôs o tema da seguinte forma: “O que temos em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade ou do indigitado pai à sua intangibilidade física”.

Ressaltam alguns aspectos e passagens do voto do Ministro Francisco Rezek:

<sup>63</sup> Ementário – Julgado do TJAC (*Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 336, abr. 1998).

<sup>64</sup> *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 342, abr. 1998.

Provas documental e testemunhal são quase sempre impossíveis. No campo pericial o desenvolvimento científico facilita a busca da verdade, mas obstáculos, como a recusa à submissão ao exame, podem ocorrer. *Deve o julgador saber valorar, com os demais elementos de prova, a insubordinação. A recusa mesma induz à presunção de paternidade*, facilitando o desfecho da demanda, mas resolvendo de modo insatisfatório o tema da identidade do investigante.

Nesta trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família, o corpo é, por vezes, objeto de direito. Estou em que *o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.* [Sem destaque no original.]

Em tema de investigação de paternidade, o juiz dispõe, na apreciação da prova, de maior discricionariedade e, por não poder a prova repousar sempre em certeza absoluta, deverá socorrer-se de presunções e indícios capazes de gerar certeza relativa, que resulta de um estado subjetivo de convicção. Evidenciada a coincidência entre a concepção do filho e as relações sexuais da mãe com o suposto pai, haverá de reconhecer-se a almejada paternidade.

É assim vem se posicionando a doutrina:

Todavia, como a certeza corresponde normalmente à verdade objetiva e esta nem sempre pode ser apurada, é o direito, normalmente para a comprovação dos fatos judiciais, levado a contentar-se, em regra, com aquela certeza subjetiva do magistrado, *certeza moral, a que se tem chamado de “convencimento judicial”*, isto é, o assentimento definitivo da vontade que, esclarecida pela razão e tendo em vista as circunstâncias, rejeita definitivamente as possibilidades contrárias. (AZEVEDO FRANCESCHINI e OLIVEIRA, 1973, p. 1.414)

Na investigação de paternidade admite-se a prova indireta, resultante do relacionamento da mãe do autor com o pretendido pai. A liberdade dos costumes, que inclui relações sexuais em namoros prolongados, permite inferir-se a paternidade da manutenção de namoro durante o período da concepção, se outros elementos de prova, como o exame genético, não excluem, mas indicam a paternidade.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Apelação Cível 37.953, 1ª Câmara Cível do TJRS. Relator Des. Athos Gusmão Carneiro.

Focando o tema da recusa de o réu se submeter ao exame pericial de DNA, é sabido que, para o nosso Código, a paternidade ilegítima, da mesma forma que a legítima, decorre de uma presunção.

Sem descurar do extremo avanço verificado pela possibilidade de realização do exame de DNA, chegou-se ao extremo da minimização dos clássicos meios processuais de prova, o que pode ser facilmente deduzido das decisões jurisprudenciais, que sacralizam a perícia genética como sendo a suprema das provas. Prescreve Maria Celina Bodin de Moraes, em preocupante vaticínio: “A certeza científica, oferecida pelo exame de DNA, para determinação da paternidade, encontra hoje um único obstáculo: a recusa do suposto pai a entregar o material necessário ao teste” (1997 b, p. 84). Essa superconfiança no exame científico conduz ao desdém e à profunda e quase insuperável descrença sobre os demais meios processuais de prova a demonstrar que a cega aceitação da perícia do DNA carrega sempre esse perigoso e deletério efeito de influenciar sobre os outros meios legítimos e lúcidos de prova judiciária.

Essa preocupação é também externada por Sérgio Gischkow Pereira, em voto por ele proferido na Apelação Cível 595.074.709-TJRS, em que afirma que já é hora de repensar a verdadeira sacralização e divinização do exame de DNA, alçado à fórmula milagrosa de resolução de todos os problemas pertinentes à investigação dos vínculos de filiação. Já é momento de evitar o endeusamento do resultado pericial, convertido o julgador num agente homologador da perícia genética, certo de ela possuir peso infinitamente superior a de qualquer outra modalidade de prova judicial. Esse culto ao resultado pericial não vem sendo compartilhado entre renomados peritos, como Anete Trachtenberg (2000, p. 327), ao afirmar a falibilidade do teste de DNA, pelo fato de os laboratórios carecerem de

dados estatísticos tão caros e próprios da população brasileira, composta por uma raça mista, de características singulares, divergentes dos levantamentos estatísticos realizados com a população dos Estados Unidos e da Europa.

Ora, se o resultado positivo de um exame pericial não mais pode ser considerado como definitivo e absoluto, pela existência de margem de probabilidades de equívocos, como se firmar presunção de que a não-concordância em ceder material para o exame conduza inarredavelmente à paternidade investigada? Essa presunção há que vir acompanhada de outros meios probatórios, que escorem e reforcem a “presunção *hominis*”. Sem isso, cai no vazio, resta isolada e enfraquecida.

Uma ação judicial promovida para investigar paternidade não reconhecida voluntariamente traz, para as partes nela envolvidas, uma compreensível perturbação na sua estrutura emocional, desequilibra o relacionamento conjugal da pessoa investigada, assim como abala o seu núcleo familiar.

O devido procedimento legal aconselha que o magistrado, no quadro atual de desdivinização da prova técnica, investigue e encontre, inicialmente, os subsídios de prova capazes de encorajá-lo a dar fundamentado seguimento na busca processual da anunciada paternidade, valendo-se, depois de meditar sobre um conjunto mínimo de provas, da verossimilhança entre a alegativa parental e sua possível conexão fática.

Não se afigura ético, e muito menos judicioso, que a pessoa demandada numa ação de investigação de paternidade possa ser aprioristicamente constrangida, sob a ameaça suprema de se tornar pai por presunção, a realizar prova pericial com preferência preordenada para o teste de DNA, sem que o

investigante tivesse, anteriormente, logrado convencer o juiz de alguma razoável procedência de suas alegações iniciais.

Acontece que o precipitado sacramento do teste genético, sempre ordenado sob a sutil ameaça da presunção de paternidade pela negativa em realizá-lo, pode vir a provocar injustiças, já que ignora o equilíbrio e adequada distribuição do conjunto probatório processual. Quando se cuida de uma delicada demanda que procura investigar, com rigor devido, os vínculos genéticos que tratarão de marcar a história e a identidade do investigante e da pessoa investigada, é preciso muito mais do que prudência por parte do magistrado ao julgar a investigatória. Assim sugere Marco Aurélio Viana: “Não basta ao interessado na investigação de seu nexo biológico louvar-se no exame de DNA, que deve ser lido num conjunto probatório muito mais denso e verdadeiramente seguro” (1998, p. 27).

Contra o bom senso e a ética, dá-se crédito jurídico extremo aos fatos alegados e deposita-se toda a credibilidade na reação de negativa do investigado em querer se submeter ao exame de DNA, o que é tomado como indício absoluto de que ele tem consciência de que é o pai. É uma conclusão de gravíssimos efeitos, porque retira do investigado até o natural impulso da indignação pessoal por ser devassado em sua vida pessoal e familiar, não sendo tolerada qualquer justificativa, senão a invariável conclusão de que seu gesto processual de negativa ao exame se trata de um claro indício de procedência da paternidade.

Não há em nosso ordenamento jurídico lei que obrigue, seja o pai ou a mãe, réus em uma ação investigatória, alguém a se submeter ao exame pericial indicado. Nenhum juiz pode obrigar ou mesmo coagir alguém a fazer algo que a lei não impõe, principalmente quando o que é pedido fere o princípio constitucional inserto no artigo 5º, II (“ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa

senão em virtude de lei”). A jurisprudência de nossos tribunais é pacífica em negar a obrigatoriedade para que o réu se submeta ao exame técnico. O excelso Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar sobre o assunto, ressaltou: “Ninguém pode ser coagido ao exame ou inspeção corporal, para a prova cível”.<sup>66</sup>

Nesse ponto, o novo Código Civil poderia ter avançado mais e ter possibilitado a determinação da realização do exame pericial genético, pois ele pode ser feito até mesmo com um fio de cabelo, cuja coleta não denota qualquer espécie de agressão ou violação da liberdade, da integridade física e moral ou de outro qualquer direito relevante do investigado. A possibilidade científica da realização do exame com o fio de cabelo é afirmada por diversos autores, entre os quais Salmo Raskin (2000, p. 37).

Vem se pacificando, assim, a jurisprudência de nossos tribunais no sentido de que a recusa injustificada evidencia a “presunção *hominis*”, regulada no artigo 335 do CPC, de ser o réu o pai da criança, *desde que presente algum indício* de ter realmente havido relacionamento sexual entre a mãe e o suposto pai.

A recusa do réu em investigação de paternidade de se submeter a exame hematológico leva à presunção de veracidade dos fatos alegados, aplicando-se a regra do artigo 359 do CPC.<sup>67</sup>

No entanto, como afirmado acima, essa presunção não pode ser considerada com exclusividade, há que vir acompanhada de outros elementos probantes que possam conduzir o julgador à razoável certeza da paternidade imputada.

Houve um tempo em que o casamento fazia presumir a paternidade, e a maternidade era sempre certa. Atualmente, são conceitos relativizados, pois, no

---

<sup>66</sup> RJTJSP 99/35, 111/350, 112/368 e RT 633/70.

<sup>67</sup> RT. 633/70; RJTJSP 99/35; RTJ 134/202, Jurisprudência Mineira 118/214 e 124/91.

terreno da filiação, mesmo num cenário de altíssimas probabilidades, enquanto só aparência, nada mais comporta verossimilhança por mera presunção.

Ora, se casamento e maternidade já não mais carregam o selo da incontestável verdade biológica, seria extremamente perigoso absolutizar a presunção de paternidade pelo singelo gesto processual de se negar em realizar o teste pericial de DNA, até porque:

O investigado pode se negar a realizar o exame pericial quando invoca o direito constitucional de não submeter o seu próprio corpo a uma prova que não deseja, fazendo nascer a presunção contra si. A presunção deve ser invocada exclusivamente no conjunto da prova, em que todos os elementos probantes puderam ser judicializados e avaliados, sem o péssimo costume, reiteradamente verificado, de tarifamento e de subestimação dos recursos usuais de prova judiciária, em que a presunção terminou ela própria sacralizada, alçada da condição de mero indício para o degrau sublime de comportamento processual incapaz de absolver quem se facultou da recusa em fazer o exame de DNA. (LELLA, 1997, p. 8)

Destarte, se o réu afirma que, por exemplo, nunca manteve, com a mãe do autor, qualquer tipo de relacionamento (quanto mais sexual), ou que é estéril, ou que estava fora do país à época da concepção, verifica-se justificada sua recusa a se submeter ao exame pericial. Por ser a ação de investigação de paternidade pertinente a direito indisponível, em que estão em jogo valores humanos fundamentais, como o nome, a honra, a identidade, a personalidade e os vínculos familiares respeitantes às duas partes envolvidas no processo, jamais o magistrado poderia, em casos exemplificados anteriormente, antecipar sua decisão por simples presunção que só beneficia ao autor investigante. Chegou-se a um estágio de um extremado rigor processual contra o investigado, ao passo que nenhuma rigidez é imposta ao investigante, apenas em nome do caráter sacro ou divino de qualquer perícia biológica, em especial para o sistema com marcadores do DNA. É viável,

portanto, questionar-se a certeza que alguns pregam, como resultante da recusa em se submeter ao exame pericial de DNA:

A negação ao exame, enquanto não fiscalizadas as técnicas periciais, segue como lícita e adequada justificativa de oposição, até porque a presunção, como prova indireta, jamais poderia chegar ao extremo rotineiramente verificado, de sopesar dos sacramentos, em que a perícia é a sublime prova, absoluta, e recusá-la, contrariando todas as esperanças cegamente nela confiadas, termina por merecer o mesmo resultado e define a paternidade por mera presunção de culpa.

E mais grave ainda está em constatar um inconciliável paradoxo judicial, pois, se não existe sanção direta para quem se nega a se submeter ao exame pericial, não é possível sancionar indiretamente o investigado por seu gesto de recusa, derivando de sua resistência um resultado contrário às pretensões que sustenta. (GROSMAN, 1982, p. 182-183)

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Réu que se recusa, imotivadamente, em se submeter ao exame de HLA – Presunção da paternidade. Admissibilidade se existem outras provas no mesmo sentido.

*Presume-se a paternidade de quem se recusa, imotivadamente, a realizar o exame de HLA, mormente quando há nos autos outras provas nesse sentido.*<sup>68</sup>

Com maestria, ensina Caio Mário da Silva Pereira:

será necessário provar que ao tempo da concepção do filho houve relações sexuais entre sua mãe e o suposto pai. Levada a exigência a rigor, ter-se-ia de dar a prova direta do comércio sexual. Como é praticamente impossível, admite-se a prova indireta ou indiciária. Em se tratando de relações sexuais fortuitas ou ocasionais, o investigador há de dar a sua prova em coincidência com a concepção, além de evidenciar a honestidade da mulher, cabendo ao juiz apurar os fatos com redobrado rigor. (1997, p. 131)

Chegou-se à presunção, se não absoluta, muito forte de que:

A ação de investigação de paternidade, estando provada a existência das relações sexuais que coincidem com a data da concepção, e sendo a mulher honesta, deve ser julgada procedente.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> RT. 755/369, AC 56403-0, 2ª Cam. J. 4/3/88, rel. Des. Ronaldo Accioly-TJPR. Sem destaque no original.

<sup>69</sup> Adcoas 117.140, de 10/3/98.

Arrematando toda essa evolução jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça emitiu a Súmula 301, aprovada em 18 de outubro de 2004, pela Segunda Seção do referido tribunal, composta pelas Terceira e Quarta Turmas, com a seguinte redação: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

## 6.6 PATERNIDADE E POSSE DE ESTADO DE FILIAÇÃO

Constata-se, portanto, a evolução do pensamento jurídico da absoluta presunção de verdade da paternidade alegada em razão da recusa do réu em ceder seu material genético para realização da prova pericial, para a relativização e a ponderação dessa presunção, considerada no conjunto probatório. Desmistifica-se, desse modo, a prevalência da presunção ou do resultado obtido pelo exame de DNA e caminha-se à configuração de uma paternidade não necessariamente vinculada à verdade biológica, mas sim ao sentimento afetivo mais nobre que liga pais e filhos de forma definitiva, concreta e solidária, demonstrando todo o vigor de uma visão diferenciada das relações familiares mais ligadas à socioafetividade do que a razões legais ou genéticas.

Nesse contexto, passar-se-á à análise das conseqüências do reconhecimento da paternidade, não sem antes ratificar que o maior e principal deles é a efetiva aproximação e troca de afetos que propiciará tanto ao pai como ao filho o engrandecimento como seres humanos plenos.

Coloca-se em relevo, neste momento, o estado de família, que é determinado por uniões jurídicas que unem as pessoas umas às outras. Serve a

condição de estado da pessoa para fixar a posição do indivíduo no meio social, fazendo surgir direitos e deveres, bem como traçando características da personalidade. Diante disso, a sociedade elabora o perfil do homem.

O estado de família é o que interessa para o Direito Civil, pormenorizadamente o direito de filiação, que pode advir de um fato ou de um ato jurídico. Caio Mário da Silva Pereira, ao falar sobre a condição de estado, diz que ele “constitui uma realidade objetiva, de que cada um é titular, e que usufrui com exclusividade. Realidade tão objetiva, que se lhe prendem atributos peculiares aos bens incorpóreos” (1997, p. 144). Indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade são características do estado civil da pessoa.

A sentença que julga procedente a ação de investigação de paternidade determina a anotação da filiação paterna no registro de nascimento do investigante. Em razão disso, dispõe a Lei de Registros Públicos, em seu artigo 29, § 1º, d, que “serão averbados: os atos judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento de filhos ilegítimos”.

Diante da notória relevância da relação afetiva entre as pessoas, notadamente entre pais e filhos e componentes de uma família, é importante salientar a essencialidade da posse do estado de filho. Embora a Constituição Federal tenha evoluído ao adotar a unidade da filiação, afastando os elementos discriminatórios verificados até então em razão da natureza e origem, não se vê sua inclusão de forma clara no sistema positivado, mesmo no novo Código Civil.

A par da presunção originada do casamento (*pater is est*) e também da chamada “verdade biológica”, proveniente do resultado do exame pericial de DNA, a paternidade só pode ser vista como uma relação psicoafetiva existente e resultante de uma convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar

ao filho não só um nome de família, mas, sobretudo, afeto, amor, dedicação e abrigo assistencial, que são reveladores de uma convivência paterno-filial. Essa convivência por si só é capaz de justificar e identificar a verdadeira paternidade e é a única relação capaz de garantir a estabilidade social, pois um filho, reconhecido como tal, no relacionamento diário e afetivo, certamente formará uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano.

É a posse de estado, a expressão forte e real do parentesco psicológico, a caracterizar a filiação afetiva. Aliás, não há modo mais expressivo de reconhecimento do que um pai tratar seu filho como tal, publicamente, dando-lhe proteção e afeto e sendo o filho assim reputado pelos que, com ele, convivem. E pode-se afirmar que a desbiologização da paternidade tem, na posse de estado de filho, sua aplicação mais evidente. (BOEIRA, 1999, p. 55)

Uma vez reconhecida a paternidade, voluntária ou judicialmente, surgem os efeitos decorrentes desse reconhecimento, que serão discutidos a seguir.

## 6.7 PATERNIDADE RECONHECIDA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

### 6.7.1 Aquisição de parentesco e poder familiar

Havendo a declaração da paternidade, surgem as relações de parentesco entre o investigante declarado como filho e os parentes do pai investigado. Daí advêm graves casos de rejeição por parte da família paterna, em razão do modo de surgimento e estabelecimento do parentesco, muitas vezes acompanhado de traumas, decepções e mágoas.

É importante observar que as crianças reconhecidas como filhos não têm culpa das desídias e impulsos dos seus pais e não podem, por isso, sofrer discriminação e repulsa dos seus parentes mais próximos.

Devem os genitores sempre ter a consciência de que, ao conceberem os filhos, dever-lhes-ão prover o sustento e despender o carinho necessário ao seu crescimento e à sua formação moral, intelectual e afetiva.

Essa reflexão encaminha para a noção de poder familiar. A esse respeito, dispõe o Código Civil, em seu artigo 1.612: “o filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob poder do genitor, que o reconheceu, e se ambos o reconheceram, e não houver acordo, sob o de quem melhor atender os interesses do menor”.

A redação do artigo 360 do Código Civil de 1916 foi alterada pelo artigo 16 do Decreto-lei 3.200 e resultou no seguinte teor:

O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor.

§ 1º Verificando que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o juiz sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores.

§ 2º Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, no interesse do menor.

Já o artigo 1.630 do Código Civil de 2002 preceitua que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.<sup>70</sup>

Analisando o disposto na Constituição, verifica-se, hoje, a igualdade entre homens e mulheres, competindo a ambos o poder familiar. Na verdade, não raro, na maioria dos casos de reconhecimento de paternidade, a guarda dos filhos fica com a mãe, e isso não interfere no poder familiar conferido ao pai.

Além disso, outra questão importante e que deve ser observada é o direito/dever de visitas conferido ao pai, sempre procurando concretizar o anseio constitucional de fazer da família o núcleo propício ao crescimento da criança e plena formação sadia de sua personalidade, bem como respeitando o princípio dos

---

<sup>70</sup> Para um estudo completo do tema, ver Oliveira (2001).

melhores interesses da criança. Cabe aqui a observação de que a família pode ser constituída por pais que não necessariamente estejam ou vivam juntos, mas que estão definitivamente ligados pelo bem comum do filho.

### 6.7.2 Alimentos

No que concerne a alimentos, havendo o reconhecimento voluntário ou a declaração por sentença da paternidade, surge a obrigação de prestá-los, que é recíproca entre pai e filho. Cumpre notar que o artigo 1.696, repetição do antigo artigo 396 do Código Civil, diz: “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira afirma que “é preciso, entretanto, nunca perder de vista que o fundamento primário da obrigação alimentar é o vínculo de parentesco, é a relação *biológica* da paternidade, declarada pelo ato voluntário ou judicial de perfilhação” (1997, p. 232. Sem destaque no original).<sup>71</sup>

Os alimentos são caracterizados pelo dever do pai em manter, criar e educar o seu filho; na insuficiência de recursos, deve o pai ainda assim fornecer os meios para a manutenção do filho, ainda que tenha ele de sacrificar-se para sua própria manutenção, sem que, por óbvio, se prive do mínimo necessário à própria subsistência.

---

<sup>71</sup> Destaque feito para questionar o fato de que só a relação biológica origina direitos alimentares. No entanto, não há como ignorar a possibilidade de outras espécies de relação que não sejam biológicas, a essa altura do desenvolvimento do tema pela doutrina mais arejada, pela jurisprudência mais voltada à identificação da pessoa como valor central de todo o ordenamento jurídico e pela própria previsão da cláusula aberta do artigo 1.593 do Código Civil, quando afirma que o parentesco é natural, civil ou *de outra origem*.

Se o pai não pode arcar com tal ônus, sua família deverá prestar os alimentos, desde que possua condições. O filho, tendo possibilidades suficientes, deverá também prestar alimentos ao pai, comprovada a necessidade em recebê-los.

O pedido de alimentos pode ser cumulado com o de investigação de paternidade ou por procedimento próprio com fundamento na Lei 5.478/68, denominada Lei de Alimentos, hipóteses em que os alimentos retroagem à data da citação, como vem entendendo a jurisprudência:

Recentemente decidiu o STJ, através de sua 4ª Turma, Relator, Min. Barros Monteiro, pelo efeito retroativo da pensão alimentícia desde a citação, em ação de alimentos cumulada com investigação de paternidade, por força do disposto no artigo 13 § 2º da Lei de Alimentos. Argumentou o e. relator que a mesma solução vem sendo adotada pelo TJSP: “A circunstância de se cuidar de pedido de alimentos sem prova pré-constituída da relação de parentesco não opera o efeito de dilatar a exigibilidade da pensão para a data do trânsito em julgado da sentença”, como preceitua o artigo 5º da lei 883 ao dispor que: “terá o autor direito a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de 1ª instância, embora se haja desta, interposto recurso”.<sup>72</sup>

A possibilidade de concessão de alimentos provisionais a partir da sentença de primeiro grau, favorável ao investigante, criada pela Lei 883/49, coexiste com a regra de que *os alimentos, uma vez concedidos, retroagem à data da citação inicial*. A lei questionada não impõe um termo inicial para os alimentos definitivamente fixados: facultou ao investigante pleitear o benefício que, concedido “pendente lide”, pode eventualmente cessar com a decisão final da causa, não gerando, por sua natureza, qualquer direito de compensação ou reembolso.

### **6.7.3 Direitos sucessórios**

Quanto a direitos sucessórios, o filho reconhecido, voluntariamente ou por meio de ação judicial, hoje tem direito à herança da mesma forma que os filhos

legítimos. A Constituição pôs fim à discriminação quanto ao tipo de filiação, que também é estendida para a sucessão.

O que deve ser analisado é se a Constituição beneficia somente os filhos gerados após 1988 ou se devem ser beneficiados todos os filhos, englobando-se também os advindos antes da vigência da Carta Magna. Preceitua o artigo 1.787, antigo 1.577 do Código Civil, que “a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor”.

Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 315), ao se manifestar sobre os direitos sucessórios, ensina que a ação de investigação de paternidade é cabível contra o pai ou seus herdeiros, mesmo que o filho tenha nascido no império da lei proibitiva e que o pai tenha morrido sob a vigência da mesma lei.

Mas a pertinência da ação declaratória não quer dizer que os direitos hereditários não têm limite. Eles esbarram no direito adquirido, respeitam a situação jurídica definitivamente constituída, guardam-se de ofender os efeitos já produzidos sob o império da lei que vigorava então e não afetam as transmissões hereditárias consumadas, em obediência à legislação vigente no momento em que se operaram.

Caio Mário Pereira afirma:

Mas não é só o efeito sucessório que a sentença de reconhecimento produz. Não é só o direito à herança paterna que constitui efeito da declaração de estado. Não pode, também, a ação condenatória de prestação alimentar ou de petição de herança, ainda que cumulada à declaratória de filiação, afetar a natureza desta, nem influir sobre seu desfecho, pois nem o fato de ser improcedente a petição de herança será incabível ou deixará de ter procedência a ação de estado. A acumulação das ações, num mesmo pedido, não se traduz na impossibilidade da separação de seus efeitos: a sentença que julga procedente a declaração de estado, nem por isso terá, forçosamente, de conceder a consequência patrimonial: que é o efeito sucessório. (1997, p. 353)

Contrariamente afirma, José Maria Leoni de Oliveira:

---

<sup>72</sup> TJTJSP 90/50, rel. Des. Aniceto Aliende.

Ora, não vemos por que não possa o filho pleitear a sua parte na herança, mesmo se reconhecido após o término do inventário, não para modificar a partilha julgada, mas para obter de cada herdeiro individualmente, na proporção do quinhão recebido, o equivalente à sua parte na herança. (2000, p. 192)

Quando se analisam essas opiniões, verifica-se que se trata de questão conflitante. Por isso, cada caso concreto deve ser analisado com a máxima cautela, de forma a evitar injustiças e locupletamento sem causa. Cumpre reiterar que o Direito não é um molde no qual se enquadram todas as situações jurídicas, mormente nos tempos atuais, quando a Constituição Federal e o novo Código Civil fizeram nítida opção pela adoção das chamadas cláusulas abertas, demonstrando toda a importância do hermeneuta não só na aplicação da norma legal ao caso concreto, mas também, e principalmente, mantendo-a atualizada e condizente com os mais lídimos anseios e interesses populares, acompanhando o desenvolvimento e o progresso social.

Seria possível haver solução correta, melhor do que as demais, diante de um fato controverso de dúbia interpretação, de enquadramento legal complexo? Seria a solução encontrada pelo juiz melhor do que a de um cidadão comum? Cada um pode ter apenas sua própria opinião, e a decisão do juiz não oferece mais garantias de verdade do que a de qualquer outra pessoa.

Como professa Ronald Dworkin:

Esse argumento prático a favor da tese “não há resposta correta” é facilmente contestado. Sustenta que é inútil exigir que um juiz procure encontrar a resposta correta, mesmo que ela exista, porque não é provável que sua resposta seja mais correta do que a de qualquer outra pessoa e porque não há como provar que é, mesmo que seja, a resposta correta. (2002, p. 431)

Vê-se, assim, a complexidade da situação que deve merecer do intérprete, em cada caso, o necessário cuidado e atenção, de forma a encontrar, naquela situação, a melhor solução que atenda aos direitos das partes da forma

mais plena possível, de forma ponderada e razoável para que a decisão possa ser considerada legítima.

Há de ser lembrada a lição de Herbert L. Hart (1989, p. 200) quando discorre sobre “casos problemáticos” que exigem, para uma correta decisão, a manifestação de virtudes judiciais características, como a imparcialidade e a neutralidade na pesquisa de alternativas, o respeito aos interesses de todos os que serão afetados e a preocupação de se colocarem em prática princípios gerais aceitáveis como base razoável para a decisão.

Essa mesma preocupação perpassa a temática abordada no próximo tópico, no qual será abordada a dicotomia verificada entre a possibilidade legal e constitucional de prisão do devedor de alimentos e o direito à liberdade.

## 6.8 EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR INADIMPLIDA E A REGRA MORAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

Resta abordar a possibilidade da decretação da prisão do devedor insolvente em relação à obrigação de pagar as pensões alimentícias, especificamente no que se refere à controvérsia jurisprudencial e doutrinária quanto à manutenção de tal possibilidade apenas no que pertine à execução das últimas três parcelas não pagas.

Partindo-se da realidade inegável, pois, via de regra, a fome não espera, será juridicamente mais favorável suportar a remota possibilidade de se condenar injustamente alguém, ainda que provisoriamente, a prestar alimentos, do que assistir, com impassibilidade, à deterioração ou mesmo à morte do bem jurídico maior tutelado, o direito à vida, durante o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual, quase sempre morosa.

O posicionamento contrário à execução das verbas alimentares “sob pena de prisão”, com exceção das últimas três mensalidades, é no mínimo interessante, pois é exatamente o que faz o credor diligente e atento a seus direitos que luta pela própria dignidade e cidadania e pela prerrogativa inafastável de sobrevivência que há de ser garantida pelos pais.

A jurisprudência majoritária, hoje, parece ter-se pacificado no consenso de que a prisão civil do devedor de pensão alimentícia está restrita às últimas três parcelas devidas, e devem as demais ser executadas na forma do artigo 732 do digesto processual civil.

Tem-se observado que um expressivo número de decisões, para não dizer a totalidade delas, mormente na superior instância, utiliza-se da mencionada construção, seja para determinar a cisão do processo executivo, seja para conceder ordens de *habeas corpus*. E assim se decide “porque este é o entendimento jurisprudencial...”, “porque assim tem-se entendido...”, além de outras expressões similares, sem que haja a menos fundamentação. Apenas a jurisprudência e nada mais.

O processualista Arruda Alvim Netto, comentando essa forma de apreciar a lide, arrimada apenas em precedentes jurisprudenciais, esclarece que a jurisprudência não pode ser considerada, dogmaticamente, como fonte de direito, salientando que nem os tribunais, nem os juízes e nem os particulares a ela estão vinculados. Segundo o renomado doutrinador,

Do rigoroso ponto de vista técnico-jurídico, nenhum juiz poderá ou deverá dizer que decide um caso, de tal ou qual forma (embora isso ocorra muitas vezes), porque a jurisprudência é tal ou qual; isto não se constitui, tecnicamente, entre nós, em fundamento jurídico de sentença ou decisão, o que se faz “*commoditatis*” ou “*brevitatis causa*”. A fundamentação técnico-jurídica, entre nós, é a lei. (2000, p. 81)

Mesmo que a jurisprudência possa concebida como fonte de direito, suficiente por si só para arrimar uma decisão judicial, é certo que os litígios envolvendo matéria familiar decorrem, fundamentalmente, de *questões fáticas*. Desse modo, é lícito concluir que não se pode, com base em uma única interpretação jurisprudencial, resolver uma infinidade de conflitos sociais decorrentes dos mais variados motivos ou fatos que envolvem as relações interpessoais.

Situação inversa, por certo, seria a simples aplicação de um entendimento já sufragado pelos tribunais para solução de uma questão de direito, decorrente de exegese legal.

Entretanto, é necessário repetir que o inadimplemento da prestação alimentícia deve ser encarado como fato, cujos motivos para sua ocorrência, e também para morosidade da sua cobrança, deverão ser perscrutados adequadamente pelo juiz para uma justa dicção do direito, até porque o juiz nada mais é do que a face humana da justiça, Ele não pode perder o norte da segurança jurídica e deve buscar a sempre difícil conciliação da efetividade dos princípios constitucionais em prudente combinação com o da legalidade.

Com efeito, a norma constitucional (art. 5º, LXVII) revela a excepcionalidade da medida de prisão como meio coercitivo indireto para o cumprimento de obrigação civil. Compreende-se o dispositivo não apenas por seu reflexo imediato quanto à vedação de tal expediente vexatório pela simples inadimplência contratual, mas igualmente porque finca princípio comum à exigência de créditos: acima da pretensão à percepção da prestação inadimplida está a dignidade da pessoa humana.

Confirma-se, portanto, a distinção, comum entre os civilistas, quanto às duas faces da relação obrigacional: uma, de caráter essencialmente pessoal,

vinculada ao pressuposto ético de atendimento às obrigações; outra, criadora de liame do credor com o complexo de bens do sujeito passivo. Destarte, é pensamento solidificado que o incumprimento obrigacional traz reflexos essencialmente patrimoniais, preservando-se a integridade física e a liberdade individual. Reafirma-se, portanto, a ruptura com o longo sistema jurídico, que, na falta de quitação das obrigações, fazia incidir a ação do credor sobre o próprio devedor, afastado de vez do ordenamento ocidental através da *Lex Poetelia Papiria*, 326 a.C. (Titus Livius, VIII, 28).

Sem que se pretenda retroceder a tais atrocidades ou compactuar com atos de ilógica violência, não se pode ignorar que o Direito atual não pode se despir de atos de império, nem o Poder Judiciário está legitimado a fazer valer suas decisões pelo recurso a ásperas medidas. Não se advoga, obviamente, a discricionária utilização de mecanismos de força, mas, à luz do próprio ordenamento jurídico e em consideração a específicos conflitos de interesses, faz-se necessário superar uma visão meramente privatística do fenómeno obrigacional.

Na seara alimentar, particularmente, é inconcebível firmar posicionamento independentemente do apego a seus peculiares princípios.

Desse modo, se o crédito alimentar assume *status* obrigacional, tal qual esse conceito logrou sucesso no âmbito jurídico (relação entre credor e devedor, de carácter transitório, envolvendo o dever de satisfação de uma prestação, com valor economicamente apreciável), não é menos correto afirmar que, em sua raiz, a obrigação tem espectro mais amplo. Não nasce da autonomia privada (ao menos como regra), mas sim das relações familiares, de cunho eminentemente institucional. Menos do que relação de débito e crédito, prevalece, como observa Álvaro Villaça Azevedo, a sua caracterização como *dever*. O surgimento, em razão

do não-pagamento, de situação que engloba caracteres de vínculo meramente obrigacional, não autoriza que se eclipse o verdadeiro substrato imanente à dívida alimentar:

Neste passo, justifica-se o tratamento diferenciado do inadimplemento da obrigação de alimentos, haja vista suas óbvias idiossincrasias.

Importante, nesta seqüência, expurgar os dogmas privatísticos pertinentes às medidas de coerção para fazer valer o débito reconhecido judicialmente. Não se pode equiparar tal situação, por exemplo, à simples ruptura de dívida negocialmente ajustada. Aqui, diferentemente, há interesse público manifesto. Demais, o ordenamento jurídico encaminha-se para o abandono de preconceitos apropriados à visão individualista dos pandectistas, formados na ideologia característica do século passado. Agora, avulta o caráter publicístico do fenômeno processual, buscando-se incessantemente a satisfação do credor com base no especificamente previsto na obrigação. Assim testemunham, por exemplo, a nova redação do art. 461 do Código de Processo Civil, que desenganadamente busca superar a substituição da obrigação de fazer infungível por perdas e danos, ou os dispositivos congêneres do Código de Defesa dos Direitos do Consumidor (art. 84). Ora, se assim ocorre na área genuinamente privada, muito mais há de ser feito no campo limítrofe entre o público e o individual, como é o Direito de Família. (AZEVEDO, 1993, p. 115)

Por conseguinte, não se pode vislumbrar a medida de prisão civil, que há de suceder a irrestrita obediência ao devido processo legal (mormente com seu inseparável consectário do direito à defesa) e pressupõe a falta de prova da momentânea impossibilidade econômica do devedor, como uma aberração do sistema legal. Diversamente, é forma de adequação entre o interesse individual e o social; invoca patente conflito de interesses (busca da satisfação das obrigações independentemente de atos de violência e necessidade premente do alimentando) que há de ser resolvido em favor do alimentado.

Esses pressupostos são de índole estritamente objetiva. Não se pode condicionar a imposição da medida extrema à inocorrência de culpa, por parte do credor, no sentido de que sua injustificada inércia fez diversa a natureza do crédito. O conceito de culpa – como sinônimo de desleixo, negligência – é estranho à

caracterização da verba alimentar. Aliás, se culpa há de investigar, necessariamente há de ser por parte do devedor, e não o inverso, até porque a obrigação alimentar, para muito além da simples relação creditícia de débito e crédito, envolve, por mais importante e relevante, a condição mínima necessária de manutenção da própria vida e subsistência do alimentado. Assim, representa também uma obrigação moral, com as características ensinadas por Georges Ripert:

[...] quando se afirma assim a plenitude da ordem jurídica positiva é preciso evitar pensar que esta ordem seja capaz de se bastar a si própria e que as leis possam encontrar o seu fundamento na autoridade pública e o seu fim no reino da paz social. É uma visão superficial das coisas acreditar na plenitude da ordem jurídica positiva quando ela não tem para dar outras provas do seu valor se não sua própria existência. Se o direito não é mais a coleção das regras de conduta, aparece como a obra arbitrária dos governantes ou o produto natural do estado social existente. Quem reflete sobre as relações do direito e da mora, vê-se de novo e com mais intensidade, depois da separação necessária, ante a seguinte interrogação: pode o direito, cortado pela sua raiz, viver pela única força de sua técnica, ou não poderá, pelo contrário, desenvolver-se senão por uma ascensão contínua da seiva moral? (2000, p. 29)

Exatamente respondendo a tal questionamento, buscar-se-ão força e efetividade na preservação da vida humana. Nesse caminhar, parece que a solução está apenas em vedar que o credor se utilize de forma desmedida da faculdade que lhe assiste. Logo, é tema afeto à teoria do *abuso de direito*, ou seja, a utilização de favor jurídico de modo malicioso e fora das suas medidas ordinárias. Assim, se o credor deixa, sem motivo justificado, de diligenciar a oportuna cobrança das prestações alimentares, propiciando o agigantamento do débito, parece injusto que venha, repentinamente, ameaçar o devedor com a perspectiva de prisão. Nessa hipótese, por certo, o caráter emergencial da verba alimentar é turvado. Justifica-se, até do ponto de vista teórico, a cisão da execução, mas em razão de situação fática muito especial, na qual haja manifesta inconsideração do credor para com o alimentante. Vulnerado estaria o primado de boa-fé objetiva, igualmente

potencializado no Direito Processual Civil (art. 17, II, do CPC) e elevado à categoria de sustentáculo lógico e ético no novo Código Civil.

A boa-fé objetiva é considerada um *standard* jurídico, como já afirmava Antonio Junqueira de Azevedo (2000, p. 11), um parâmetro de comportamento, em que as atitudes das pessoas serão valoradas de acordo com os padrões de lealdade, probidade e honestidade.

Mesmo na vigência do Código Civil de 1916, já professava Régis Fichtner Pereira:

Diante de duas interpretações possíveis para uma mesma estipulação contratual, deve o intérprete privilegiar, como determina o artigo 85 do Código Civil, aquela que estiver mais de acordo com a verdadeira intenção das partes. A interpretação que deve prevalecer, no entanto, é aquela que *exprima a intenção das partes, que esteja de acordo com a exigência de atuação segundo a boa-fé.* (2001, p. 80. Sem destaque no original.)

Dessa forma, a boa-fé foi elevada à função interpretativa no novo Código Civil, tanto no artigo 113, que dispõe que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração”, como no artigo 422, que prevê que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. É voz uníssona na doutrina que, alçada à condição de princípio, a boa-fé perpassa e produz efeito em todas as relações jurídicas, e não apenas nos contratos. Além disso, prevê o artigo 186 que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Sob o prisma do Código Civil, há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (art. 112); função de controle dos limites do

exercício de um direito (art. 186) e função de integração do negócio jurídico (art. 422).

Obviamente, não se está tratando de hipótese em que o credor procurou, desde logo, a Justiça para receber o que lhe é devido e não o tenha conseguido, ainda que passado muito tempo. Ora, se o débito é novo, não se paga porque não se paga; se é antigo, não pode ser cobrado com os instrumentos legais? Se o credor não foi desidioso, mas, ao contrário, incessantemente busca fazer valer seus direitos exigindo que seja cumprida a obrigação de lhe pagar as prestações alimentícias inadimplidas, não há justificativa para lhe confiscar o direito de executar seu crédito sob o argumento de que “tenha envelhecido”, o que, se ocorreu, se deve mais à notória morosidade das infernais burocracias judiciárias do que a omissão do credor. Onde estariam a boa-fé e a ética da situação?

Registre-se, contudo, que tanto as causas que ensejaram o retardamento da execução como a justificativa para o inadimplemento poderão ser avaliadas pelo procedimento executivo previsto pelo artigo 733 do CPC. Não parece viável compelir o credor desde logo ao aforamento de outra modalidade de execução, apenas e tão-somente pelo fato do seu crédito corresponder a quatro ou mais meses de atraso, e não a três meses, por parte do devedor, cumprindo-se assim o *devido processo legal*.

Após essas breves considerações sobre a gênese e a natureza do crédito alimentar e da boa-fé, faz-se imprescindível a análise dos fundamentos jurídicos que deram ensejo ao entendimento jurisprudencial apontado.

Com efeito, a aludida orientação possui sua base de sustentação em três argumentos fulcrais: I - a urgência da prestação alimentícia somente se justifica para o débito presente, imprescindível à manutenção do alimentando, sendo

presumível a desnecessidade de cobrança célere das parcelas mais remotas; II - as prestações acumuladas perdem a sua natureza de verba alimentar, transmudando-se em valor indenizatório; III - a excepcionalidade da prisão civil.

Com supedâneo nessas três premissas, os tribunais têm proclamado, sistematicamente, que a execução do débito alimentar superior a três meses deve, preferencialmente, ser cindida, aplicando-se o artigo 733 do CPC, com conseqüente possibilidade de prisão do devedor, para o último trimestre inadimplido. A persecução das demais deve ocorrer pela execução por quantia certa contra devedor solvente (art. 732 c/c art. 652 do CPC), cuja eficácia, como se sabe, está umbilicalmente relacionada com a realização de constrição sobre o patrimônio, eventualmente existente, do alimentante faltoso.

Em que pese a jurisprudência de o Tribunal de Justiça de Santa Catarina ter reconhecido a possibilidade de concomitância, em um único processo, das duas formas de execução,<sup>73</sup> com a expedição de dois mandados, um para as últimas três parcelas devidas (art. 733 do CPC), com justificação, no tríduo legal, nos autos principais, e outro (art. 732 do CPC) para pagamento em 24 horas ou indicação de bens à penhora, com possibilidade de oposição de embargos em autos apartados e apensados, não parece que essa orientação esteja afinada com a melhor exegese da lei instrumental, bem como da legislação especial que regula a matéria e, ainda, com a Carta Política vigente.

É certa a impossibilidade de segregação pessoal decorrente de dívidas de valor, mas as normas legais devem visar aos fins sociais e às exigências do bem comum, nos termos do que preceitua o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Além disso, o Pacto de São José da Costa Rica, também denominado de

---

<sup>73</sup> Agrav. Instrum. 9.729, rel. Des. Éder Graf, DJSC 9.287, 31/7/95.

Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992, e sancionado pelo Decreto Presidencial 678, de 6 de novembro do mesmo ano, também dispõe no número 7 de seu artigo 7º: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

Nessa linha, para a correta abordagem do tema, afigura-se imperioso consignar, inicialmente, quais são as formas de execução da prestação de alimentos, que podem ser assim ordenadas: a) desconto em folha de pagamento, com previsão observada tanto na Lei de Alimentos (art. 16) como no CPC (art. 734), com eficácia para os casos de alimentantes empregados, militares, funcionários públicos etc.; b) desconto de aluguéis ou quaisquer outras formas de rendimentos do devedor (art. 17 da Lei 5.478/68), opção viável quando devedor for profissional liberal, empresário ou vinculado ao mercado informal; c) na impossibilidade de satisfação do crédito pelas duas primeiras formas, poderá o alimentando optar pela execução na forma do artigo 733 do CPC, com prisão do devedor ou, finalmente, d) escolher a execução por quantia certa, com penhora de bens (art. 732 do CPC).

Não se exaurindo o débito por nenhuma das possibilidades iniciais, não se pode impedir a deflagração da ação executiva, com pedido de prisão, antes de esgotada a possibilidade da execução com penhora de bens.

Na verdade, ainda que a execução deva ser sempre a menos gravosa para o devedor, nesse caso, diante das peculiaridades do crédito exequendo, *não há qualquer hierarquia de uma forma sobre a outra*. Pelo contrário, ao credor compete escolher a forma executiva mais conveniente aos seus interesses e, por certo, mais eficaz à satisfação da obrigação inadimplida.

Essa discussão, contudo, parece estar superada tanto na doutrina como na jurisprudência, podendo o credor ajuizar diretamente a ação de execução com base no artigo 733 do CPC, muito embora, neste caso, como já se disse, sua pretensão alcançará somente o último trimestre devido, orientação que não guarda nexos com a necessária prevalência dos direitos fundamentais.

O crédito alimentar é prioritário, devendo ser executado com presteza. Não se justifica, nesse diapasão, que o devedor seja o maior beneficiado com o entendimento jurisprudencial vigente, forçando o credor a percorrer um longo, tormentoso e sacrificante caminho para receber seu crédito de forma integral.

Suponha-se que o alimentante esteja em débito com a prestação alimentícia por um período de seis meses. Nesse caso, ingressando o credor com a execução, o réu será citado para pagar, comprovar o pagamento ou justificar os motivos da inadimplência das últimas três parcelas, sob pena de prisão. Da mesma forma, será citado para, em 24 horas, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao último trimestre, sob pena de penhora.

Pois bem, a partir daí se iniciam os problemas. Em virtude do invencível acúmulo de serviço atualmente existente no Judiciário, máxime nas questões familiares, quando o devedor for citado, diga-se, na forma do artigo 733 do CPC, ou seja, apenas para as últimas três parcelas, provavelmente tenha transcorrido mais de um mês. Após, apresentada a justificação, impõe-se a manifestação da parte credora e do Ministério Público, voltando os autos ao juiz para respectiva decisão interlocutória. Por certo, com muito boa vontade, nesse instante, a segunda parcela, após o ajuizamento do feito, já tenha vencido. Teremos, então, três parcelas devidas, anteriores ao ajuizamento, acrescidas de mais duas vencidas depois da deflagração do feito, totalizando cinco prestações.

Rechaçada a justificativa apresentada e decretada a prisão, o devedor, mediante o pagamento das últimas três parcelas e com a comprovação do pagamento em sede de *habeas corpus*, será colocado em liberdade, tudo em homenagem ao princípio de que somente as últimas três prestações ostentam natureza alimentar e, por isso, reclamam a necessária urgência.

Prosseguindo no exemplo citado, quando o feito foi iniciado, já não se permitiu a cobrança de todo o semestre devido por meio do artigo 733 do CPC, cindindo-se a execução. Posteriormente, por morosidade da própria máquina judiciária ou por estratégias da defesa, mesmo vencendo-se outras parcelas no curso da ação, com manifesto desprezo aos ditames do artigo 290 do CPC, libera-se o devedor que simplesmente pagar as últimas três parcelas.

O que acontecerá com as outras duas prestações que se venceram após o trimestre inicialmente aceito para execução na forma do artigo 733 do CPC? Deverão elas integrar, juntamente com aquelas outras três parcelas anteriores que complementavam o semestre devido, a execução na forma do artigo 732 do CPC? Haverá de ser alterado o pedido para incluir a execução de parcela alimentar que integrou outro processo de execução?

Em resumo: o crédito, no momento da decretação da prisão, já não seria de seis meses, mas de oito meses. O devedor pagou três e obrigou o credor a cobrar as outras cinco mediante a execução com penhora de bens, o que importará nos seguintes passos: a) localização do patrimônio passível de constrição; b) efetuada a penhora, deverá aguardar o decêndio legal para oferecimento de embargos; c) oferecidos os embargos, deverá ser realizada a respectiva instrução, geralmente com designação de audiência em pautas assoberbadas; d) julgados os embargos, segue-se com a avaliação; e) finalmente, depois desse rosário de

formalidades, e após os incontáveis recursos que a lei admite, restará designada hasta pública.

Sucedem que, no curso do procedimento para executar aquelas cinco parcelas, outras já se venceram. O devedor, sabendo que não será mantido preso pela totalidade do débito, somente pagará a dívida, vencida após aquele primeiro pagamento, se o credor ingressar com nova execução exigindo os últimos três meses.

Significa dizer, em outras palavras, que o entendimento jurisprudencial vigente, além de compelir o credor a ingressar com uma forma de execução que não resultará qualquer proveito (art. 732 do CPC), pois se sabe que a penhora em casos desse jaez é quase impossível, obrigará o alimentante a ingressar em juízo a cada trimestre com uma nova execução, abarrotando ainda mais o Judiciário.

Como se vê, a atual orientação pretoriana, que libera o devedor de alimentos dos rigores da lei mediante o pagamento das últimas três parcelas, favorece justamente a parte que deveria ser mais exigida, importando em flagrante prejuízo para o credor.

Não é demais repisar que, em sede de hermenêutica jurídica, se duas interpretações se mostram razoáveis, deve-se optar pela que melhor atenda aos fins sociais e ao bem comum (art. 5º da LICC). A lei, segundo o magistério de Carlos Maximiliano, “não pode ser entendida como uma abstração, uma ficção criada por juristas, sob pena de contrariar os mais comezinhos princípios de justiça e tornar-se desumana” (1984, p. 38).

Por outro lado, a interpretação jurisprudencial em exame, à luz dos dispositivos legais que regulam a matéria, também não se sustenta. Tanto Constituição revogada (art. 153, § 17) como a atual Carta Magna (art. 5º, LXVII) não

fixaram um limite temporal do débito alimentar para a decretação da medida coercitiva facultada. Assim, não é lícito ao intérprete distinguir onde a Lei Maior não distingue. Parece certo que o legislador constitucional elegeu o bem “vida” em desfavor do bem “liberdade humana”, como afirmou Eduardo Appio (2000, p. 77), notadamente quando mostra a latente contradição verificada no STJ entre haver ou não a possibilidade de prisão para o caso de pensões inadimplidas por mais de três meses, como ficou patente no julgamento que segue:

Salientamos que, recentemente, o STJ direcionou parcela de seu entendimento para o sentido de que cabe ao credor da pensão alimentícia a escolha da via processual para executar as prestações alimentícias vencidas, mesmo que pretéritas, isto é, as que perderam o seu caráter alimentar (Resp. 140.876-SP, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 1.12.1998), muito embora, em data de 18.02.99, a Terceira Turma em aresto tendo como relator o e. Ministro Nilson Naves tenha tomado o rumo inicial, asseverando que *havendo prestações alimentícias em atraso, a exigência do pagamento, sob pena de prisão, deve-se restringir às três últimas, remetendo-se as estantes à execução prevista no artigo 721 do CPC.*<sup>74</sup>

O ordenamento adjetivo civil, recentemente, passou por profundas alterações. Nada, porém, foi modificado na redação do artigo 733, § 1º, do CPC, que continua com o mesmo comando imperativo: “Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz *decretar-lhe-á a prisão*”.

Na verdade, a orientação jurisprudencial que rechaça a cobrança pela via do artigo 733 do CPC, de alimentos pretéritos e acumulados, parte do princípio que tal verba perdeu o seu caráter alimentar, passando a ostentar conteúdo de natureza indenizatória, o que não parece aceitável.

Como bem observa Araken de Assis,

Os alimentos pretéritos não deixam de constituir alimentos com o decurso do tempo. Erra a jurisprudência alinhada, passível de grande crítica, partindo da inflexível pressuposição de que o devedor, em atraso há muito tempo, jamais ostentará recursos para

---

<sup>74</sup> RHC 7.816-ES, rel. Min. Nilson Naves, j. 18/2/99. Sem destaque no original.

pagar a dívida de uma só vez. Exame prudente do meio executório inculcado no art. 733, principalmente dos efeitos da defesa do executado, indica que nenhuma das classes de alimentos, em princípio, se exclui do seu âmbito. (1994, p. 98)

Arnaldo Marmitt, por sua vez, ressalta que

as parcelas referentes a alimentos pretéritos traduzem substrato econômico concernente à manutenção e à subsistência. Improcede, por falho, o argumento generalizado de que, se o destinatário não os recebeu e assim mesmo sobreviveu, não se tratava de algo necessário e indispensável que dissesse de perto com sua sobrevivência. As parcelas vencidas e impagas durante período um tanto prolongado, e exigidas *a posteriori*, nem sempre deixam de exercer função alimentar, como quer grande parte da doutrina. As quantias referentes aos débitos atrasados, só pelo fato do atraso não perdem o caráter alimentar. Se assim fosse, ninguém mais estaria obrigado a pensionar ninguém. O atraso atribuível ao devedor não despe as parcelas da natureza da causa que emanam. O débito continua sendo alimentar. (1989, p. 10)

Finalmente, no mesmo sentido, a doutrina de Yussef Said Cahali:

Em realidade, embora aceitemos, por vezes, em razão das circunstâncias, que as prestações alimentícias pretéritas (especialmente quando se trata de diferenças posteriormente reclamadas), atingindo montantes expressivos, somente poderiam ser reclamadas por via do processo executivo do art. 732 do CPC (execução por quantia certa contra devedor solvente), estamos pessoalmente convencidos de que é mais acertado entender-se, como o STF, *que os débitos atrasados, valor de pensão alimentícia, não perderam, por força do inadimplemento de obrigação de prestar alimentos, o caráter da causa de que provieram*. Os efeitos, quaisquer que sejam, têm o mesmo caráter ou natureza da causa. No caso, a dívida continuou sendo de alimentos; não, de outro caráter ou natureza, deduzindo-se daí que, tendo tais débitos pretéritos, sempre, caráter alimentar, nenhuma ilegalidade há no decreto de prisão do alimentante, que é a medida constritiva, legalmente prevista, para que este cumpra sua obrigação de alimentar. (CAHALI, 1999, p. 1.049. Sem destaque no original.)

Como se vê, o débito decorrente de prestação alimentícia, ainda que acumulado por algum período, não perde a sua natureza. Por conseguinte, não se pode suprimir do credor a possibilidade de executá-lo por uma das formas previstas pela lei adjetiva codificada, ainda que coagindo o devedor com a possibilidade de prisão. Essa, aliás, é a única finalidade da segregação prevista no texto legal.

Mas, se não bastassem tais argumentos, existe um outro aspecto ainda mais relevante. Questiona Sérgio Gischkow Pereira: “Como tergiversar este absurdo contraste: em simples caso de depositário infiel se permite prisão até um ano (art. 902, § 1º, do CPC), mas se nega a prisão, por prazo muito inferior, em assunto de importância irretorquivelmente superior, e muito superior” (1982, p. 158). Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de prisão do depositário infiel, por decisão monocrática do Ministro Moreira Alves,<sup>75</sup> que,

---

<sup>75</sup> “Recurso Extraordinário 377386/RS. Decisão: 1. O acórdão recorrido julgou inadmissível a prisão civil para o devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia (fls. 50/53). Interpostos recursos especial e extraordinário, somente este foi admitido (fls. 78/80). 2. Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São Jose da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. Esse entendimento voltou a ser afirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. 3. Há ainda outro fundamento de ordem constitucional – acolhido pela Primeira Turma, no julgamento do HC 79.870 – para afastar a pretendida derrogação do Decreto-Lei 911/69 pela interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São Jose da Costa Rica (‘Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competentes expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’). Como se vê do teor desse dispositivo, que ingressou em nosso ordenamento jurídico como norma infraconstitucional, se entender que ele, por haver apenas excepcionado da vedação da prisão civil o inadimplemento da obrigação alimentar, revogou, tacitamente, a legislação infraconstitucional interna relativa à prisão civil do depositário infiel em caso de depósito convencional ou legal (este com referência, inclusive, aos penhores sem desapossamento e à alienação fiduciária em garantia), essa interpretação advirá do entendimento, que é inconstitucional, de que a legislação infraconstitucional pode afastar exceções impostas diretamente pela Constituição, independentemente de lei que permita impô-las quando ocorrer inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade de depositário. Por isso mesmo, o inciso LXVII do artigo 5º da Carta Magna é categórico ao dizer que não haverá prisão civil, salvo (o que significa dizer que haverá) a (o que significa prisão) do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a (o que significa prisão) do depositário infiel. Não diz esse dispositivo que não haverá prisão civil, podendo a legislação permitir que nesses dois casos, ou apenas em um deles, haja essa modalidade de prisão. Diz, sim, que, nesses casos – que independem de regulamentação infraconstitucional (a Carta Magna estabeleceu até as hipóteses em que o inadimplemento da obrigação alimentar se enquadra nessa exceção) –, haverá prisão civil, sendo que esta, sim, e que, para dar-se efetividade a esse texto constitucional na sua parte positiva (que é a das duas exceções a negativa), se não estivesse regulamentada – e o está –, teria de sê-lo. Essa mesma fundamentação serve para afastar, por ofensiva ao texto do artigo 5º, LXVII, da Constituição, o disposto no artigo 11 (‘ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual’) do Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Cívicos adotado pela Assembleia Geral da ONU. 4. É de observar-se, por fim, que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. 5. Em face do exposto, e com base no art. 557, 1.-A, do CPC, conheço do presente recurso e lhe dou provimento. Brasília, 01 de abril de 2003. Ministro MOREIRA ALVES Relator.”

referindo-se a posicionamento majoritário da Corte, entendeu possível a prisão por dívida.

É certo que a prisão deve ser sempre medida excepcional. Todavia, essa excepcionalidade não pode ter o condão de inviabilizar um dos instrumentos mais poderosos de coerção aplicado em desfavor de pais irresponsáveis, devedores remissos em cumprir com um dever fundamental, cuja infringência importa até mesmo em ilícito penal (art. 244 do Código Penal).

A experiência tem demonstrado que a ameaça de prisão, na maioria dos casos, é suficiente para que o pagamento seja efetuado ou, ao menos, possibilita a solução do litígio mediante transação para adimplemento do valor devido em breves parcelas.

Sabe-se, e isso é uma realidade para toda a magistratura, sem qualquer exceção, que o devedor, mesmo aquele mais recalcitrante, quando segregado, imediatamente providencia o pagamento. Se não quita o débito, pelo menos grande parte da dívida geralmente é resgatada, competindo ao juiz, então, analisar a viabilidade da concessão de um pequeno parcelamento, que não desnatura o débito para dívida de valor, podendo a prisão ser revigorada caso não cumprido o ajuste.

Diante dessas considerações, a fixação de um período certo para arrimar o decreto prisional, ou seja, três parcelas de pensão em atraso, parece de duvidosa juridicidade e, além de não possuir amparo legal, causa enorme prejuízo para quem mais necessita da proteção jurisdicional, ou seja, o alimentando.

Indaga-se novamente: e se forem quatro, cinco ou sete meses de atraso, será necessário cindir a execução? De acordo com o entendimento multicitado, sim. Todavia, a matéria deverá ser examinada por ocasião da

justificação prevista pelo artigo 733 do CPC, ocasião em que o devedor poderá apresentar ao juiz todos os motivos que implicaram o seu inadimplemento.

O credor, porém, compelido a cobrar seu crédito alimentar pela execução por quantia certa contra devedor solvente, sofre, desenganadamente, prejuízos infinitamente maiores, cuja seqüência de atos, desde a realização da constrição até a hasta pública, já foi referida.

Ora, se o devedor, mesmo executado na forma prevista pelo artigo 733 do CPC, poderá alegar toda e qualquer matéria de defesa para justificar seu inadimplemento, mesmo com requerimento para produção de provas em audiência, não há fundamento compreensível para obrigar o credor, justamente o mais necessitado, a perseguir seu crédito por outra forma de execução, repita-se, cujos prejuízos em seu desfavor serão muito maiores do que para o devedor, que apenas será beneficiado com a burocracia do procedimento.

Sopesando, pois, a peça de justificação e respectiva réplica do alimentante, poderá o juiz extrair a exata medida da situação vivenciada pelas partes. Examinará o magistrado, nessa oportunidade, não só os motivos da inadimplência (insolvência do réu, doença, desemprego, nascimento de outros filhos etc.), mas também as causas que importaram na demora para o ingresso do pedido, entre elas a falta de localização do alimentante, o desconhecimento do seu local de trabalho, o temor reverencial, ameaças, promessas de adimplemento, falta de advogado que se disponha a patrocinar a causa, muitas vezes de baixíssimo valor, enfim, uma infinidade de fatos ou motivos.

Somente depois dessa percuciente análise, será possível cogitar a urgência ou não do pedido, se a prisão coercitiva se mostra necessária ou não, pois é inocultável que os alimentandos, mesmo que o débito seja superior a três meses,

de alguma forma, ainda que miseravelmente, sobreviveram e continuarão sobrevivendo. Isso, contudo, não é argumento para favorecer o devedor, que deveria, antes de tudo, observar a regularidade do seu compromisso.

Não se pode, pois, decidir todo e qualquer processo de execução de alimentos com base na jurisprudência multicitada, o que representa casuísmo reprovável. O que se apregoa é o exame particularizado de cada situação posta em juízo. A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 96.008733-8, da Comarca de Içara, tendo como relator o eminente então Desembargador Paulo Galloti, expôs: “nem sempre o pagamento das três últimas prestações do débito alimentar livra o devedor da pena de prisão prevista pelo art. 733 do CPC, tornando-se necessário, no exame de cada situação concreta, verificar as razões da inadimplência”. Devem-se verificar não só as razões da inadimplência do devedor, mas também as causas que importaram no retardamento da respectiva cobrança.

Para ilustrar a exposição até aqui expendida, lembre-se apenas uma das várias hipóteses diuturnamente enfrentadas nas Varas de Família: suponha-se que o credor ingressou com uma execução para cobrança de 11 meses de prestações em atraso, consignando na inicial que a ação não restou aforada anteriormente em razão do desconhecimento do paradeiro do réu. A citação, de fato, ocorre por precatória, diga-se, em local distante do domicílio do alimentando.

O devedor não alega ter o credor conhecimento de seu novo endereço e se alegasse poderia comprovar a ciência através, por exemplo, de cartas recebidas do alimentando ou que este o tenha visitado na residência atual, fato demonstrável por prova testemunhal.

Pergunta-se: se o autor desconhecia o endereço do réu, qual seria a utilidade do aforamento da ação dentro do primeiro trimestre de inadimplência? Certamente nenhuma, servindo apenas para inchar o mapa estatístico dos juízes, obrigando os serventuários a cumprir medidas inúteis para, depois, receber um despacho determinando o arquivamento administrativo do feito.

Em abreviada síntese: considerando a relevância do crédito por alimentos e a necessidade de uma execução mais célere, sustentada pelo artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, mostra-se inviável o tarifamento de um período certo de inadimplência (três parcelas) como espécie de condição de admissibilidade da execução na forma do artigo 733 do CPC. Ao credor deve ser facultada qual a forma de execução que melhor atenda aos seus interesses, competindo ao juiz, uma vez escolhida a execução com pedido de prisão, dar a correta dicção do direito após perلustrar com profundidade a justificação apresentada e os demais elementos de convicção carreados aos autos. Cindir a execução previamente, obrigando o credor a ingressar com uma modalidade executiva cujo resultado antecipadamente já se conhece, serve apenas para tumultuar a persecução do crédito, beneficiar o devedor, fomentar o inadimplemento e forçar o ingresso de execuções idênticas a cada trimestre, abarrotando ainda mais um Judiciário que já tangencia, diante do volume de trabalho, os limites da ineficiência.

Cada vez que se é complacente com o devedor de alimentos, comete-se profunda injustiça com o credor da prestação mais preciosa que existe no mundo. Como alguém pode ficar vários meses seguidos sem receber o valor necessário à própria subsistência? A fome é má conselheira, diz velho ditado.

Cada vez que se evita decretar a prisão do devedor que pode pagar e não paga, dá-se ao filho dessa pessoa a triste lição de que vale a pena ser

desonesto, esperto e descumpridor de suas obrigações, pois sofre mais quem não recebe do que quem não paga.

Cada prisão negada hoje ao devedor de alimentos é um estímulo à paternidade irresponsável, a que os filhos passem necessidades, que deixem de estudar, que não se qualifiquem profissionalmente, que continuem miseráveis, que não tenham perspectivas, que não tenham o direito de sonhar, que busquem ilusão nas drogas, que procurem dinheiro no tráfico, que sejam atraídos pela marginalidade, que venham a praticar crimes que os façam conhecer a prisão – a mesma prisão que o pai inadimplente e irresponsável talvez jamais tenha conhecido – e, quem sabe, que ajam com seus próprios filhos exatamente da mesma forma.

Evitar essa situação de injustiça é incumbência do Poder Judiciário. Os magistrados não são culpados por todas as mazelas do mundo, mas não podem se omitir nessa questão. O Poder Judiciário é a última esperança de muita gente, em especial dos desvalidos e miseráveis. Enquanto a lei não muda, há que se proceder de forma a tutelar de forma eficiente e célere o bem maior da vida, garantido e possibilitado pelos alimentos prestados pelos pais. Essa vida é aclamada por Hannah Arendt como *valor a ser preservado*; portanto, são necessárias a iniciativa e a atividade de todos.

Por conseguinte, é chegado o momento de, assumindo responsabilidades e posicionamentos, relegar o período de simples contemplação e firmar, de forma concreta, a prevalência do valor “vida” sobre todos os demais, até mesmo a liberdade, como afirmou Hannah Arendt:

o único fato de que podemos estar seguros é que a coincidência da inversão de posições entre a ação e a contemplação com a inversão precedente entre a vida e o mundo veio a ser o ponto de partida para todo o desenvolvimento moderno. Foi só quando perdeu o seu ponto de referência na “vita contemplativa” que a “vita activa” pôde tornar-se vida ativa no sentido mais amplo do termo; e foi somente porque esta vida ativa se manteve ligada à vida como único ponto

de referência que a vida em si, o laborioso metabolismo do homem com a natureza, pôde tornar-se ativa e exibir toda sua fertilidade. (2004 a, p. 333)

Posta dessa forma, com toda a essencialidade e vitalidade do próprio conceito, a vida das pessoas, mesmo a de filhos e pais, há de ser o bem maior a ser preservado, com os seus necessários conseqüências e instrumentos voltados à tutela da dignidade.

Problema de fundamental importância e que dependerá de extremo bom senso para ser encontrada a melhor solução é o relativo à guarda dos filhos por ocasião da separação ou divórcio ou mesmo perda do poder familiar pelos pais. Mais uma vez se agiganta a importância do afeto e do cuidado para que possa ser garantido o melhor interesse da criança.

## 6.9 A GUARDA DE FILHOS E A RELEVÂNCIA DO AFETO E DO COMPROMISSO

*Buscando-se a essencialidade da paternidade na construção afetiva, no desejo essencial de amar e ser amado, não é novidade afirmar-se que, biológicos ou não, todos os filhos hão de ser adotados pelos pais. Sem o estabelecimento essencial da afetividade na relação de pais e filhos, vive-se apenas o papel social dessa relação, pouco importando, muitas vezes, em prejuízo dos filhos, que a construção e o aprendizado amoroso a eles seja negado, tornando-se, eles também, muitas vezes, incapazes de amar.*

Lúcia Maria de Paula Freitas

Abordar-se-á, ainda que de forma superficial, a possibilidade de deferimento da guarda de crianças e adolescentes aos avós, ressaltando-se, de imediato, que essa guarda será atribuída àquele que tiver melhores possibilidades de lhes propiciar adequadas condições de formação da personalidade e garantia da dignidade.

A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus sustentáculos o objetivo de assegurar a todos o exercício dos direitos sociais e individuais, entre os quais, o bem-estar, o desenvolvimento, a segurança e outros voltados ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

A busca incessante do pleno exercício da cidadania e da dignidade humana jamais poderá ser afastada ou dificultada, pois são valores personalíssimos e primordiais da nação. Esses paradigmas deverão, sempre e sempre, ser observados por uma sociedade que se quer justa, livre e solidária, e o julgador não tem o direito de se afastar de tais delimitadores e norteadores, ao dizer o direito nos casos concretos que lhe são subordinados.

A hipótese que mais se caracteriza é a dos avós, que, desde o nascimento do neto ou logo após, passam a exercer a guarda de fato da criança que é com eles deixada pelos pais – na maioria das vezes, são jovens, sem definição profissional, que não planejaram o nascimento da criança, fruto, às vezes, de um relacionamento passageiro. Legalmente deferida, será transferida para os avós, a título precário, o atributo constante do artigo 1.634-I do Código Civil, no sentido de lhes dirigir a criação e educação. Em contrapartida, caberá à criança ou ao adolescente obedecer aos avós e respeitá-los, além de prestar os serviços próprios de sua idade e condição (art. 1.634, VII do Código Civil). Caberá ainda aos guardiões a obrigação legal de prestar alimentos ao menor, opor-se a terceiros, mesmo aos pais, posto que, como preceituam os incisos II e VI do mesmo dispositivo anteriormente mencionado, terão direito de ter o menor em sua companhia e reclamá-lo de quem ilegalmente o detenha.

Como dito antes, comumente se caracteriza uma situação em que o pai é desconhecido, e a mãe da criança não dispõe de meios para prover as

necessidades dos filhos, além de, não raro, viver todos às expensas dos avós. É dever do Estado prestar assistência aos desassistidos, mas, em casos assim, esse dever está sendo substituído pelos avós, para felicidade da criança, que não estará, assim, a depender de apoio e assistência social estatal inexistentes ou profundamente precários, num país que ainda não se deu conta de que sua maior riqueza é seu povo. Aliás, ainda que esquecida e relegada a segundo plano, a seguridade social é um dos princípios fundamentais de nosso Estado de direito (art. 194/204, CRFB).

Comentando o artigo 33, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Yussef Said Cahali afirma que o dispositivo cuida de duas situações distintas: “Na primeira parte prevê a concessão da guarda fora dos casos de tutela e adoção para atender a situações peculiares, como nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com a concordância dos pais” (2000, p. 133).

Outra vantagem se escancara com o deferimento da guarda aos avós, qual seja, a de que a criança permanecerá no seio de sua família, sem suspender ou extinguir o pátrio poder. Isso é um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, garantidos pelos artigos 19 e seguintes da Lei 8.069. Não se vê, em nenhum texto legal, a exigência de os pais biológicos e a criança viverem em lares isolados e separados, para que se possibilite o deferimento da guarda a outrem.

Em estando a situação de fato marcada pelos avós deterem, efetivamente, a guarda do neto, está mais do que demonstrado que possuem legitimidade para pleitear a regularização de tal circunstância, não podendo o Poder Judiciário ignorar a realidade social e apegar-se a formalismos injustificados, em prejuízo dos legítimos interesses do menor. O juiz, em sua relevante missão de dar aplicabilidade à norma legal, segundo o caso concreto, deve dar à lei interpretação

que melhor se coadune com o texto constitucional e com os interesses maiores da sociedade, enquadrando-se a hipótese em comentário à guarda excepcional prevista no artigo 33, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A norma legal há que ser aplicada ao caso concreto de forma legítima, ou seja, buscando concretizar seu real e verdadeiro significado de “fazer justiça” e, mediante esse pressuposto lógico e ético:

Todas as vezes que o direito passa para a instância judicial, a figura do juiz assume preponderante significação, com base no pressuposto de que o Direito efetivamente vigente é aquele que atua em função das crenças sociais, pois é na existência profunda da sociedade onde o legislador, o juiz e o jurista encontram a justificação e base das normas jurídicas vigentes.

[...]

As prerrogativas judicantes do juiz em matéria de guarda de filhos se assentam em critérios particulares, que não o subordinam aos limites estreitos e rígidos da lei, dando-lhe amplos poderes, não apenas na investigação dos fatos, como também na decisão, sem que se possa falar em julgamento “extra” ou “ultra petita”.

[...]

Principalmente ocorre a hipótese, se se tratar da faculdade de regulamentar a guarda, circunstância que submete o juiz somente à verificação do interesse do menor e, a partir desse pressuposto, fará aquilo que seu convencimento melhor ditar. (STRENGER, 1991, p. 52-53)

Dessa forma, eventualmente superada, por impossibilidade, a opção de o filho permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, há de se possibilitar, e mesmo estimular por todas as formas, que se mantenham sob os cuidados e recebam os afetos que caracterizaram as relações entre avós e netos.

Sob esse aspecto também se agiganta a relevância da atividade jurisdicional que há de se amoldar, não só à lei e à sua consciência, mas, principalmente, a tornar concretos os anseios da população, que, em última análise, é o que lhe confere legitimidade.

Também aqui se faz presente a antiga controvérsia entre a vontade de estabilidade e a necessidade de dinâmica, estando o Direito Civil sempre ao lado da

primeira, notabilizando-se pela reivindicação de imutabilidade e clausura para o restante, não só dos campos do Direito como para outros saberes, independência que se mostrou insuficiente diante da notória ausência de imutabilidade das coisas e das pessoas.

A força preceptiva da Constituição se fez sentir também no Direito Privado e, ainda mais fortemente, no Direito Civil, o que ocasionou o surgimento de um movimento então denominado de Constitucionalização do Direito Civil, que deslocou do epicentro do sistema a propriedade para nele inserir a tutela da pessoa, considerada, em toda sua diversidade e complexidade, fenômeno denominado de “personalização”.

Dessa forma, a personalização e a constitucionalização do Direito Civil são os paradigmas que passaram a orientar a relação privada entre as pessoas, o que se faz nítido com a inclusão no novo Código Civil de um capítulo disciplinando os direitos da personalidade.

Essa confluência do direito público com o privado ainda está sendo construída e, como tudo que é novo, com doses de riscos, desafios e obstáculos.

Observa Cláudio Ari Mello:

Trata-se de explorar o potencial do direito para assegurar condições sociais, culturais e políticas em que a pessoa possa exercer a mais humana das suas faculdades, a busca da felicidade através do livre desenvolvimento da sua personalidade. O Direito Civil liberal ergueu-se como o estatuto jurídico de um modelo exclusivo e excludente de homem, o proprietário burguês. A felicidade desse homem estava em um negócio seguro e em bens protegidos. O homem do direito privado contemporâneo é uma multiplicidade de modelos e de alternativas de vida que, como registrou Hesse, busca sua plena realização no espaço reservado da sua privacidade tanto quanto na comunicação e no intercâmbio de idéias, ideais e experiências da vida comunitária, e que expõe e tem exposta permanentemente a sua subjetividade na objetividade das relações sociais. Mas a subjetividade do homem é frágil, e é essa fragilidade que reclama a ação do direito. (MELLO, 2003, p. 98)

Essa pessoa, fortemente influenciada pelas características de seu mundo e de seu tempo, já não mais pode ser considerada como “homem médio”, como o foi por muito tempo, reclamando atenção às suas peculiaridades e subjetividades. Nessa nova configuração e roupagem, críticas e questionamentos vêm surgindo sobre a oportunidade do direito codificado, levantando-se vozes como de Luiz Edson Fachin, em parecer solicitado pelo deputado federal Gustavo Fruet, Gustavo Tepedino (2001 a, 2001 b) e Antonio Junqueira de Azevedo (2000, p. 11). Os autores sustentam que estamos numa época em que não há mais espaço para as grandes codificações. Para eles, hoje seria a época para a *descodificação*, reportando suas críticas, em grande parte, ao estudo que o italiano Natalino Irti (1979) escreveu sobre essa tendência do direito moderno.

Apenas para ilustrar e exemplificar, veja-se a manifestação de Gustavo Tepedino:

Do ponto de vista político, a redação do projeto precede a consolidação de processo histórico identificado, nos anos 70, justamente como a era da descodificação. Vale dizer uma codificação não surge por acaso. Expressa momento de unificação política e ideológica de um povo, fazendo prevalecer o conjunto de regras que a sintetiza. Assim, foi no século XIX, após a Revolução Francesa, assim se deu na Europa do pós-guerra, com a derrubada dos governos totalitários. Tais circunstâncias históricas não mais existem: deram lugar a cenário inteiramente diverso, pluralista e multifacetado, onde os grupos políticos emergentes manifestaram-se através de robusto conjunto de leis especiais que regula de maneira setorial a atividade privada e parece insuscetível de unificação no plano de leis ordinárias. Basta pensar no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Locações Prediais Urbanas, todos posteriores ao projeto. Tais estatutos não se limitam a tratar de forma específica situações excepcionais ou especiais, como ocorrera no passado. Regulam setores inteiros da vida civil, vinculando, inclusive, normas interpretativas, de direito administrativo, penais e processuais. (2001 a, p. 439)

Em sentido contrário, Renan Lotufo (2003, p. 11), após demonstrar que a maioria dos países no mundo ainda utiliza o sistema codificado e que muitas

pessoas criticaram o projeto (transformado em Código) sem sequer conhecê-lo,<sup>76</sup> concluiu citando Miguel Reale:

A existência dos chamados microsistemas não impõe a supressão do Código, mas sim sua compatibilização e harmonização, aliás, com regras advindas de seu próprio corpo enquanto projeto. O Código civil é indispensável para a vida cotidiana do cidadão, já que regra os conceitos primordiais de qualquer relação jurídica, daí sua denominação. É o direito básico da civilização. (REALE, 1999 b, p. 3)

Esse é o tema a ser abordado no próximo capítulo, sem descurar da necessária prevalência dos direitos fundamentais (entre eles, o de identidade e personalidade) sobre os demais, mesmo a coisa julgada, de forma a reconhecer e juridicizar o afeto que caracteriza a relação pai-filho como elemento primordial ao pleno desenvolvimento da personalidade e, por consequência, da dignidade.

---

<sup>76</sup> Obviamente, Lotufo não se refere aos mestres mencionados nos parágrafos anteriores, já que estudaram e analisaram profundamente o projeto e, uma vez transformado em lei, passaram a defendê-lo e buscar aplicá-lo de forma harmônica com o sistema jurídico constitucional.

## 7 PODER JUDICIÁRIO E A LEGITIMIDADE DE SUAS DECISÕES

### 7.1 DIGNIDADE, CONSTITUCIONALIDADE E CODIFICAÇÕES

*A utopia está no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte se distancia dez passos mais além. Para que serve a utopia? Serve para isso: para caminhar.*

Eduardo Galeano

Para Hannah Arendt, “a igualdade não é um dado, mas um construído” (1979, p. 123), de forma que a todos cabe enfatizar a busca da aplicação e da concretização dos direitos humanos, notadamente quando alçados ao *status* constitucional que, num regime democrático de direito, impõe, possibilita e conta com a participação ativa e efetiva de todos. É absolutamente atual a lição de Rousseau, quando perquire, no prefácio do “Discurso sobre a desigualdade dos homens”: “Como conhecer, pois, a origem da desigualdade entre os homens, a não ser começando por conhecer o próprio homem?” (*apud* DELBOSIN, 1989, p. 99).

O caminho é apontado por Rogério Gesta Leal:

a resposta a tal questionamento é reveladora de uma posição teórica bastante explícita e histórica, pois Rousseau parte da hipótese de que a única leitura que se tem do homem natural é a feita pela civilização de uma nova época, portanto, com olhos e culturas completamente condicionados pela modernidade e pelos vícios que ela possui. (2001, p. 90)

O autor complementa que, para verdadeiramente se conhecer uma pessoa, é necessário que seja ela olhada com os olhos, elementos e valores de sua época e só assim poder-se-á iniciar uma aproximação empírica e real do verdadeiro significado de igualdade.

Há um sem-número de conceitos propostos por doutrinadores pátrios e estrangeiros para o que possa vir a ser direitos humanos. Mas é possível concluir que são aqueles inerentes à pessoa, que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado em geral, de forma a limitar os poderes das autoridades. Assim, garante-se o bem-estar social pela igualdade, fraternidade e proibição de qualquer espécie de discriminação. Como ressaltou Flávia Piovesan,

[Discriminação] significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade. (PIOVESAN, 1998, p. 206)

Ao passo em que se percebe um grande número de conceitos abertos utilizados pelo sistema normativo vigente, a atuação da justiça de forma a complementar, aprimorar e atualizar os significados nele existentes se revela utópica.

Utopia não no sentido vernacular (ou seja, como projeto irrealizável, quimera), mas sim como ensina João Baptista Herkenhoff: “A utopia é o contrário do mito, ou seja, utopia é a representação daquilo que não existe ainda, mas que poderá existir se o homem lutar para sua concretização” (1999, p. 11).

O autor ainda afirma que a utopia é a consciência antecipadora do amanhã: “O mito ilude o homem e retarda a História. A utopia alimenta o projeto de luta e faz a História”. Herkenhoff vê o pensamento utópico como o grande motor das revoluções, idealizador do *princípio da esperança* que anima o mundo.

Não se ignora a massificação da agressão e da própria suplantação dos direitos humanos, tanto local como universalmente. Basta abrir os jornais que trazem diariamente demonstração de miséria, violência, discriminação, prepotência,

corrupção, para concluir que o ser humano clama por justiça, igualdade e fraternidade. Como ainda ensina Herkenhoff, “as pessoas têm uma dignidade humana que tem que ser reverenciada. O Direito não pode ser instrumento legitimador da exploração do homem pelo homem. Direito que legitima a espoliação não é Direito, mas corrupção do Direito” (1994, p. 81).

Urge, em conseqüência, reconstruir os valores humanos, desde suas raízes, e transformar cada indivíduo e cada estudante em cidadão consciente e exigente da salvaguarda desses valores (SOUZA, 1998, p. 91). Essa atuação envolve movimentos sociais, organizados ou espontâneos, legitima a atuação dos representantes eleitos pelo povo, membros dos Poderes Executivo e Legislativo, e revela a necessidade de um Poder Judiciário independente, atento e apto a fazer valer os direitos humanos e a interromper qualquer tipo de agressão que possa estar sendo impingida à pessoa.

Clara demonstração dessa assertiva está no artigo 12 do novo Código Civil (“Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, a direito da personalidade e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”) e também no artigo 2º (“A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”). Também é demonstrativo da necessidade e possibilidade de participação diversificada na construção do sistema jurídico a prerrogativa de argüição de inconstitucionalidade de lei (denominada de controle difuso), por qualquer pessoa, como forma de exercício de seu direito à cidadania.

Uma análise, ainda que por demais sucinta, da nossa conformação constitucional, revelará que o sistema difuso é um mecanismo de controle de constitucionalidade que já fixou firmes raízes na prática institucional brasileira. Na

atualidade, ele se densificou essencialmente por meio do recurso extraordinário (art. 102, III, CRFB) e demonstrou ser um valioso instrumento processual de dinâmica constitucional, por meio do qual os cidadãos podem levantar as suas pretensões e seus questionamentos. Ele contribui para a formação do que Häberle chamou de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” (1997, p. 55), sendo possível afirmar que:

Assim, no País, nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de arguir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira à última instância, não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de ‘comando’ eivado de inconstitucionalidade.(CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 208)

No sentido inverso, uma forte corrente capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes pugna pela ampliação e predomínio do controle concentrado. Para tanto, emprega um sofisticado arsenal teórico para restringir o controle difuso e pretende demonstrar que o modelo concentrado propicia maior segurança jurídica, pois é mais célere e uniforme em termos processuais. Afirma Gilmar Mendes que a Constituição Federal de 1988, ao aumentar o número dos que possuem legitimidade ativa para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, como exposto anteriormente, reduziu sensivelmente o alcance do controle incidental/difuso, “permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas” (MENDES, 1997, p. 17).

As abordagens jurídicas que fortalecem demasiadamente o controle jurisdicional concentrado, em detrimento do tipo difuso ou incidental, se revelam discriminatórias.

Essa última espécie de sistema de controle de constitucionalidade, em razão de sua maior abertura e proximidade com a coletividade, permite uma constante e salutar atualização interpretativa do texto constitucional, que, em um paradigma democrático de direito, como o consubstanciado na Constituição de 1988, deve estar sempre apto a ser relido e tematizado por todos os seus interessados e destinatários.

A inserção dessa forma de controle, inserida no campo paradigmático do Estado democrático de direito na Constituição “cidadã” de 1988, marca uma profunda ruptura com as concepções jurídicas anteriores, já que, à luz dos princípios consagrados constitucionalmente, tomam enorme vulto garantias fundamentais e, por isso mesmo, inafastáveis de participação dos cidadãos, na esfera política ou jurisdicional, revelando que todos estamos autorizados a sermos intérpretes do texto constitucional, respaldando a nossa tradição de controle difuso.

Em outros termos, como ensina Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “há muito tempo questões jurídicas deixaram de ser tão-somente um problema de *experts* para se tornarem questões de cidadania” (2000, p. 165).

Verifica-se a dificuldade em se admitir que a sociedade civil, como um todo, seja co-intérprete necessária do texto maior, além da crença iluminista em que um método ou racionalidade infalível, no caso em questão, a Ação Direita de Constitucionalidade, seria capaz de produzir, ontologicamente, certeza e segurança jurídicas, na ilusão de que uma decisão, por si só, apenas por se fundamentar no argumento da “autoridade qualificada”,<sup>77</sup> se impusesse, em uma inútil tentativa de

---

<sup>77</sup> “Por mais qualificados que sejam, os Ministros do Supremo, não possuem os atributos do semideus Hércules. É preciso lembrar que aquilo que hoje representa acréscimo de poder amanhã certamente decretará o completo desprestígio do Judiciário, incluindo também o próprio Supremo Tribunal Federal” (SOUZA CRUZ, 2000, p. 32).

se exorcizar o risco da divergência, não reconhecendo que a democracia requer esse potencial dissenso em um consenso.

Como disse Peter Häberle:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (1997, p. 15)

Assim, a possibilidade de uma participação/interpretação o mais difusa possível é considerada requisito essencial para se ter um sujeito constitucional democrático. E os instrumentos processuais, abrindo espaço de discussão e argumentação a todos, são mecanismos centrais para o direito moderno, permitindo que sejam aplicadas, por meio de um efetivo procedimento contraditório, as normas aos casos concretos, assegurando a plenitude ao devido processo legal e reconhecendo que só nas situações de aplicação devem-se fundamentar as decisões judiciais, em uma noção processual de justiça, isto é, “tomado sob esse ângulo, o processo é um segmento de uma atividade comunicativa de uma sociedade, o confronto de argumentos diante de um tribunal constituindo um caso admirável do uso dialógico da linguagem” (RICOEUR, 1995, p. 107).

Salienta-se que todas essas afirmações possuem, como pano de fundo, o paradigma do Estado democrático de direito, no qual se deve buscar o reforço constante da tolerância com a diferença, com o *outro*, aferindo que a democracia é um projeto em contínua construção. Na democracia, a sociedade civil organizada é compreendida, em si mesma, como esfera pública, possuindo, dessa maneira, a tarefa de estar em vigília contra essa reiterada possibilidade de privatização.

Em outras palavras, em um Estado democrático de direito plural, no qual convivem projetos de vida os mais diversos possíveis, uma saída possível para se lidar com a complexidade que a modernidade impõe é ampliar e reforçar o modelo de controle de constitucionalidade difuso, tornando plausível que quaisquer temas ou interesses sejam nele levantados e discutidos e visualizando a democracia como um processo interminável, sem exigir uma segurança definitiva, no qual os membros desse mesmo Estado democrático de direito consigam se reconhecer como autores do ordenamento jurídico ao qual se submetem, em uma efetiva autolegislação.<sup>78</sup>

Diz Eduardo Galeano: “A utopia está no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte se distancia dez passos mais além. Para que serve a utopia? Serve para isso: para caminhar” (*apud* RIBA, 2002, p. 25). Aliás, o caminhar já era apregoado por Cora Coralina como o sumo prazer: “o que vale na vida não é o ponto de partida e sim a caminhada. Caminhando e semeando, no fim terás o que colher”. Na esteira de tais ensinamentos, faz-se vivo o tecido jurídico-social, composto por pessoas, instituições e representatividades das mais diversas ordens, na busca constante do aperfeiçoamento, otimização e humanização do Direito como instrumento hábil e eficaz à concretização e tutela plena dos direitos humanos e fundamentais.

Mas, de qualquer forma, mudanças não haveria nunca, não fossem os obstinados, não fossem os que, embora de forma inconsciente, seguem a lição do Corão: “Vá em busca do que o tiver inspirado e seja paciente”. É necessário

---

<sup>78</sup> "Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto" (CARVALHO, 1981, p. 482).

continuar aprendendo, desfrutar os desafios e tolerar a ambigüidade, pois, em definitivo, não existem certezas. E o que estiver sendo feito com convicção, com dedicação, com seriedade, ética e desprendimento será muito mais importante do que aquilo que efetivamente for conseguido. Pelo simples fato de o estar fazendo, já será suficiente para a sensação de se estar participando do desenvolvimento do direito, visto como ciência da humanidade, voltada a atender às necessidades e expectativas do ser humano.

Basta, por ora, a certeza da necessidade do caminhar, do descobrir, do porvir para evitar a assertiva de Thomas A. Edison: “A nossa maior fraqueza reside em que temos a tendência a abandonar. A maneira mais segura de conseguir os objetivos é sempre: tentar uma vez mais” (*apud* RIBA, 2002, p. 28). Manter-se em vigília, permitir-se ser invadido por novas idéias e novos ideais, dar-se o direito de refletir, pensar, questionar e eventualmente mudar de opinião – esse parece o papel do jurista da modernidade, despido de conceitos preconcebidos, de feições imodificáveis, de verdades absolutas como o dogma resultante da imutabilidade da coisa julgada, sob o argumento místico e não necessariamente correto de que está ela sempre fundamentada na necessidade de definição das situações e das relações entre as pessoas. Essa é uma definição acorrentada pelo nó da definitividade absoluta, ainda que totalmente desconexa de qualquer espécie de realidade, ainda que fundada em premissas falsas, ainda que a olhos nus possa se concluir sem muito pensar que aquela verdade construída é como um castelo de cartas – basta um sopro para que desmorone. Não há qualquer valor científico, cultural e humano em manter-se alienado, alheio e de olhos vendados para as significativas mudanças que vêm sendo verificadas em todo o mundo e, principalmente, nas relações familiares e afetivas. Portanto, há de ser repensado o

instituto da coisa julgada nas relações de família, sem desconsiderar de seu enorme significado e mesmo essencialidade para a própria subsistência do sistema jurisdicional.

Assim como os Códigos (Civil, Penal etc.) se fundamentam na idéia e na aspiração à perenidade e à completude, são frutos de uma época. “A época da segurança”, na feliz locução de Natalino Irti, “parece possível encontrar razões para sintetizar o momento atual como uma época de insegurança, uma época de incertezas” (1979, p. 25), até porque o sentido de segurança surgiu das estruturas profundas da sociedade. A exigência de estabilidade ou de previsibilidade, quanto aos comportamentos individuais, passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas, uma vez que a burguesia francesa, vitoriosa da Grande Revolução, se tornava a nova classe dirigente, portadora da tábua de valores na qual toda a sociedade foi chamada a reconhecer-se. O mundo da segurança é, portanto, o mundo dos códigos, os quais consubstanciam, em ordenada seqüência de artigos, os valores do liberalismo do pacífico século XIX.

Ruídos os pilares desse *mundo de segurança*, o que se ergue em seu lugar? Quais as implicações sociojurídicas decorrentes deste estado de dúvida e de perplexidade, tão marcadamente presente no espírito da virada do milênio?

É esse questionamento que se buscará clarear no próximo tópico, enfocando a participação decisiva e fundamental do Poder Judiciário nessa mudança de paradigmas, fortalecendo a idéia da mutabilidade constante, porosidade e capilaridade do sistema jurídico, aberto às evoluções sociais e dos conhecimentos e saberes de outras ciências, oportunizando, no entanto, o fechamento da reflexão sobre a manutenção do sistema de codificações.

Como afirma Ricardo Luís Lorenzetti, “os códigos perderam a sua centralidade, porquanto esta se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais” (1998, p. 45).

A tendência de codificação encontra fundamento no direito romano, sobretudo no *Corpus Juris Civile*, ponto inicial para todas as ordenações ibéricas. Houve, na realidade, um ressurgimento dessa tendência de codificação, a partir do período napoleônico, o que foi seguido por vários países da Europa, adeptos do sistema da *Civil Law*.

Nosso país trilhou esse mesmo caminho, com a promulgação, em 1916, do nosso primeiro Código Civil, cujo principal idealizador foi Clóvis Bevilacqua. Não se pode negar que o Código anterior constitui uma grande obra, com um texto extraordinário, de primeira qualidade.

Muitas vezes, percebe-se na doutrina uma crítica em relação à codificação, tida como insuficiente e inapropriada para acompanhar as mudanças pelas quais passa a sociedade. Ricardo Lorenzetti aponta que

a noção de cidadão, de origem francesa, surge para suprimir desigualdades provenientes da distinção entre a realeza e as classes inferiores. Esta noção abstrata serviu para regular as relações privadas com igualdade. O Código já não cumpre essa função. O cidadão, quando compra, é regido pelas leis de consumo, que diferem do Código. Se trabalha, pelas leis trabalhistas; se comercializa, pelas leis comerciais. Ao vincular-se ao Estado, pelo Direito Administrativo. (1998, p. 53)

Afastando tal crítica, entre nós, Renan Lotufo observa que Natalino Irti escreveu, no ano de 1975, obra em que “sustentava que se encerrara a época da Codificação, pois o Direito Civil tinha deixado de ter como centro o Código para ter como centro a Constituição. Era exatamente o princípio daquilo que chamamos e

ensinamos como Direito Civil Constitucional” (2003, p. 21). Rebatendo tal posicionamento, conclui o professor paulista:

Não há como negar a importância do Código na vida do cidadão comum, pois só ele, na condição de lei ordinária, será capaz de dar efetividade às regras consubstanciadas na Constituição Democrática. Isso faz com que as conclusões de Natalino Irti percam o objeto, o que não é novidade, pois desenvolvidas em época e circunstâncias legislativas totalmente diversas da de hoje, o que talvez não tenha sido relativizado por seus leitores, hoje críticos do Projeto de Código. (2002, p. 23)

Afastando qualquer discussão acadêmico-filosófica em relação à matéria, visto que o novo Código Civil é uma realidade, derrotou-se qualquer tom pessimista em relação à sua visualização. É uma realidade a ser encarada pelos aplicadores e estudiosos do Direito Privado.

Finalizando a presente seção, é importante ressaltar a análise crítica da codificação emergente, conforme as palavras de Gustavo Tepedino, em comentário ao Código Civil de 2002:

Esta louvável mudança de perspectiva, que se alastra no espírito dos civilistas, não há de ser confundida, contudo, com uma postura passiva servil à nova ordem codificada. Ao revés, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando-lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional. (2003, p. XV)

## 7.2 PODER JUDICIÁRIO, SEGURANÇA JURÍDICA E A JUSTIÇA DAS DECISÕES LEGÍTIMAS

*Todo juízo de verdade se reduz logicamente a um juízo de verossimilitude. Quando se diz que um fato é verdadeiro, se quer dizer em substância que tem conseguido, na consciência de quem como tal o julga, aquele grau máximo de verossimilitude que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que o julgado dispõe, basta para lhe dar a certeza subjetiva de que aquele fato tem ocorrido. Mesmo para o juiz mais escrupuloso e atento, vale o limite fatal de relatividade próprio da natureza humana: o que*

*enxergamos, só é o que nos parece que enxergamos. Não há verdade, senão verossimilitude: é dizer, aparência (que pode ser também ilusão) de verdade.*

Piero Calamandrei

A sociedade como um todo está ansiando por um Judiciário forte o suficiente para não se deixar corromper pelas forças financeira e política, altaneiro o necessário para não se rebaixar ou se deixar levar pela vontade de agradar ou se pautar por interesses e valores outros, que não seja a busca de sua função precípua de distribuição de justiça de forma eqüitativa, equilibrada e isonômica, realizadora da Constituição Federal e dos projetos nela inseridos.

E este Poder Judiciário se quer cada vez mais distante daquele que foi herdado dos tempos de força, de épocas em que representava nada mais do que o “braço armado” do Poder Executivo, servil, submisso, dependente e sem a estatura moral que o caracterizasse como verdadeiro poder.

É deste Judiciário frágil, estigmatizado pelo privilégio, vergado pela decadência de escândalos envolvendo seus membros, em episódios, felizmente, minoritários, que o cidadão já está por demais enfasiado. O cidadão, agora, pugna veementemente por reforma, até para que possa ver o resultado final de seus processos ainda durante sua vida, ao contrário do que ocorre atualmente. Nesse ambiente fragilizado, correntes menos interessadas na justiça se aproveitam para lançar teses que, no fundo, representam o engessamento do Poder Judiciário, transformando-o em mera instituição ou órgão como são a súmula vinculante, o controle externo e outros. É certo que:

Muitos países estão colocando as reformas legais e judiciais como parte de seus programas de desenvolvimento. Isso é resultado do crescente reconhecimento de que o progresso econômico e social não é atingível de forma sustentável sem respeito às regras fixadas nas leis e à consolidação democrática, e sem uma efetiva proteção

dos direitos humanos amplamente definida; cada um desses pontos requer um bom funcionamento do Judiciário, que interprete e dê força às leis, equânime e eficientemente. Um Judiciário efetivo é previsível, resolve casos em um tempo razoável e é acessível ao público. (BANCO MUNDIAL, 1999)

De outra sorte, para aceitar as mudanças técnicas, é necessária uma mudança cultural, desde a formação dos profissionais em direito, em especial com a desformalização do processo ao mínimo necessário e a redução do garantismo excessivo com o respectivo aumento no grau de confiança nas próprias decisões, até porque, como afirmado por Liebman, “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação” (LIEBMAN, 1985, p. 258).

A respeito do assunto, conclui o magistrado fluminense Paulo Mello Feijó:

Enfim, o Judiciário e seus integrantes têm que se adequar aos novíssimos tempos, observando com atenção a mensagem publicitária do anúncio da gigante IBM: se nos tornarmos profissionais ultrapassados e não aprendermos a solucionar nossos problemas só nos restará recorrer ao divã, sob o risco de virarmos peças de museu ou de nos afogarmos.

Enquanto estivermos de pé, tentando conter a maré, vamos sempre fraquejar e nunca atingiremos nossos objetivos. Talvez, se conseguirmos mergulhar e nadar, possamos nos aproveitar das boas ondas, acompanhar o ritmo do mar, dialogar com os que nele estão, até mesmo nadar com os tubarões. Apenas é certo que muros de areia, por melhor que sejam suas fundações, não param a maré. (FEIJÓ, 2004, p. 37)

Assim, não parece restar dúvidas de que a justiça se alcança por meio da tutela dos direitos constitucionalmente amparados e da legitimidade de suas decisões. Nessa perspectiva, será analisado o instituto da coisa julgada como garantidor da definitividade e imodificabilidade das decisões jurisdicionais.

Os princípios fundamentais do Estado democrático de direito brasileiro, que se positivam no artigo 1º da Constituição Federal, incorporam a idéia de segurança que, ponderada e razoavelmente, imanta a dignidade, a soberania, a livre

iniciativa e o trabalho, a cidadania e o pluralismo político. Os princípios de segurança jurídica entram no jogo de ponderação com os princípios de justiça, na busca do equilíbrio, em busca da “segurança justa ou da justiça segura”,<sup>79</sup> tornando-se ideal ético e jurídico, com os seus reflexos sobre a ponderação entre os princípios da legalidade e da distribuição de bens.

A legitimidade (ou legitimação) se alcança pela justificação, necessariamente ligada aos fundamentos dos direitos que, na lição de Ricardo Lobo Torres “é um tema geral que se abre a diferentes respostas, inclusive positivistas” (2002, p. 400) e, mencionando Luis Roberto Barroso – para quem parece derivar do Estudo do fundamento para o da legitimação: “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO, 2001 a) –, afirma que a legitimidade do Estado moderno tem que ser vista, sobretudo, a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso.

Ricardo Lobo Torres ainda que informa:

a doutrina de Kelsen procurava superar as ideologias da legitimidade, identificando o Estado com o Direito, entendido como ordenamento coercitivo da conduta humana, sobre o qual a moral e a justiça nada têm à dizer, com o que restringia o princípio da legitimidade à questão da competência dos órgãos ou da validade da norma, sempre dependentes de uma norma superior do ordenamento. (2002, p. 425)

Ricardo Torres menciona Miguel Reale (2002, p. 105), para quem a questão da legitimidade está vinculada à própria validade ética, a qual é entendida como a “adequação do direito a valores e idéias aceitos pela comunidade”. Citando Habermas (1983, p. 223-224), conclui que “a distinção entre legitimidade e

---

<sup>79</sup> Luis Recaséns Siches anota que importante é “certeza y seguridad en la justicia”, forma integradora

legitimação, em síntese, está em que aquela se apóia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, enquanto a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e de seus princípios fundamentais”.

Após analisar os modelos de legitimação teológico, teleológico e contratual, este vinculando à liberdade, igualdade e fraternidade, Ricardo Lobo Torres explica que o Estado legitima-se por intermédio da manifestação da vontade geral e do contrato social, desde que prevaleça a tríade da Revolução Francesa. O autor informa que a legitimação do Estado advém, ainda, da liberdade, da justiça e da segurança dos direitos e que a doutrina da legitimação do Estado é desenvolvida por Hobbes, Locke, Rousseau e Kant da seguinte forma:

Na teoria de **Hobbes** [*Leviathan*] a idéia central é a segurança dos direitos. O homem no Estado de Natureza era inimigo do homem e vivia permanentemente em guerra. Pelo contrato social abdica de uma parte de sua liberdade em favor do Estado, que, por seu turno, lhe garante a preservação dos direitos.

[...]

Com **Locke** há mudança de argumentação, e a liberdade ganha espaço na legitimação do Estado. A finalidade da união dos homens sob o Estado é a preservação da propriedade, que deve ser obtida pela legislação promulgada e conhecida pelo povo e dirigida à garantia da paz, segurança e bem público das pessoas.

**Rousseau** assenta a idéia de contrato social na liberdade com afirmar que “o que o homem perde pelo contrato social é a sua liberdade natural e um direito limitado a tudo que almeja e pode obter; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui”.

Na Filosofia de **Kant** a liberdade ocupa também lugar de destaque... É fruto do dever ser em que se constitui a máxima de que cada qual deve transformar o seu agir em regra universal de conduta. A partir daí há uma certa concordância entre liberdade e lei, o que se faz com que o Estado se legitime através de suas leis obtidas em liberdade. (TORRES, 2002, p. 42. Sem destaque no original.)

A segurança jurídica fundamentada apenas na força da lei acabou por perder sua credibilidade quando se realçou o Estado social, no qual preponderava a segurança social, e não a individual. Lobo Torres informa:

A liberdade já se confunde com a só legalidade, senão que vai se abrir também para o diálogo com a justiça e a segurança. A justiça perde o conteúdo que se acreditou ter por intermédio de regras de ouro e passa a ser procedimental, aberta a regras que fundamentam a democracia. A segurança jurídica compreende também a segurança social que, através de princípios como os da dignidade humana e da cidadania, vai ganhar seu lugar na Constituição. (2002, p. 445)

Nesse ponto, o autor propõe que mesmo os princípios da dignidade, da liberdade e da justiça devam sofrer a influência da ponderação, da razoabilidade, da transparência e da igualdade. Invocando Robert Alexy, diz que a legitimação da decisão judicial só pode derivar da “argumentação jurídica racional, que a idéia de racionalidade discursiva apenas se realiza em um Estado Democrático Constitucional e que é impossível um Estado Democrático Constitucional sem discurso” (2002, p. 446).

Assim, as decisões emanadas do Poder Judiciário devem ser suficientemente justificadas, segundo os princípios da ponderação e da razoabilidade, para que possam ser consideradas legítimas – situação que se antagoniza com a simples técnica da subsunção, eminentemente positivista e despreocupada com os direitos fundamentais da pessoa humana. Há de se manter conexão do caso em julgamento com a realidade fática e histórica, sujeitando-o ao “teste de razoabilidade que procura a adequação entre meios e fins, sopesando as situações particulares diante de princípios constitucionais” (2001 c, p. 156). Luis Roberto Barroso ainda informa que, segundo Recaséns Siches e sua “lógica do razoável, o logos humano ou do razoável [...] está regido por razões de congruência

ou adequação entre a realidade social e os valores, os valores e os fins e a realidade social concreta e os fins e os meios” (2001 c, p. 201).

Assim, com fundamento na necessidade de se atribuir legitimidade às decisões emanadas do Poder Judiciário – legitimidade essa que só se consegue com a justificativa veraz, originada na igualdade de condições de argumentação das partes, que se busca pelo devido processo legal e que está umbilicalmente vinculada e dependente das condições reais em que vive a sociedade, notadamente aquela em que estão inseridas as pessoas cujos direitos e interesses são objeto de julgamento –, analisar-se-ão o instituto da coisa julgada sob o aspecto constitucional e a definitividade e imutabilidade dos casos que se encontram sob seus efeitos.

### 7.3 COISA JULGADA EM PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E A AÇÃO RESCISÓRIA

A coisa julgada no Direito brasileiro sempre foi e continua sendo muito frágil. As razões políticas ou culturais dessa fragilidade são várias. De início, cita-se a tradição romana, de julgamentos privados, que levava o legislador a simplesmente ignorar a força do julgado nulo, considerado inexistente, que sempre podia ser atacado por uma ação subsequente, como a *infinitio iudicati* ou a *restitutio in integrum*. Em verdade, conforme demonstrou Calamandrei (1976, p. 100 *et seq.*), no seu incomparável estudo sobre a cassação civil, foi o Direito germânico que instituiu o princípio da validade formal da sentença, com eficácia *erga omnes* e não sujeita nem mesmo a qualquer impugnação recursal, como conseqüência do costume dos julgamentos em assembleias populares e, num segundo momento, em escabinados igualmente de composição popular.

Somente em 1843, já no Brasil independente, foi criada formalmente a ação rescisória, em seguida incorporada ao Regulamento 737 de 1850, como mais um meio de argüição de nulidades da sentença, com prazo prescricional de 30 anos, como todas as ações pessoais. Ela facultava o desfazimento do julgado por qualquer violação de direito expresso, mesmo que a questão em que se fundamentasse a ação tivesse sido amplamente debatida e decidida em todas as instâncias do processo de que havia resultado a sentença.<sup>80</sup>

De lá para cá, a evolução foi mínima. Na verdade, a escancarada vulnerabilidade da coisa julgada pela ação rescisória, que não tem paralelo em nenhum sistema processual moderno, subsiste até hoje com a complacência da doutrina, à exceção da luminosa tese de Luis Eulálio de Bueno Vidigal (1948), que procurou limitar a violação de literal disposição de lei apenas às leis de direito material.

De outro lado, a fragilidade da coisa julgada parece inevitável para corrigir erros de uma Justiça que vem buscando resgatar sua credibilidade, afogada no excesso de causas e na insuficiência de estrutura.

Por fim, o Estado demonstra um grande interesse na fragilização da coisa julgada para eternizar a rolagem da sua moratória, que a justiça penosamente administra, desvirtuando o papel do Judiciário de guardião dos direitos dos cidadãos. Também se justifica o interesse porque a falência do aparelho burocrático estatal e as deficiências da sua defesa judicial têm contribuído para a consolidação e execução de decisões judiciais absurdas, freqüentemente noticiadas, como as que teriam determinado o pagamento de indenização pela desapropriação de imóvel já

---

<sup>80</sup> Pontes de Miranda contesta essa evolução, tentando demonstrar que a prática, na vigência das Ordenações Filipinas, já era a de depender a anulação da sentença de nova decisão judicial (1964, p. 91 *et seq.*).

anteriormente desapropriado ou o pagamento de correção monetária sobre débito já anteriormente corrigido, entre outras.

Todavia, a coisa julgada é uma importante garantia processual, instrumento importante à garantia e à concretização da *eficácia concreta do direito à segurança e à ordem jurídica justa*, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988 e que há de ser avaliado e interpretado à luz dos direitos fundamentais. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica, sem que tal afirmação possa ser entendida como demonstração de que a coisa julgada, como instituto de direito processual (adjetivo) que de fato é, tenha recebido *status* de direito fundamental e, assim, inserido na Constituição Federal, o que já se afirmou não ter ocorrido.

Ressaltem-se as lições do professor da Universidade de Santiago de Compostela, César Garcia Nóvoa, que se aplicam inteiramente ao Direito brasileiro:

La seguridad, una de las principales aspiraciones humanas, sólo puede entenderse tomando en consideración la dimensión social del hombre. En cuanto característica de la condición humana se puede definir como la pretensión de todo sujeto de saber a qué atenerse en sus relaciones con los demás. Cuando a la seguridad la adjetivamos de “jurídica”, estamos pensando en la idoneidad del Derecho para lograr ese saber a qué atenerse. (2000, p. 34)

A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.

Quando uma dessas normas jurídicas se torna controvertida e o Estado, por meio do poder competente que é o Judiciário, declara quem tem razão, atuando a vontade da lei, ele revela e impõe aos demandantes a norma que

licitamente devem respeitar como representativa na vontade do próprio Estado, não sendo lícito a este, depois de tornada imutável e indiscutível essa manifestação de vontade oficial, desfazê-la em prejuízo das relações jurídicas e dos respectivos efeitos travados e produzidos sob a égide da sua própria decisão, salvo se violadora de direito fundamental.

A coisa julgada é, assim, um instrumento de acesso à garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica. Mas a que preço, em que condições e com qual legitimidade?

De que justiça se fala, que justiça se quer, quais são os instrumentos para buscá-la? A essas indagações responde o magistrado Antônio Ventura de forma absolutamente poética, mas pessimista:

Um dia, minha bela, te disse que falaria da justiça. Olha que bela, com os cabelos desgrenhados que bem conhecemos. Mulher desfalecida, dos desalentos. Deveria ser dos ventos. Dos justos. Dos injustos. Mandar em todos. E não ser servil nem ao maltrapilho, nem ao Príncipe. A voz que diria, como acalanto, à criança nascida: criança, posso não lhe oferecer sempre o vento e os caminhos, mas acredita. Não darei para ti o direito dos poderosos. Por isso, fechei os meus olhos. Me deram uma venda para que não se corrompessem meus olhos. Mas estou cega. Me deram balanças bem pesadas, confundiram minha cabeça. A balança está desgovernada, pobre criança assustada por balas perdidas, assustada com o terror maior, num estado democrático, já não terás teu direito adquirido. Portanto, esqueças, ó criança, da justiça dos falíveis, homens das cavernas. Busque apenas o arco-íris, o pôr-do-sol. O mar, e se jogue no mar. Longe, no arco-íris, na areia... Porque a justiça foi dormir com os animais selvagens... Porque o resto, além do arco-íris e do mar e da areia, é o denso silêncio.<sup>81</sup>

Tal justiça certamente se faz com uma série de qualidades e valores, até com o respeito ao processo dialético argumentativo que permite ao julgador manter-se eqüidistante em relação às partes. Em recente estudo sobre as garantias fundamentais do processo, Leonardo Grecco afirmou:

---

<sup>81</sup> Encaminhado, em 12 de maio de 2004, por Ventura ao autor desta dissertação, por mensagem eletrônica, para a lista de discussão da AMB.

na jurisdição de conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva. Àquele a quem a Justiça reconheceu a existência de um direito, por decisão não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida, o Estado deve assegurar a sua plena e definitiva fruição, sem mais poder ser molestado pelo adversário. No Brasil a coisa julgada é extremamente frágil em razão da amplitude da ação rescisória, especialmente em face do disposto no inciso V do artigo 485 e do prazo de dois anos. A Medida Provisória 2.180/01, mantida em vigor pela Emenda Constitucional nº 32/01 ampliou indevidamente a vulnerabilidade da coisa julgada através dos embargos à execução, com a introdução de parágrafo único ao artigo 741 do CPC, que torna inexigível a dívida se o título judicial se fundar em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição. (2004)

Se o Estado não oferecer essa garantia, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, a coisa julgada é uma consequência necessária do direito fundamental à segurança (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal) dos demais cidadãos, e não apenas das partes no processo em que ela se formou, pois todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente devem poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar efeitos aos atos estatais.

Mas é claro que a segurança jurídica não é um direito absoluto, como absoluto não é nenhum outro direito fundamental, nem mesmo a vida, que pode ser sacrificada para salvar outra vida, por exemplo.<sup>82</sup>

Por serem mais valiosas do que a coisa julgada, a ela devem sobrepor-se a vida e a liberdade do ser humano. Por isso, a declaração de inconstitucionalidade deve determinar sempre a anulação de qualquer condenação

---

<sup>82</sup> É conhecida a lição de Norberto Bobbio de que somente existem dois direitos fundamentais realmente absolutos: não ser torturado e não ser escravizado.

criminal anterior com base na lei invalidada pelo reconhecimento da mácula de inconstitucionalidade, por exemplo.<sup>83</sup>

As pedras fundamentais em que se assenta toda a organização política do Estado democrático de direito são *a dignidade humana e o respeito aos direitos individuais e sociais dos cidadãos*, conforme destacado no preâmbulo e no artigo 1º da nossa Carta Magna.

Não é o Estado que cria e define o alcance dos direitos fundamentais. São os direitos fundamentais que justificam a partilha de poderes e a organização estatal e condicionam as ações do Estado.

Conforme acentua Otto Bachoff (1987, p. 39-41), os direitos fundamentais deixaram de ser vazios ou outorgados por concessão do Estado, tornando-se direitos diretamente aplicáveis. Antes, os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei; hoje, as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais.

Desde que o mundo civilizado conheceu o processo, como meio de resolver os conflitos, a coisa julgada ocupou lugar de grande destaque em meio aos institutos jurídicos.

Sendo indissociável a ordem jurídica da garantia da coisa julgada, a corrente doutrinária tradicional sempre ensinou que se tratava de um instituto de direito natural, imposto pela essência mesma do Direito, sem o qual este seria ilusório. Sem a garantia da coisa julgada, a incerteza reinaria nas relações sociais, e o caos e a desordem seriam o habitual nos fenômenos jurídicos (COUTURE, 1974, p. 405).

---

<sup>83</sup> Ver, a respeito, o § 79 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (HECK, 1995, p. 295) e, também, o artigo 30 da Lei sobre a Constituição e o funcionamento da Corte Constitucional italiana, ambos no Código de Processo Civil italiano.

É certo que a afirmação era exagerada e não poderia ser racionalmente acolhida como absoluta. É incontestável, porém, que, no sistema jurídico, “a necessidade de certeza é imperiosa” (COUTURE, 1974, p. 405).

Por isso, deve-se ver na coisa julgada uma exigência política e não propriamente jurídica: não é de razão natural, mas de exigência prática. Nada obstante, é notório que, em matéria de direito processual, a evolução legislativa é cada dia mais voltada para uma marcha rapidamente acelerada em busca de uma sentença que decida, de uma vez por todas e de forma definitiva, o conflito pendente. A certeza do direito “é uma exigência essencial dos ordenamentos modernos”, observou Mario Vellani (1963, p. 167).

É importante conhecer o pensamento de Liebman sobre a *res iudicata*, porque nosso Código de Processo Civil a esposou na estruturação normativa da matéria. Lembra o grande processualista italiano que a coisa julgada, em sua concepção moderna, tal como ocorria no direito romano, retomou, principalmente depois da teoria de Chiovenda, “o posto que lhe compete no quadro dos institutos fundamentais do processo” (1984, p. 2).

Não é, como outrora se pensava, um efeito da sentença; o que hoje se reconhece e proclama como fundamental ao processo é a autoridade da coisa julgada. Como bem esclarece Liebman, não pode ser havido como um efeito propriamente da sentença, “mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças” (1984, p. 6).

Lembrando a importância do pensamento de Chiovenda, Liebman conclui que é uma verdade que se deve entender em toda a sua extensão aquela

que põe “toda a importância da coisa julgada na expressão da vontade concreta do direito” (1984, p. 30).

A autoridade da coisa julgada, atingindo os efeitos da sentença, não interfere no conteúdo deles, mas a eles se ajunta “para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado” (1984, p. 46).

A eficácia de uma sentença se manifesta, via de regra, antes da coisa julgada e dela, como é óbvio, independe. Mas o comando de uma sentença, sem o *plus* da *res judicata*, não impediria que outro juiz, em processo futuro, viesse a reexaminar o caso já decidido e a proferir novo julgamento, em sentido diverso do primeiro. “Somente uma razão de utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar esta possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada”, lembra Liebman (1984, p. 53).

Pouco importa que o juiz se convença da injustiça da sentença trântita em julgado. Ela continuará sendo indiscutível e imutável no sistema adotado pelo Código de Processo Civil, que ora se afirma divergente daquele estruturado na Constituição Federal versando sobre os direitos fundamentais.

“A coisa julgada torna impossível ou inoperante a demonstração da injustiça da sentença, a saber, torna incondicionada a sua eficácia, e garante assim a segurança, a permanência e a imutabilidade dos efeitos produzidos” (LIEBMAN, 1984, p. 182). Nessa frase, está bem clara a opção pela imutabilidade da decisão judicial, ainda que injusta, relegada a segundo plano a função maior e que justifica a própria existência do Poder Judiciário, que é a distribuição efetiva de justiça.

Uma vez atingido o estágio da coisa julgada, a eficácia da sentença supera qualquer problema do plano da validade, ou da justiça do decisório,

“tornando a sua eficácia indiferente a qualquer indagação sobre a sua conformidade com o direito” (LIEBMAN, 1984, p. 182). Alias, Liebman aponta: “O direito é qual o declara a sentença, por isso que é o juiz precisamente o órgão instituído para declarar de modo juridicamente eficaz qual é o direito no caso concreto” (1984, p. 185).

Também a Suprema Corte adota, com relação à rescisória, o mesmo entendimento restritivo, quando diz que a ação rescisória “não é recurso”<sup>84</sup> e que “as causas de rescindibilidade estão expressamente enumeradas no art. 485 do CPC”.<sup>85</sup> Por isso, “a ofensa à literal disposição de lei deve traduzir frontal contrariedade ao dispositivo”.<sup>86</sup>

Entende-se que “a ação rescisória não é juízo de reexame ou retratação”, como se passa com os recursos. Justamente por isso, o Pretório Excelso a vê como um juízo de verificação da ofensa clara e inequívoca à literal disposição de lei, que constitui o fundamento da conclusão da decisão.<sup>87</sup> Assim, mantém-se firme a orientação lançada na Súmula nº 343<sup>88</sup> do Supremo Tribunal Federal, donde se conclui, reiteradamente: “O pedido rescisório não é meio idôneo para nova abordagem interpretativa de prescrições legais, a cujo respeito a jurisprudência não seja unívoca”.<sup>89</sup>

Na esteira do entendimento de que o Poder Judiciário não se presta à interpretação em tese de norma legal, mas sim à decisão e ao julgamento de caso concreto, entende o Supremo Tribunal Federal que: “Texto legal de interpretação

---

<sup>84</sup> STF – Pleno, Embs. 732-8-RJ, rel. Min. Soares Muñoz, Adcoas, nº 74.303.

<sup>85</sup> STF – Pleno, AR 1.037-0-SP, rel. Min. Alfredo Buzaid, RT, 619/211.

<sup>86</sup> STF – Pleno, AR 1.066-3-MG, rel. Min. Francisco Rezek, RTJ, 120/969.

<sup>87</sup> STF – Pleno, AR 1.135-PR, rel. Min. Alfredo Buzaid, RTJ, 110/505.

<sup>88</sup> STF – Súmula 343 – Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

<sup>89</sup> STF – Pleno, AR 1.124-SP, rel. Min. Francisco Rezek, RTJ, 110/487.

controvertida no âmbito dos Tribunais não propicia ação rescisória por ofensa a disposição legal”.<sup>90</sup>

Enfim, para a jurisprudência tranqüila do Supremo Tribunal Federal, é fora de dúvida uma questão: “Se, ao tempo em que foi prolatada a decisão rescindenda, era controvertida a interpretação do texto legal por ela aplicado, não se configura a violação literal de dispositivo de lei, para justificar sua rescisão – art. 485, V, do CPC – ainda que a jurisprudência do STF venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário”.<sup>91</sup> No mesmo sentido, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça.<sup>92</sup>

Foi Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>93</sup> que teve a oportunidade de ressaltar a importância do balanceamento, *in casu*, entre os princípios da paz social, assegurado pela coisa julgada, e o da legalidade, defendido pela ação rescisória, fazendo crer que, no caso específico do conflito interpretativo, aquele deve prevalecer sobre este, porquanto:

A rescisória, um dos mais belos e complexos institutos da ciência jurídica, somente é admitida excepcionalmente, uma vez que a intangibilidade das decisões judiciais surgiu no universo jurídico como um imperativo da própria sociedade, para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa de intranqüilidade social que atrita, com o fim primário do Direito, que é a paz social.

Stein e Hellwig, a propósito da chamada teoria processual da coisa julgada, recomendam seja abandonada a disputa infundável sobre o acerto ou o erro da sentença, “dado que ninguém poderá jamais garantir que algum julgamento esteja absolutamente certo diante do ordenamento jurídico, visto que como a ciência do direito nutre-se das dúvidas e das controvérsias que pululam na exegese dos textos e dos institutos”. Daí concluir Rosenberg (Tratado, § 148, II, 3, II/453) que “o debate a propósito de o julgamento ser justo ou injusto, bem como estar certo ou errado, só conduz a inúteis discussões sobre a injustiça da sentença, precisamente eliminadas pela autoridade da coisa julgada” (*apud* M. Aragão, *op. cit.*, nº 150, p. 213).

---

<sup>90</sup> STF – 2ª T., RE 88.833-1-SC, rel. Min. Djaci Falcão, DJU 10/8/79, p. 5.847.

<sup>91</sup> STF – 2ª T., RE 89.824-SP, rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 91/312.

<sup>92</sup> AR 159-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 2ª Seção, Lex-JSTJ 5/21; DJU 4/12/89.

<sup>93</sup> Voto do relator no AR 681, do TJMG, RF, 292/281.

Daí as razões pelas quais é possível a invocação da isonomia e da personalidade para servir de elementos de enfraquecimento da garantia específica da *res judicata*. Não se pode descurar que tal postura é fruto da necessidade do balanceamento ou equilíbrio de dois valores, *justiça e segurança*, já que é resultado da necessidade de que se abra mão, em parte, de soluções que têm em vista prestigiar o valor segurança, para se optar por outros caminhos que levam à obtenção de decisões tidas por mais *justas*.

Fundado nesse posicionamento, ocorreu julgamento paradigmático do egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Resp. 226.436-PR. Decidiu o tribunal que:

não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, *admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.* [Sem destaque no original.]

Afirma-se, ainda, no referido acórdão, que “a coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*”. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, sobretudo na busca da realização do processo justo, certo de que a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas, as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não é possível olvidar, todavia,

que, numa sociedade de homens livres, a justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade.<sup>94</sup>

Nos ordenamentos jurídicos modernos, a tarefa de delinear os princípios fundamentais que informam a ordem jurídica como um todo é conferida à Constituição. Nessa sede, estão enunciados os valores eleitos pela sociedade como fundamentais, os princípios que objetivamente dimensionarão o justo. Tais princípios, uma vez insertos na Constituição, transformam-se na “chave de todo o sistema normativo” (BONAVIDES, 2000, p. 45). Eles configuram o modo de ser de todo o sistema jurídico, determinando o viés a ser seguido pelo intérprete na tomada de decisões.<sup>95</sup>

Como a ordem jurídica é formada de modo lento e gradual, encontrando-se na evolução histórica influência de correntes axiológicas diversas e conflitantes, os princípios básicos do ordenamento jurídico podem entrar em conflito quando analisados perante uma situação concreta.<sup>96</sup>

Sendo da essência dos princípios que eles entrem freqüentemente em conflito entre si, cumpre ao intérprete encontrar um compromisso, pelo qual se destine, a cada princípio, um determinado âmbito de aplicação. Diante do conflito entre princípios, não se deve de modo algum tentar eliminar algum deles. A missão

---

<sup>94</sup> STJ, 4ª Turma, REsp. 226.436-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento em 28/6/2001, unânime, DJU 4/2/2002, p. 370.

<sup>95</sup> Celso Ribeiro Bastos (1998) informa que o intérprete, ao realizar a sua função, deve sempre a iniciar pelos princípios constitucionais, é dizer, deve-se sempre partir do princípio maior que rege a matéria em questão, voltando-se, em seguida, para o mais genérico, depois para o mais específico, até se encontrar a regra concreta que orientará a espécie.

<sup>96</sup> Carlos Maximiliano afirma que tal fenômeno ocorre com freqüência, pois os princípios não disciplinam cada um deles uma situação isolada. Diversos princípios de vertentes axiológicas distintas exercem influência sobre um mesmo caso concreto. Diz ele: “Não se encontra um princípio isolado em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos” (1984, p. 128).

do intérprete é buscar uma solução conciliadora, definir a área de atuação de cada um dos princípios.

Nessa ordem de idéias, Paulo Bonavides (2000, p. 251) aduz não haver uma única solução para o conflito entre princípios jurídicos. Prevalencerá sempre aquele que, especificamente no caso concreto, tiver maior força. Tal prevalência não implica restrição em abstrato da força impositiva do princípio afastado. Em outras circunstâncias, diante de novos fatores relevantes, o princípio antes afastado está pronto para ser aplicado.

Exemplo típico dessa oposição são as hipóteses de choque entre os princípios da justiça e da segurança jurídica.<sup>97</sup> No processo, exige-se que tais princípios sejam coordenados com vistas ao alcance de seu escopo magno: a *pacificação social com justiça, o acesso à ordem jurídica justa*.

Para atingir esse escopo, equilibrando as exigências de justiça e segurança, deve o jurista concentrar-se nos resultados a serem alcançados mediante o processo. O processo não se esgota nas suas formas, no culto ao procedimento como um fim em si mesmo. O processo é um instrumento de tutela do direito justo, e a interpretação dos princípios que o informam deve ser realizada em conformidade com essa perspectiva. Nesse sentido, observa Eduardo Juan Couture:

Todos estamos habituados a manejar as formas do processo, seus prazos, suas condições, como se fossem fins em si mesmos. Esse ramo do direito, pois, nos surge, em sua aparência, como a forma solene, como o cerimonial da Justiça. A experiência, contudo, nos ensina que isso é unicamente o invólucro do fenômeno. Por debaixo da forma existe um conteúdo profundo e angustioso, que necessita aflorar à superfície. (1974, p. 3)

---

<sup>97</sup> “A justiça exige uma grande ‘concretização’, quer dizer, uma consideração das circunstâncias individuais da pessoa e da situação. A segurança jurídica, pelo contrário, exige uma grande abstração destas circunstâncias, tal como, designadamente, precisos limites de idade, prazos determinados, tarifas exactas” (ENGLISH, 2001, p. 23).

Enquanto instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica, a coisa julgada é instituto fundamental para assegurar a *pacificação social com justiça*, o efetivo *acesso à ordem jurídica justa*. Essa, no entanto, é apenas uma face da questão. Outros princípios têm grande importância para o alcance dos escopos do processo e da ordem jurídica como um todo. Diante do conflito entre o princípio da segurança jurídica e outros princípios de grande relevância, é necessário analisar, de acordo com as particularidades do caso concreto, qual princípio tem maior importância para a concretização desses escopos. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

nenhum princípio ético ou político tem valor absoluto no universo dos valores e atividades de uma nação ou da própria Humanidade, nem valor suficiente para impor-se invariavelmente sobre outros princípios e sobre todas as legítimas necessidades de uma convivência bem organizada. O culto exagerado a determinado princípio ou idéia fundamental resolve-se em fetichismo e presta-se a aniquilar outros princípios ou idéias fundamentais de igual ou até maior relevância científica ou social, a dano de valores que clamam por zelo e preservação. (2004, p. 249)<sup>98</sup>

Em suma, quando, no caso concreto, a coisa julgada viole princípio fundamental inserido na Constituição Federal que possua maior relevância para o alcance dos escopos do processo e da ordem jurídica como um todo, estaremos diante de uma *coisa julgada inconstitucional*, devendo o Poder Judiciário declará-la ineficaz quando provocado.

Nessas hipóteses, ao contrário do identificado pela maioria da doutrina que analisou a questão, há a formação normal da coisa julgada. A coisa julgada material opera toda vez que a sentença traga pronunciamento acerca do mérito da

---

<sup>98</sup> Diz Cândido Rangel Dinamarco: “Os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual. Os grandes princípios constitucionais do processo são em si mesmos perenes, mas nem por isso devem ser cultuados como fetiches, nem sua leitura há de ser estanque no tempo. Muitos dos princípios processuais, por exemplo, se levados às últimas consequências, sem considerar a realidade fática sobre que irão incidir, podem tornar-se grandes injustiças” (2004, p. 249. Sem destaque no original).

demanda, que a sentença se destine a produzir efeitos substanciais. No entanto, como dito anteriormente, diante da oposição entre a coisa julgada e algum outro princípio de maior relevância no caso concreto, a coisa julgada pode não prevalecer, ou seja, pode ser ineficaz.<sup>99</sup>

A questão que se enfrentará nas próximas seções, ponto nodal desta pesquisa, é exatamente a confrontação entre a coisa julgada e o direito de personalidade e, através da ponderação esboçar sistema de prevalência, tendo, no magistrado, peça de vital relevo que, com sua atuação, poderá (deverá) direcionar o processo à busca da verdade, comprometido que esteja com a soberania dos Direitos da Personalidade.

#### 7.4 EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE OU NULIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS

*O Direito deve ser sempre uma tentativa de Direito Justo, por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade.*

Miguel Reale

As relações jurídicas pautam-se em valores consagrados constitucionalmente, pelos quais devem o Estado e o particular orientar suas

---

<sup>99</sup> Partindo da premissa adotada por este estudo, de que a coisa julgada não é um valor absoluto, existindo outros valores fundamentais que se sobrepõem a esse instituto, os autores que se propuseram a analisar a questão optaram por ditar a solução, talvez equivocada, de que a coisa julgada não incidiria sobre a disposição de mérito da sentença quando ela atentasse contra princípios fundamentais que possuíssem maior relevância no caso concreto: “Onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e, portanto, não incidirá a autoridade da coisa julgada material – porque, como sempre, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídica constitucional” (DINAMARCO, 2002, p. 27). Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, “O Texto Constitucional assegura a coisa julgada contra atentados que possa sofrer, inclusive provindos da própria lei. Mas ela não afirma que toda decisão com trânsito em julgado constitui coisa julgada. Isto faz com que necessariamente caiba à lei, à doutrina e à própria jurisprudência o dirimirem em cada caso concreto se há ou não coisa julgada” (BASTOS e MARTINS, 1989, p. 201). Para José Augusto Delgado, “A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado” (DELGADO, 2001, p. 20).

condutas. Nesse raciocínio, vê-se que a segurança no comércio jurídico, no Direito brasileiro, norteia-se primordialmente por três institutos consagrados – *a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido* – que estão revestidos de uma força especial insuscetível até mesmo de modificação por leis ordinárias regularmente produzidas. Todavia, o novo panorama em que vivemos impõe ao jurista o desafio de confrontar os tradicionais institutos com a realidade, sob pena de, se não o fizer, dificultar a realização do direito justo. Até mesmo no direito das obrigações e dos contratos, áreas marcadas classicamente pelo primado do individualismo jurídico, enfrenta-se essa nova realidade, mormente quando se fala em *dirigismo contratual e restrição à autonomia privada*, chegando-se a admitir a relativização do conteúdo de contratos já celebrados a partir da construção da *teoria da imprevisão* (GOMES, 2002, p. 37), notadamente quando a relação jurídica for regulamentada pelas normas atinentes à defesa do consumidor.

Justamente nesse cenário de evolução do pensamento jurídico, insere-se a questão da *relativização da coisa julgada*. Parte-se para uma ponderação entre os valores constitucionais em jogo de modo a se buscar um equilíbrio entre exigências opostas e aparentemente inconciliáveis, a fim de alcançar um resultado política e socialmente justo, mesmo que isso implique sacrificar excepcionalmente a *auctoritas rei judicatae*.<sup>100</sup>

Todo processo objetiva um fim que é a sentença. Aliás, o exercício da função jurisdicional, em que o Estado-juiz é chamado para superar um conflito (compor a lide), promovendo a pacificação social, implica, quando não haja vícios na relação processual, uma tomada de decisão sobre o mérito. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

---

<sup>100</sup> Uma análise mais aprofundada sobre o assunto do conflito de interesses sob uma perspectiva constitucional é feita por Daniel Sarmiento (2002).

A tomada de uma decisão, com vitória de um dos litigantes e derrota de outro, é para ambos o fim e a negação das expectativas e incertezas que os envolviam e os mantinham em desconfortável estado de angústia. As decisões judiciais, uma vez tomadas, isolam-se dos motivos e do grau de participação dos interessados e imunizam-se contra novas razões ou resistências que se pensassem em opor-lhes, chegando a um ponto de firmeza que se qualifica como “estabilidade” e que varia de grau conforme o caso. (2002, p. 36)

A coisa julgada, em sede processualística, representa essa ânsia social de estabilidade, espelhando-se num dos valores buscados pelo ordenamento, que é a *segurança nas relações jurídicas*.

A disciplina normativa da coisa julgada encontra assento constitucional e legal, mas consagrada pela Lei Maior no seu artigo 5º, XXXVI, apenas para protegê-la dos efeitos de legislação posterior, e em vários dispositivos das leis processuais, a exemplo do artigo 467 do CPC.

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.

Como professa Luiz Fux:

a jurisdição cumpre seu escopo de pacificação social através da imperatividade e da imutabilidade da resposta jurisdicional. O fato de para cada litígio corresponder uma só decisão, sem a possibilidade de reapreciação da controvérsia após o que se denomina “trânsito em julgado” da decisão, caracteriza essa função estatal e a difere das demais. O momento no qual uma decisão torna-se imodificável é o do trânsito em julgado, que se opera quando o conteúdo daquilo que foi decidido fica ao abrigo de qualquer impugnação através de recurso, daí a sua conseqüente imutabilidade. Desta sorte, diz-se que uma decisão transita em julgado e produz coisa julgada quando não pode mais ser modificada pelos meios recursais de impugnação. A impossibilidade de recorrer é ditada por uma técnica que leva em consideração vários fatores para impor a interdição à impugnação. Essa técnica denomina-se preclusão, que ontologicamente significa “precluir, fechar, impedir”. (2004, p. 821)

Costuma-se encarar a coisa julgada sob duas faces: a coisa julgada formal e a material (CINTRA *et al.*, 2002, p. 306). A segunda se refere à imunidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito, que ultrapassa a vida no processo e atinge a vida dos litigantes, mesmo que já esteja terminada a relação jurídico-processual. São efeitos substanciais da sentença – seja ela declaratória, constitutiva ou condenatória – que a coisa julgada pereniza: a declaração de existência ou não de uma relação; a constituição de uma situação jurídica nova; ou a declaração da existência de um direito, acompanhada da formação de um título executivo que o ampare.<sup>101</sup>

Já a primeira face, a coisa julgada formal, é um fenômeno interno ao processo, pois diz respeito à sentença como ato jurídico, terminativa da relação jurídico-processual, operando sua eficácia de modo a imunizar a sentença em si, impedindo que seja substituída por qualquer outra, seja ela ratificadora ou reformadora. A coisa julgada formal, por assim dizer, é espécie de um fenômeno mais amplo, qual seja, a preclusão, representada em seu grau máximo, que é caracterizada pela extinção do direito ao processo.

Como é notório, a segurança jurídica é um dos valores almejados pelo ordenamento. Ela consiste no conjunto de condições que torna possível às pessoas a previsão dos efeitos que seus atos podem causar (SILVA, 2002, p. 431). Foi pela segurança jurídica que se cunhou o aforismo latino *nullum crime, nulla poena sine lege* e que, no campo processual-constitucional, foi concebida a coisa julgada.

Sua consagração em nível legal e constitucional revela a preocupação do legislador em preservar a estabilidade dos direitos, garantindo sua imodificabilidade ante lei superveniente ou ante a possibilidade permanente de

---

<sup>101</sup> Embora não seja o principal assunto, é encontrada com muita clareza e precisão a distinção entre os diversos provimentos jurisdicionais em Amorim Filho (1960).

rediscussão do tema em juízo, deixando, conseqüentemente, as portas abertas à incerteza.

A perpetuação normativa da coisa julgada recebe legitimidade política e social por sua peculiar capacidade de conferir segurança às relações jurídicas envolvidas pelos efeitos da sentença.

A leitura tradicional do instituto entende ser a coisa julgada algo absoluto capaz de fazer do preto branco, do quadrado redondo. No entanto, defende-se modernamente que essa idéia tradicional da coisa julgada traduzida 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.

A necessidade de relativizar a coisa julgada parte da visão equilibrada do instituto, inerente ao binômio justiça–segurança. Durante muito tempo, levou-se ao extremo a noção da *res judicata*, a ponto de chegar ao absurdo de pretender que fosse capaz de criar uma realidade nova, díspare do que acontece na vida das pessoas. Todavia, percebeu-se que, embora deva o processo ser utilizado para produzir efeitos estáveis, isso não deve impedir ou prejudicar a justiça do resultado que dele se seguirá.

Dessa forma, fala-se na instrumentalidade do processo, que consiste, sob um aspecto positivo, em

alertar para necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à 'ordem jurídica justa'. Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça. (CINTRA *et al.*, 2002, p. 41)

Parte-se da óbvia constatação de que o substancial não pode deixar de prevalecer sobre o processual, que, no caso, se traduz na necessidade de sopesar o valor da coisa julgada quando está em jogo o valor do justo.

Nesse sentido, a instrumentalidade do processo manifesta-se sob um aspecto negativo, que é o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual “as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados” (CINTRA *et al.*, 2002, p. 42).

Desse modo, a nova leitura da coisa julgada, à luz da Constituição, proposta neste estudo, revela que para sua validade, numa situação excepcional em que se entrecrocavam segurança jurídica e valores constitucionalmente consagrados, como a moralidade administrativa, o acesso à ordem jurídica justa ou o zelo pelos direitos fundamentais do homem, devem estes últimos prevalecer sob pena de a decisão judicial mostrar-se ilegítima e contrária ao fim precípua de todo sistema processual, que é atingir a justiça.

Nesse caminhar, cumpre transcrever as palavras de Cândido Rangel Dinamarco que sintetiza bem essa lição:

Nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de *acesso à justiça* [...] com a consciência de que os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual. (2002, p. 35)

Num exemplo apresentado por Eduardo Rocca Couture (*apud* DINAMARCO, 2002, p. 45), renomado jurista latino-americano, manejando o conceito da *coisa julgada delinqüente*, um menino uruguaio não teve sua paternidade reconhecida por seu legítimo pai, um rico fazendeiro da região dos pampas, pois estavam de conluio o genitor e o procurador da mãe. Naturalmente, a

sentença transitou em julgado, forjando uma realidade que somente existia nos autos do processo, completamente distanciado da vida social. Como o Direito só existe em função do homem, admitir-se essa situação seria sucumbir a formalismos que, nesse caso, mostram-se inúteis em face do princípio maior que norteia toda a atividade jurisdicional: a busca pela *justiça*. Por fim, conclui que, se fossem fechados os caminhos para a desconstituição da coisa julgada em hipóteses como essa, acabaria sendo outorgada uma carta de cidadania e legitimidade à fraude processual e às formas delituosas no processo.

Hodiernamente, com os avanços dos meios científicos, a pertinência da relativização da coisa julgada inconstitucional mostra-se cada vez mais presente na realidade fenomênica do que apenas em teses acadêmicas, principalmente no campo do Direito de Família. O progresso da engenharia genética e a popularização do exame de DNA como meio de prova nas ações de investigação e negação de paternidade, além de outros avanços, trazem à tona situações que desafiam a lógica jurídica até então enfrentada.

Surgem daí conflitos de ordem semelhante aos aqui tratados, como, por exemplo, a confirmação do parentesco biológico pelo exame de DNA após o trânsito em julgado da sentença de ação de investigatória de paternidade julgada improcedente ou a situação inversa, que traz o mesmo nível de perplexidade. Quando se trata de investigação da identidade genética, prevalece o princípio do *the best interest of child*<sup>102</sup> ou, como chamam os alemães, *kinderwohl*.

Então, o que há de prevalecer: a definitividade do provimento jurisdicional ou a proteção constitucional conferida à criança e o respeito ao seu direito de conhecer sua ascendência biológica? São questões desse nível que

---

<sup>102</sup> Para um completo estudo, ver Tânia da Silva Pereira (2000).

desafiam a ordem jurídica e reclamam por soluções justas que façam a simetria entre o Direito e o mundo fático.<sup>103</sup>

A coisa julgada, então, é somente intocável, tanto quanto os atos executivos e legislativos, os quais têm a sua revisibilidade reconhecida em uníssono pela doutrina moderna, se não desbordar do texto constitucional – condição da qual dependerá sua eficácia.

No que tange aos *atos legislativos*, vale a menção às chamadas *normas constitucionais inconstitucionais*. A obrigatoriedade das normas advém da situação em que todos as seguem por terem a profunda convicção de que tais normas são válidas, isto é, possuem validade formal (vigência), validade social (efetividade) e validade ética (fundamento).

Sob essa ótica, é relevante apontar o que se entende por validade ética nas lições de Stammler, trazidas ao nosso convívio por Miguel Reale: “O Direito deve ser sempre ‘uma tentativa de Direito Justo’, por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade” (2002, p. 115).

Percebe-se, então, que o lastro da validade ética está na presença de valores expressos ou implícitos, que são eleitos, no consenso geral, por uma sociedade de homens livres como aquilo que já está sedimentado e presente na consciência coletiva. Corporifica-se em algo inalienável e irredutível, em constante aperfeiçoamento, operando assim a legitimidade e obrigatoriedade do Direito. Logo, pode-se observar que o ordenamento jurídico possui esse conjunto de valores que gera o lastro de validade ética.

Com arrimo nos argumentos expendidos, esse ordenamento deve possuir características próprias que o distingua de um mero amontoado de normas.

---

<sup>103</sup> Considerações mais detalhadas sobre questões relativas ao Direito de Família e a coisa julgada material podem ser encontradas em Nicolau Júnior (2002, p. 260).

Tal fato é a própria unidade que um sistema de Direito, como fruto de um ordenamento, deve possuir para ter operacionalidade, ressalvando-se a hipótese de incoerências, nas quais haja a quebra da unidade.

Compreendendo, então, que a perspectiva do Direito deve ser entendida como um sistema, sustentando-se na unidade e na ordenação, conceitua-se sistema, na visão de Kant: “Unidade sob uma idéia de conhecimentos variados ou um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios” (*apud* CANARIS, 1996, p. 10).

Por conseguinte, cabe destacar a visão kelseniana do fundamento de validade do ordenamento jurídico. Nele, a Constituição, em seu sentido lógico-jurídico, é caracterizada como a norma fundante do ordenamento e, no sentido jurídico-positivo, como a positivação dos preceitos reguladores dessa ordem. Nesse passo, funciona como o fundamento de validade do ordenamento jurídico.

Validade assim apresenta-se, sob uma ótica particular, como um dos graus de sanção dentro de incompatibilidades normativas realizadas dentro do mesmo âmbito normativo. Se houver incompatibilidade material ou formal com os preceitos fundamentais prescritos pela Constituição, deve ser declarada inválida essa norma, uma vez que a validade é pressuposto para a norma ser seguida. Norberto Bobbio enuncia que “a validade é a pertinência de uma norma a um Ordenamento” (1995, p. 60).

Seguindo esse raciocínio, podem-se escalonar os graus de sanção das normas existentes dentro das incompatibilidades normativas, denominando-as de invalidade e ilegitimidade. A primeira, já descrita, encontra lugar dentro do mesmo âmbito normativo pelo conflito real que ocorra entre normas, em que a inferior não obedeça a superior, seja no conteúdo ou na forma. Já a ilegitimidade tem seu campo

de atuação num plano superior e abrangente, em que a própria Constituição buscará sua validade para realmente ser legítima ou não, havendo oportunidade para se lançar mão da força normativa dos princípios.

Os princípios informam todo o sistema jurídico. Eles são normas e as normas compreendem as regras e os princípios. As regras, segundo o mestre de Harvard, Ronald Dworkin (*apud* BONAVIDES, 1997, p. 253), são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, enquanto os princípios, além de atuarem normativamente, podem ser relevantes, em caso de conflito, para um determinado problema legal, mas não estipulam uma solução particular. Na feliz síntese do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1998 a, p. 61), os princípios são abstrações de segundo grau, normas de normas, em que se buscam exprimir proposições comuns a um determinado sistema de leis. Eles dispõem de maior grau de abstração e menor densidade normativa. “Como enunciados genéricos que são, estão a meio passo entre os valores e as normas na escala da concretização do Direito e com eles não se confundem”, observa, com muita acuidade, Ricardo Lobo Torres (2003, p. 79).

Como principal característica, são funcionais. Cimentam a unidade do ordenamento, indicam o conteúdo de direito de determinado tempo e lugar, fixando, assim, os *standards* de justiça (CLÈVE, 1995, p. 35). As disposições principiológicas sintetizam a idéia de direito e justiça vigentes no momento social, por refletirem diretamente os valores escolhidos pela sociedade no texto constitucional. Desta sorte, dirigem-se aos poderes de Estado, condicionando-os na aplicação e interpretação das normas.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Não custa assinalar a consagrada definição dos princípios pelo professor Celso Antonio Bandeira de Mello, que, pela extensão e profundidade, sempre é citada pela maioria dos doutrinadores pátrios: “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...]” (2004, p. 450).

Os princípios laboram como a principal ferramenta na solução de distúrbios sistemáticos que, de vez em vez, assolam o ordenamento jurídico. A visão formalista do passado cede a uma visão substancial na análise do Direito. O conteúdo demonstra sua força. Os intérpretes mais arraigados à visão formalista estão se curvando perante a eficácia jurídica insofismável dos princípios. A fase do pós-positivismo (SARMENTO, 2000, p. 41) inaugura uma nova concepção sobre a eficácia e importância dos princípios. A normatividade dos princípios,<sup>105</sup> cada vez mais acentuada pela sua positivação em texto constitucional, traduz uma eficácia vinculativa e obrigatória sobre comportamentos públicos ou privados, bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas (ESPÍNDOLA, 1998, p. 55). Passamos a linha divisória da ordem jusprivatista (os princípios estavam insertos nos Códigos) para a ordem juspublicística (inserção no texto Constitucional).

Assim, os princípios podem entrar em conflito num caso concreto, como, por exemplo, na aplicação da norma antielisiva. De um lado, a legalidade tributária e a liberdade privada, protegendo o contribuinte das investidas do fisco na busca de seu patrimônio; de outro, a capacidade contributiva, autorizando o fisco a identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, como prescreve o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal.

Não nos resta alternativa, senão recorreremos à técnica da ponderação de interesses, na busca de compor esses pontos de tensão principiológica. Luis Roberto Barroso, entende tratar-se de

uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas (normas), associá-lo a determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo

---

<sup>105</sup> Os princípios têm normatividade? Vezio Crisafulli, em publicação de 1952, atribuiu ao princípio a qualidade de norma como determinante de uma ou de muitas outras normas subordinadas. Ver também a respeito Bobbio (1998).

como referências máximas as decisões fundamentais do constituinte. (BARROSO, 2003, p. 185)

Essa técnica torna-se mister quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre, pelo menos, dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto (em pauta, na aplicação da norma antielisão, os princípios da legalidade e da liberdade conflitam com o princípio da capacidade contributiva).

Desta sorte, para solucionar o conflito, deverá o juiz aplicar o princípio da proporcionalidade<sup>106</sup> na sua tríplice dimensão:

- a) *adequação* – a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro;
- b) *necessidade* – tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto;
- c) *proporcionalidade estrita* – o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico (SARMENTO, 2002, p. 104).

Contrariamente, afirma Luiz Guilherme Marinoni (2004) a desnecessidade de se aludir à regra da proporcionalidade:

Como é evidente, a proporcionalidade, nesse caso, não poderia ser pensada como adequação ou necessidade, mas como proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, como regra hermenêutica que seria capaz de solucionar as situações de choque entre a manutenção da coisa julgada e a proteção de bem que torne indispensável a revisão do julgado. Seria o caso, em outras palavras, de aplicar um método de “ponderação” dos bens, e não simples harmonização, lembrando que “ponderar” é o mesmo do que sopesar para definir o bem que deve *prevalecer*, enquanto que “harmonizar” indica a necessidade de contemporizar para assegurar “a aplicação coexistente dos princípios em conflito”.

---

<sup>106</sup> Para um estudo mais aprofundado desse tema, ver Barros (2000).

Completa Luiz Guilherme Marinoni afirmando que a ponderação não é um método de interpretação. Como explica Canotilho, a atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes e, em seguida, procura atribuir um sentido aos textos normativos a aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens e

Para aceitar como plausível a alusão à proporcionalidade em face de investigação de paternidade, a contraposição não estaria sendo feita entre o direito à descoberta da relação de filiação e a coisa julgada material em abstrato, mas sim no caso concreto, considerado o surgimento do meio técnico do DNA como capaz de dar nova conformação à decisão transitada em julgado.

Porém, não há qualquer possibilidade ou razão para apelo à harmonização quando o que está em jogo é o surgimento de meio técnico capaz de modificar o julgamento. Como já foi dito, se o exame de DNA pode alterar o julgamento que se formou na sentença acobertada pela coisa julgada, o correto é interpretar tal exame como um documento novo, que não pôde ser utilizado, mas que é capaz, por si só, de “assegurar um pronunciamento favorável”. (artigo 485, VII, do CPC)

No entanto, faz-se mister questionar a conclusão do festejado processualista para inserir a hipótese de que, em havendo a concretização de situação socioafetiva, a simples existência de prova biológica, contrária àquela, não será suficientemente forte e definitiva para “por si só assegurar um pronunciamento favorável”, como exigido no artigo 485, VII, do CPC.

Na terceira dimensão do princípio da proporcionalidade, a estrita, deve-se, ainda, aplicar o raciocínio baseado na Lei de Ponderação, segundo Antônio Luiz de Souza Rocha (*apud* LIMA, 2000, p. 29 e 78), que ordena que, quanto mais intensa for a intervenção em um direito, mais graves devem ser as razões que a justificam. Para isso, é necessário passar por três fases: determinar a intensidade da intervenção; determinar as razões que a justificam; ponderar estritamente, por meio

de atribuição de pesos específicos aos interesses em jogo.<sup>107</sup> Nesse caso, a restrição imposta a um interesse deve ser a mínima possível para que seja indispensável à sua convivência com o outro, de modo que nenhum deles desapareça por completo. Se isso acontecer, não haverá ponderação de interesses, e sim preponderância de interesses, pois o pressuposto dessa técnica é a convivência harmônica dos interesses. Logo, os dois interesses sobrevivem juntos, lado a lado. Na verdade, há um acordo de interesses, onde cada um cede espaço ao outro, sem sacrifícios por inteiro de nenhum deles.

Outra hipótese seria a de configuração de norma constitucional inconstitucional quando houvesse a violação de valores fundamentais de justiça, sedimentados em direito supralegal não positivado na Constituição, levando a crer que os valores a sustentar essas normas estariam em colisão, pois o processo de concretização dos valores é feito por meio dos princípios, depois pelas normas e depois pelos demais atos normativos, até pelas sentenças que gerarão a jurisprudência. Logo, restaria insustentável a permanência das incoerências no ordenamento jurídico. A violação à ordem de valores, em medida insuportável dos postulados fundamentais de justiça, importaria no controle de legitimidade da norma, pois não foi possível a resolução das antinomias pelos critérios da hermenêutica e da técnica da ponderação de interesses. Pensamento que se sustenta nas reflexões de Otto Bachof (1994).

---

<sup>107</sup> A atribuição de peso específico torna-se tarefa árdua, já que interesses e valores não possuem uma escala de grandeza com hierarquia. São grandezas quantitativamente imensuráveis. O que se contorna pelo uso da lógica do razoável, de Luís Recaséns Siches, que a definiu: “La logica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de critérios de valorización, de pautas axiológicas, que además leva a sus espaldas como alleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia [...]” (*apud* SARMENTO, 2002, p. 106). O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto também nos ensina que interesses e razões são dados apenas experimentalmente referenciáveis, sujeitos a valorações subjetivas, exigindo não uma lógica para conhecer, mas uma lógica para decidir (1998 b, p. 55).

O controle de legitimidade da norma constitucional seria realizado em duas fases. A base de sustentação desse controle é a democracia participativa, um sistema misto de controle. A primeira fase é exercida pelo mais alto órgão técnico da Justiça, um tribunal constitucional. Nele, o tribunal reconheceria a existência da incoerência das normas constitucionais e enviaria ao Congresso Nacional para que realizasse uma consulta popular, sob a forma de referendo, visando à permanência ou à alteração do texto constitucional.

Ora, caso se parta do pensamento de Humberto Theodoro Jr. (*apud* DINAMARCO, 2002, p. 61), para quem a sentença abusiva não pode prevalecer, porque sentença abusiva não é sentença, acabar-se-á por concluir que não terá essa sentença força suficiente, quando passar em julgado para impor-se sobre normas e princípios que a repudiam. Trata-se do que se vem sendo chamado de *sentença com efeitos impossíveis*, que só aparentemente irradia efeitos, pois, na realidade, são ilididos por razões de ordem constitucional. Assemelha-se, assim, ao ato jurídico nulo. Régis Fichtner Pereira (2004) faz uma crítica quanto à manutenção, no Código Civil, do sistema de retirada integral de todo e qualquer efeito, uma vez declarada sua nulidade por sentença. Afirma ele:

O Direito Constitucional já conseguiu se livrar desse dogma no que respeita aos efeitos da lei declarada inconstitucional, através de decisões pioneiras do Tribunal Constitucional alemão, que passaram a considerar válidas e eficazes relações jurídicas previamente estabelecidas sob a égide de norma inconstitucional, em nome dos princípios da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. O Supremo Tribunal Federal seguiu a tendência jurisprudencial alemã e a própria lei 9.868/99, no seu artigo 27, já possibilita expressamente que ele assim proceda.

O mesmo princípio deveria valer para os negócios jurídicos declarados nulos por decisão judicial. Não é admissível que a decisão que declara nulo um negócio jurídico praticado há anos simplesmente declare que tudo o que ocorreu nesse tempo não vale, como se o juiz pudesse apagar com uma borracha todas as relações jurídicas que gravitam em torno dele.

Uma sentença desse quilate não é suscetível de ser acobertada pela força da *res judicata*, justamente pelo motivo de os efeitos impossíveis não se produzirem nunca, não havendo o que deva ser imunizado. Restará por ser um ato nulo, que, mesmo tendo existência precária, precisará ser retirado do mundo jurídico<sup>108</sup> e gerará aquilo que se pode chamar de *controle da constitucionalidade da sentença transitada em julgado*, possibilitando a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para abranger a coisa julgada.

A despeito de a decisão de inconstitucionalidade produzir efeitos retroativos ao momento da edição da norma legal assim considerada, resulta não ter a decisão caráter constitutivo-negativo, mas sim declaratório, ao reconhecer sua nulidade desde sempre. Afirmam Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria “que o vício da inconstitucionalidade gera invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário, e, assim, uma sentença nula de pleno direito, que pode ser reconhecida a qualquer tempo e em qualquer procedimento por ser insanável o vício nela contida” (2003, p. 123 *et seq.*).

A esse entendimento, contrapõe Luiz Guilherme Marinoni (2004):

Acontece que a coisa julgada não se sujeita – ou poderá se sujeitar – aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade e, assim, mesmo antes do artigo 27 da lei 9.869/99 – que, na realidade, com ela não tem relação – já era imune a tais efeitos. Clèmerson Merlin Clève, em livro publicado em 1995 [*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*], já dizia que *a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade*, enquanto que o próprio Gilmar Ferreira Mendes [*Controle de constitucionalidade*], muito antes de 1999, frisou que o sistema de controle da constitucionalidade brasileira contempla *uma ressalva expressa a essa doutrina da retroatividade: a coisa julgada*. Embora a doutrina não se refira a

---

<sup>108</sup> Os fatos, para serem adjetivados de jurídicos, depois de concretizados no mundo, sofrem a incidência de norma jurídica que os prevê em sua hipótese. Essa é a chamada fenomenologia da juridicização, cuja análise passa pelos planos da existência, da validade e da eficácia. Assim também ocorre com os fatos jurídicos processuais, embora, em questão de nulidades, eles guardem algumas peculiaridades que os diferenciam dos casos de nulidades do direito privado, como, por exemplo, a necessidade de pronunciamento judicial que lhe decreta invalidade, mesmo quando se trata de vícios mais graves, o que não ocorre em direito material, pois a nulidade absoluta opera *pleno iure*. Esse tema pode ser encontrado com mais profundidade em Mello (2000).

essa peculiaridade, tem-se por certo que a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tabula rasa da coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CRFB.67, art. 153 § 3º). Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou no acórdão.

Marinoni informa que, na verdade, a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei – que pode ser negada por ser nula –, mas sim o resultado de interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto. Ele conclui com palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] a declaração de inconstitucionalidade não tem efeito constitutivo de intangibilidade do caso julgado [...] Em sede do Estado de direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de direito. (*apud* MARINONI, 2004)

Admitida a existência de sentenças nulas em sua essência, mesmo após o esgotamento dos meios recursais ordinários e extraordinários para sua reformulação, é preciso adotar um meio hábil para retirá-las do mundo jurídico.

Nesse ponto, os tribunais não têm sido exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual adequado ao afastamento da coisa julgada em exame. Pontes de Miranda (*apud* DINAMARCO, 2002, p. 69), por sua vez, aponta algumas possibilidades, a saber: a) propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) alegação incidental em algum outro processo.

Outra corrente, baseada na nulidade da sentença inconstitucional, vislumbra o cabimento de uma ação autônoma, resquício da tese da *querela*

*nullitatis* que ainda persiste no Direito brasileiro e revela uma flagrante atualidade. Na espécie, a nulidade da sentença pode ser declarada por via de uma ação declaratória da inexistência, a qualquer tempo, pois, como eivada de grave vício de inconstitucionalidade, a sentença não se desenvolve validamente (NASCIMENTO, 2003, p. 20).

As teses acima expostas mostram a viabilidade de nova concepção, defendida por parte da doutrina, que busca demonstrar a relativização da coisa julgada. Contudo, não pregam seu desfazimento sistemático, até porque é de extremo risco retirar a segurança que representa a teoria da coisa julgada material, mas sim pregam a possibilidade de *desconstrução*, na acepção do texto, antes exposta e afirmada por Jacques Derrida (DERRIDA e ROUDINESCO, 2004, p. 9). O que mais se não admite é o sentido absoluto que possuía capaz de fazer do preto branco, do quadrado redondo.

Nosso ordenamento jurídico prevê meios que desfazem a coisa julgada a exemplo da ação rescisória, revisão criminal ou até dos embargos à execução (cf. DINAMARCO, 2002, p. 55). O que agora se propõe é a possibilidade jurídica de desfazimento da coisa julgada não prevista nos textos legais, mas que se mostra necessária, pois não é legítimo perpetuar injustiças em favor da certeza jurídica estabilizando e tornando definitiva uma ficção, criada pela sentença, que destoe da realidade.

Diferentemente de José Augusto Delgado, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, afirma Luiz Guilherme Marinoni que a coisa julgada é inerente ao Estado de direito e assim deve ser vista como um subprincípio que lhe dá conformação. Por esse motivo, ele afirma que não há como aceitar a tese dos autores anteriormente citados

no sentido de que a garantia da coisa julgada material, insculpida no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, dirige-se apenas ao legislador, impedindo-o de legislar em prejuízo da coisa julgada. Ora, como é evidente, a coisa julgada é garantia constitucional do cidadão diante do Estado (em geral) e dos particulares. Não é por razão diversa que, na doutrina portuguesa, fala-se em “princípio da intangibilidade do caso julgado como garantidor da segurança jurídica”.

As hipóteses de relativização, para Marinoni, são apenas aquelas previstas na norma processual como legitimadoras do ajuizamento de ação rescisória:

trata-se de hipóteses em que se admite a relativização da coisa julgada em virtude de certas circunstâncias, que não são relativas apenas a um direito em especial, mas sim a situações que podem marcar qualquer direito. Ou melhor, os casos de ação rescisória não abrem margem para a desconstituição da coisa julgada em razão da especial natureza de determinado direito, mas sim em virtude de motivos excepcionais capazes de macular a própria razão de ser da jurisdição [...].

Assim, o autor demonstra sérias preocupações com a banalização da “relativização”, que poderá vir a instalar o caos nas relações entre as pessoas.

É preciso, portanto, ter em mente que toda decisão envolve riscos, possibilidades e probabilidades e que, no Direito, existe algo mais arraigado ao sentido de *homem* e de *civilização* do que se imagina. Talvez o apego excessivo às regras formais seja fruto da vacilação dos tribunais diante da ausência de uma regra legal ou já universalmente consagrada pela doutrina. No entanto, a tese da relatividade da coisa julgada, embora incipiente no Direito brasileiro, já é admitida há bastante tempo em sede de Direito Comparado, principalmente no sistema anglo-americano, que não sofreu tanta influência das tradições romanísticas excessivamente formalistas.

A implementação efetiva dessa tese constitui elemento até então estranho na evolução da coisa julgada e do Direito como um todo, que contribui para

amenizar injustiças, como no exemplo mencionado do menino uruguaio, que provocam a nefasta negação dos desígnios do direito material.

Os processos judiciais não se formam visando à proclamação de teses acadêmicas de Direito. Só existem para tutela de interesses concretos nascidos da vida e das relações jurídicas nela criadas e desenvolvidas. São, pois, os direitos subjetivos à matéria-prima com que laboram os tribunais, e esses direitos, por sua vez, nascem de fatos. Por isso, cumpre aos magistrados conhecer sempre os fatos que se colocam à base de qualquer litígio. E as provas são, no processo, o meio de se chegar à cognição do suporte fático das pretensões litigiosas.

A tônica da nova ciência processual centrou-se na idéia de *acesso à justiça* e à inafastabilidade da prestação jurisdicional. O direito de ação passou a ser visto não mais apenas como o direito ao processo, mas como a garantia cívica de justiça, não apenas à sentença, mas à sentença justa. O direito processual assumiu, por isso, a missão de assegurar resultados práticos e efetivos que não só permitissem a realização da vontade da lei, mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça, fazendo-se fortes os adágios *jura novit cúria* e *narra mihi factum, dabo tibi jus*, distanciando-se, cada vez mais, de um sistema excessivamente formalista e positivado para se aproximar e buscar a verdadeira concepção de justiça.

O processo, assim entendido, assumia o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal e atingir o plano do processo justo. Esse tipo de processo comprometido com desígnios sociais e políticos, não poderia, obviamente, ser dirigido por um juiz neutro e insensível. Não pode fazer a real e efetiva justiça quem não se interessa pelo resultado da demanda e deixa o destino do direito

subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles.

O moderno processo civil procurou conciliar os antigos princípios dispositivo e inquisitivo. Manteve a feição dispositiva diante da postura de inércia do judiciário quanto à abertura do processo, deixando à exclusiva iniciativa das partes a formação da relação processual e a definição do objeto litigioso. Ainda sob o império do princípio dispositivo, conservou-se a jurisdição limitada ao pedido do autor e à exceção do réu, interditando-se ao juiz a instauração *ex officio* de processo e o julgamento de questões estranhas à litiscontestação (arts. 2º, 128 e 460 do CPC).

Entretanto, como a garantia de acesso à justiça (essência da nova concepção política e social do processo) não pode esgotar-se no simples ingresso das pretensões nos tribunais e reclama “o acesso à ordem jurídica justa”, o direito positivo teve de reforçar os poderes do juiz na condução da causa, tanto na vigilância, para que seu desenvolvimento fosse procedimentalmente correto, como no comando da apuração da verdade real em torno dos fatos em relação aos quais se estabeleceu o litígio. E, no que se refere ao novo Código Civil, o juiz passou de simples locutor à condição de intérprete da norma, tornando o direito mais aberto, socializado, com maiores possibilidades para o juiz interpretar as regras na sentença (ver MAFFEIS, 2003).

Daí, a dupla previsão do CPC: “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (art. 262); “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo” (art. 130). É exatamente isso que pode e mesmo deve ocorrer quando da tramitação de ação que tenha por objetivo investigar ou negar a paternidade de alguém, sendo que uma das principais é a realização de exame pericial de DNA, ao

qual as partes só se submetem voluntariamente, posto que inaceitável a obrigatoriedade de subsunção “sob vara”.

Apegada a tradições do processo dispositivo, cuja predominância a lei conservou na iniciativa do processo e na determinação de seu objeto, uma grande parte da doutrina insistiu em interpretar de maneira restritiva o poder de iniciativa do juiz em termos de instrução probatória.

Mesmo diante do enunciado claro do artigo 130 do CPC, entendia-se que, sobre ele, prevalecia a força do poder de dispor da parte sobre o processo e seu objeto e que o juiz, antes de usar a iniciativa (considerada “excepcional”) prevista naquele dispositivo legal, deveria se orientar pelas regras do ônus da prova, evitando suprir inércia probatória do litigante por atividade oficial de busca de elementos de cognição não requeridos nem produzidos a seu tempo por quem tinha o respectivo encargo probatório.

Mantinha-se, por essa exegese limitativa, o antigo e clássico princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve julgar a causa apenas com base nos fatos alegados e provados pelas partes, para não desequilibrar o tratamento igualitário devido a ambos os litigantes (art. 125, I, do CPC).

O poder de iniciativa do juiz, quando se sentir realmente em dúvida quanto à justiça da decisão a proferir, há de ser instrumento apenas para afastá-lo da perplexidade diante das provas incompletas ou lacunosas.

Durante muitos séculos, o processo foi visto como um jogo em que as partes eram os protagonistas, e o juiz, o espectador. Dentro desse torneio, a vitória caberia àquele que, segundo a observação do juiz, tivesse apresentado a melhor prova. E a qualificação dos valores atribuídos aos meios probatórios era totalmente aleatória e preconceituosa. Consagrava uma tarifação que nada tinha de lógica e se

recobria de superstições e outros critérios instituídos à base de privilégios hoje intoleráveis e inadmissíveis.

O juiz não se preocupava em pesquisar a verdade propriamente dita, mas apenas em apurar qual o litigante que conseguiria se sair melhor nos complicados jogos processuais. O resultado era o estabelecimento de uma verdade puramente formal, que, como é óbvio, impregnava o julgamento de alta dose de injustiça, na grande maioria das demandas.

Do século XVIII até hoje, principalmente depois da vitória da razão e do iluminismo na Revolução Francesa, a atividade judicante alterou completamente seus objetivos. A disputa entre os litigantes passou a ser um debate lógico, e o juiz se tornou um participante ativo na evolução do processo, de modo a formar seu julgamento à base de um racional convencimento diante das provas carreadas para os autos.

À verdade formal sucedeu a verdade real ou material, como escopo do processo e como fundamento da sentença. Aboliram-se as tarifações de provas por lei, e o conceito jurídico de prova passou a ser o de elemento de convicção. Se o magistrado não se convencesse diante do meio probatório produzido, prova não teria havido. Prova realmente só ocorreria quando fosse o juiz conduzido ao verdadeiro convencimento acerca do fato alegado.

O processo evoluiu do conceito privatístico que o primitivo direito romano forjara para caráter acentuadamente publicístico. A função da jurisdição deixara de ser apenas a de propiciar instrumentos aos litigantes para solução de seus conflitos, passando a desempenhar relevante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei.

Nesse processo moderno, o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social. A eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio.

Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem (uma utopia, talvez), o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. Com o espírito de servir à causa da verdade, o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado democrático social de direito.

Dentro dessa ótica, o juiz, no processo moderno, não pode permanecer ausente da pesquisa da verdade real, antes fica autorizado e mesmo obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em caso de necessidade, a colher de ofício as provas existentes. Esse protagonismo do juiz visa não apenas propiciar a rápida solução do litígio e o encontro da verdade real, mas também prestar às partes uma “assistência judicial”, pois não devem reverter em prejuízo destas o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis, atento, porém, à preservação da imparcialidade e do equilíbrio eqüidistante das partes.

Porém, antes disso, isto é, durante o estágio da apuração da verdade, o juiz não é nem pode ser mero espectador, de sorte que lhe cabe, com ou sem requerimento da parte, determinar as provas necessárias à formação de seu próprio convencimento.

Quando, finalmente, os elementos de prova não são produzidos ou se apresentam despidos da indispensável força de convicção, aí, sim, terá o magistrado de se guiar pelas regras formais do ônus da prova, para decidir contra a parte a quem a lei impunha dito encargo. Em suma, o artigo 333 do CPC contém norma de julgar a causa, e não regra de instrução probatória.

Em síntese, no processo civil contemporâneo, não vigora mais, em tema de prova, o princípio dispositivo, segundo o qual cabia ao juiz julgar a causa conforme o alegado e provado pelas partes. O que hoje prevalece é um sistema justo, de forma que ao juiz incumbe julgar conforme o alegado pelas partes e a prova disponível, pouco importando se sua produção proveio de iniciativa ou não das partes (artigos 130 e 131 do CPC).

Não há que se deixar de preocupar, no entanto, diante dessa posição, como dito, com a necessária e vital imparcialidade do magistrado, que deverá pautar sua conduta processual na busca da verdade, e não na pesquisa do direito ou do ponto de vista sustentado por uma das partes. Nesse ponto, põe-se em causa a possibilidade (ou não) de se manter a equidistância do juiz com as partes. Além disso, cada vez mais se faz forte a necessidade de que as partes e os profissionais envolvidos no processo estejam aptos tecnicamente a manter o que Habermas<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Como explica Habermas, “a tensão entre facticidade e validade se introduz na categoria do direito, manifestando-se nas duas dimensões da validade jurídica. O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; [...] de outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o

chamou de *situação ideal do discurso*, como forma de aprimoramento da democracia por meio da igualdade de oportunidades, garantida pelo procedimento equilibrado e veraz, explicado por Cristina Queiroz (2002) como o desenvolvimento do diálogo (processo) e da dialética por pessoas e interlocutores suficientemente preparados e informados, o que conduz a um resultado justo obtido pelo equilíbrio de forças pelo exercício potencializado da liberdade.

Parte-se da constatação de que, entre os princípios de direito, até mesmo os de ordem constitucional, é impossível evitar conflitos e de que, não raro, instalam-se contraposições graves, a exigir do intérprete e aplicador da lei delicada operação para harmonizar os comandos principiológicos e definir o ponto de equilíbrio entre eles.

Aliás, do mesmo modo, em todo o terreno dos princípios fundamentais, sempre presentes e atuantes, tem de estar a força harmonizadora dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A importância do instituto da prova judicial nunca é pouco ressaltada já que não se pode, evidentemente, fazer justiça sem dominar, com segurança, o quadro fático trazido à consideração do órgão julgante. José Carlos Barbosa Moreira afirma que “a imensa maioria dos litígios civis encontra solução, sobretudo, e muitas vezes exclusivamente, na apreciação de questões de fato, que nos chegam, como é óbvio, por intermédio da prova” (1990, p. 77).

Toda essa argumentação destina-se a demonstrar que a atividade jurisdicional necessariamente está pautada na imparcialidade, no sentido de não privilegiar ou de prejudicar qualquer das partes, o que não significa o mesmo que julgar sem que se esteja razoavelmente certo de que o conteúdo da decisão condiz

---

sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito” (HABERMAS, 2003 b, p. 245-246).

com a realidade dos fatos que estão em pauta. Na hipótese de as partes não serem eficientes a ponto de trazerem aos autos a demonstração probatória daquilo que alegam e tendo o magistrado possibilidade de acesso, poderá (ou mesmo deverá) determinar que tais provas sejam produzidas, visto que agir de modo contrário seria pactuar com uma meia verdade. Observa Cândido Dinamarco

O juiz moderno compreende que só se lhe exige 'imparcialidade' no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. *Não se lhe tolera, porém, a 'indiferença'*. (1987, p. 275)

Com admirável precisão, Dinamarco faz a inserção dos princípios do contraditório e da imparcialidade do juiz no contexto do devido processo legal.

Mostra, de um lado, a necessidade de o juiz acompanhar as mudanças de seu tempo, atuando "como autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo do jurídico" (1987, p. 277); de outro, a exigência de um permanente diálogo entre o juiz e as partes, revelador do contraditório em seu aspecto substancial. Mas resguarda a garantia da imparcialidade do juiz, sem a qual o processo pode transformar-se em instrumento de iniquidades, com a distribuição de favores aos amigos ou poderosos e a imposição de danos e prejuízos aos inimigos ou desvalidos, tudo sob o manto protetor do poder estatal.

Foi-se o tempo em que se esperava do juiz um distanciamento do conflito submetido à sua apreciação, como se o resultado final do processo pudesse prescindir da atuação mais efetiva e direta desse sujeito da relação jurídica processual.

O julgador moderno deve dedicar permanente atenção aos rumos do processo, direcionando-o para um desfecho válido e seguro, para tanto exercitando em sua plenitude os poderes que lhe são conferidos por lei. Exige-se dele, no

desempenho de seu elevado mister, não apenas uma bagagem jurídica que o habilite a bem decidir,<sup>110</sup> mas, principalmente, um apego inquebrantável à sua própria imparcialidade, garantia sua e de seus jurisdicionados, repugnando ao sistema jurídico apenas a figura do juiz parcial, não a do juiz partícipe.

Realmente, se à parte é defeso valer-se de suas próprias forças para diretamente solucionar o conflito em que se vê envolvida,<sup>111</sup> deve o Estado, detentor único do poder-dever de prestar a tutela necessária à resolução do conflito agir no processo, por meio de seus órgãos, com absoluta isenção de propósitos, assim retribuindo à confiança que lhe é depositada pelo destinatário final da atividade jurisdicional. Essa retribuição pressupõe necessariamente que o Estado exija, daqueles que exercem a jurisdição em seu nome, a condução imparcial do processo. Como salienta Cândido Rangel Dinamarco, para “que se legitime a imperatividade dos atos e decisões estatais no exercício da jurisdição, o primeiro requisito é a condição imparcial do juiz, o qual deve ser estranho à pretensão, ao litígio e aos litigantes” (1994, p. 185).

Na lúcida observação de Karl Larenz (1985, p. 181-186), o direito de a parte recusar o juiz não está, necessariamente, condicionado à possibilidade ou à probabilidade de que ele esteja realmente propenso a prejudicá-la; basta apenas a ocorrência de uma causa legal que justifique a desconfiança sobre a sua imparcialidade, pois o que está em jogo, afinal, é a confiança depositada na justiça.

Se é certo que a imparcialidade representa um dever do juiz perante os jurisdicionados, também é garantia sua, pois nela se escuda se e quando ameaçado em sua independência funcional. Sujeito, como toda e qualquer pessoa detentora de uma parcela de poder, a injunções ou pressões eventualmente espúrias, o juiz vale-

---

<sup>110</sup> A respeito das qualidades que se espera de um juiz, ver Watanabe (1987, p. 45-46).

se da própria lei para anulá-las, para tanto se afastando da presidência do processo e evitando, assim, o fardo que porventura lhe queiram impor, imparcialidade que é não só condição de prestação da tutela jurisdicional, mas verdadeiro direito fundamental da pessoa humana de acesso à Justiça e ao julgamento justo.

A partir da publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, começa um trabalho para dar eficácia às normas de direitos humanos. A própria Organização das Nações Unidas avançou muito quando, em 1966, aprovou os Pactos de Direitos Humanos.

Mas, a partir daí, surge o problema da eficácia das normas de direitos humanos. Agora, elas têm eficácia jurídica, mas como garantir na prática essa eficácia? É aí que se começa a ressaltar a extraordinária importância dos juízes para o cumprimento desse papel. Em muitas obras já se fala nisso, em muitos tratados isso foi mencionado, e os próprios pactos de direitos humanos mencionam a necessidade da independência do juiz, ao mesmo tempo em que falam na garantia de julgamento independente e imparcial como um dos direitos humanos fundamentais. Note-se que, nesse ponto, se vê o encontro de dois interesses fundamentais. Há um direito do juiz à independência para julgar, mas também um direito das pessoas a esse tipo de julgamento. Cada indivíduo tem o direito de ter seu caso e sua acusação examinados e julgados por um juiz que seja independente e imparcial. Aliás, essas expressões sempre apareceram juntas, independência e imparcialidade.

Isso é tão importante que se incorpora ao conjunto dos direitos humanos fundamentais. A Constituição, logo no capítulo primeiro, afirma alguns princípios como fundamentos da República: a cidadania, a dignidade da pessoa e o

---

<sup>111</sup> Ressalvadas, é claro, as raras situações em que a lei autoriza a autotutela (por exemplo, defesa da posse através de desforço imediato, conforme art. 1.210, § 1º, do CC).

valor social do trabalho. Assim, se a decisão de um juiz agredir a dignidade de uma pessoa, ela será *inconstitucional*.

O juiz não pode decidir dessa forma, e ninguém poderá fazer uma lei, publicar um decreto ou praticar um ato que ofenda um princípio consagrado na Constituição, porque afetará um princípio constitucional. É preciso ter isso muito claro e assumir a responsabilidade de decidir tomando por base a Constituição. Na verdade, isso é ser independente.

Quando se indagam as razões para não se ter o Judiciário ou a magistratura independentes, pode-se responder, de modo geral, que todos os sistemas totalitários, todas as ditaduras detestam a idéia do juiz independente, não o podem tolerar. É da natureza de um sistema totalitário não admitir o juiz independente. Não há, na teoria política, uma definição clara que permita dizer: até aqui é autoritário e a partir daí se torna totalitário. Mas são sistemas que se afastam de padrões democráticos para favorecer o próprio governante ou, o que é muito comum, e no Brasil acontece muitíssimo, para o favorecimento de oligarquias (nesse caso, usam-se mecanismos formalmente democráticos, mas sob o rígido controle de oligarquias). Como professa Dalmo de Abreu Dallari (1998):<sup>112</sup>

Para concluir, acho que há necessidade de nós reconhecermos, primeiro, que é fundamental a independência da magistratura. E voltando à minha questão: a independência da magistratura é importante para quem? Será que não é um privilégio do juiz querer ser independente? Peço licença para ler uma frase do meu livro *O Poder dos Juízes*, onde eu trato desta questão. Eu digo isto: “longe de ser um privilégio para o juiz, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes independentes e imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de Direito”.

A rigor pode-se afirmar que o juiz tem a obrigação de defender sua independência, pois sem esta a atividade jurisdicional pode facilmente ser reduzida a uma farsa, a uma fachada nobre para ocultar do povo a realidade das discriminações e das injustiças. Então, por tudo isso, volto ao que eu disse no início que se deveria

---

<sup>112</sup> Palestra proferida, em 1998, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj) nas atividades em comemoração dos dez anos da Constituição Federal.

refletir: será que é bom para o juiz ser independente? Será que é bom para os juízes uma magistratura independente? A minha resposta é: para o juiz autenticamente juiz, o juiz que acredita no Direito, o juiz que tem compromisso com a justiça, o juiz que se preocupa com a proteção da dignidade da pessoa humana, é importantíssima a independência, é ótima a independência da magistratura. Em sentido oposto, se o juiz se preocupar, antes de tudo, com seus interesses pessoais, se ele encarar sua carreira como uma oportunidade de ascensão social, de obter algum proveito pessoal, quem sabe prestígio, posição ou mesmo enriquecimento material, esse juiz não necessita da independência. Por tudo o que foi dito, minha conclusão final é que eu tenho a firme convicção de que no Brasil nós temos uma magistratura direcionada para a busca e a sustentação da independência. E acredito que dentro de poucos anos isso será um ideal comum da ampla maioria da magistratura brasileira.

Tem-se, portanto, todos os ingredientes necessários para concretizar e efetivar os direitos fundamentais. E é necessário que os responsáveis pela aplicação e interpretação do Direito se dêem conta da importância e relevância de se ter em mira, constantemente, esse objetivo, sob pena de se perderem a importância e a essencialidade do Poder Judiciário.

É exatamente esse enfoque que se analisará no tópico próximo, abordando as perspectivas hermenêuticas de efetivação da tutela estatal dos direitos da personalidade.

## 7.5 O COMPROMISSO DO PODER JUDICIÁRIO COM A DEMOCRACIA E OS DIREITOS HUMANOS

*Indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a Hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei.*

Eduardo Couture

*A interpretação teleológica penetra o domínio da valoração, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável.*

Luis Recaséns Siches

A natureza fez os homens tão iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito. Embora às vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo ou de espírito mais vivo que outro, ainda assim, quando tudo é considerado em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é tão considerável para que um deles possa, por causa disso, reivindicar para si algum benefício ao qual outro não possa aspirar, tal como ele. No que tange à força do corpo, o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, por maquinação secreta ou pela aliança com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.

Quanto às faculdades do espírito, encontra-se igualdade ainda maior entre os homens. O que talvez possa tornar essa igualdade incrível é apenas a concepção presunçosa da própria sabedoria, que quase todos os homens acreditam possuir em maior grau do que os outros, isto é, em maior grau do que todos os homens menos ele próprio e alguns outros poucos que, pela fama ou por concordarem com ele, mereceram sua aprovação. Mas isso prova que os homens são iguais também nesse ponto, e não desiguais. Não há, em geral, maior sinal de distribuição igual de alguma coisa do que o fato de cada homem estar contente com a sua parte. Dessa igualdade de capacidade, origina-se a igualdade de esperança de atingirmos nossos fins (HOBBS, 2002, p. 104). Como, então, negar a uma pessoa o direito de saber e descobrir quem é ela, qual sua real e verdadeira identidade, podendo ser diversa daquela que lhe informaram, que se exterioriza como única?

Impõe-se, assim, ao juiz de nossos tempos adequar os instrumentos processuais antigos e, às vezes, anacrônicos às necessidades do direito material de hoje, já que, reconhecidamente, o direito processual não é um fim em si mesmo e só se justifica como instrumento de acesso e garantia da realização plena dos direitos

que emergem da ordem jurídica material, de forma a buscar a concretização do direito maior de igualdade, pelo menos na possibilidade de que todos conheçam e possam desfrutar da convivência paterno-familiar.

Dispõe o artigo 12 do Código Civil que “pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direitos da personalidade e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Nesse artigo, abriu o legislador a possibilidade de utilização do Poder Judiciário para, por meio de normas processuais tipificadas ou não, tornar efetiva e concreta a proteção a qualquer direito da personalidade, de forma eficaz, ainda que não vinculada à prestação jurisdicional objetivada imediata ou precipuamente, pois o que importa é o resultado que propicia a cessação das agressões ou ameaças a tais direitos.<sup>113</sup>

Não há terreno mais propício à configuração de intoleráveis injustiças que o das ações relativas à paternidade, posto que a consagração da mentira ofende tanto a natureza das coisas como os sentimentos mais profundos dos protagonistas que se batem por direitos inalienáveis, imprescritíveis e tutelados pela ordem maior do plano jurídico.

Nesse tema, a voz que se ouve, no direito nacional e no estrangeiro, é a que noticia a abertura dos ordenamentos jurídicos em favor do critério da “verdade biológica” em detrimento daquele outro tradicionalmente comprometido apenas com a “verdade legal”, quebrando, com apoio no avanço da engenharia genética, o “injustificável fetichismo de normas ultrapassadas” e perniciosas à verdade real. Dentro desse moderno enfoque do Direito de Família, “em matéria de filiação, o

---

<sup>113</sup> “O respeito à pessoa humana, única em sua individualidade, mas necessariamente solidária da comunidade em que se encontra inserida, resta talvez, como único princípio de coerência possível em uma democracia humanista, e que, confia-se, um dia venha a ter alcance universal. Ao fim e ao cabo, trata-se, apenas e sempre, de buscar consolidar a primazia da dignidade da pessoa humana, consagrando-lhe plena e absoluta eficácia também no contexto que ela mais diz respeito, na ordem jurídica que regula suas relações mais importantes, justamente porque são as relações que a tocam

direito ao reconhecimento do estado de filiação não conhece restrições”, nem deve ser anulado ou diminuído por preceitos inerentes à tutela genérica da coisa julgada (ZAMBERLAM, 2002, p. 32).

A coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas, e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode ignorar, todavia, que, numa sociedade de homens livres, a justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade.

O progresso do Direito Processual Civil, comandado pela meta política e social de dar à função jurisdicional o encargo de cumprir a garantia constitucional de acesso efetivo à Justiça, exigiu do intérprete e aplicador das normas do processo a atenção necessária e compatível com o sentido de ordem pública predominante em tudo que diga respeito à composição dos litígios deduzidos em juízo.

A função do juiz, sem anular a dos litigantes, é cada vez mais valorizada pelo princípio inquisitivo, mormente no campo da investigação probatória e na persecução da verdade real.

Se isso se compreende até mesmo no compromisso de justa composição dos litígios em torno de direitos disponíveis, torna-se mais imperioso e premente nas causas em que a indisponibilidade dos direitos em conflito não pode transigir com a indiferença do órgão judicante.

Rigores formais, historicamente justificados por anseios rotineiros de segurança, não de ser revistos e flexibilizados para que não se subverta a função do processo e não se corra o risco de o instrumental de promoção do direito material se

---

mais de perto, isto é, o direito civil. Com Paul Valéry, reafirme-se que ‘o que há de melhor no novo é o que responde ao desejo mais antigo’” (MORAES, 2002, p. 45).

transformar no seu algoz e na barreira impeditiva de sua verdadeira realização prática (1999, p. 30).

Qualquer decisão a ser proferida versando sobre direito de filiação há de ser conectada com o princípio fortemente estabelecido: é essencial que se observe o melhor interesse da criança, critério que se universaliza, revelado na expressão *the best interest of the child* ou, em alemão, *kindeswohl*, e alçado ao patamar constitucional ao assegurar, no artigo 227, “absoluta prioridade” à criança e ao adolescente.

Atende, igualmente, ao estatuído na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 6º, que condiciona seus dispositivos à observância da condição peculiar da criança e do adolescente, como pessoas em desenvolvimento).

A verdade que a Justiça tem de proclamar não é apenas a que decorre do sangue, que corre nas veias, mas dos sentimentos, dos brados da alma, dos apelos do coração, características muitas vezes encontradas entre pessoas sem o vínculo biológico e, ao contrário, muitas vezes ignoradas por pais e filhos “legítimos”, ainda que não se reconheça sequer um resquício de legitimidade nessa relação.

É necessário que se valorize a posse do estado de filho, que demonstra e caracteriza o elo sentimental que une duas pessoas na condição peculiar de pai e filho, sendo de menor relevância o vínculo sanguíneo.

Além disso, ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética.<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> “Por essa razão, cresceu de importância a noção da posse do estado de filho, que revela a constância social da relação paterno-filial, caracterizando uma paternidade que existe não pelo

O que está em pauta é o direito à identidade da pessoa, para posicioná-la no mundo e na sociedade; portanto, estão em julgamento questões muito mais importantes e relevantes do que normas procedimentais. Nesse sentido:

A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é o seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real.

A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral. O processo não merece ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas.<sup>115</sup>

A coisa julgada é expressamente conceituada no § 3º do artigo 6º da LICC como “decisão judicial de que já não caiba mais recurso”. Essa definição é sabidamente incompleta para os dias atuais, mas satisfatória. Dela, evoluiu-se para uma conceituação geralmente aceita, embora não pacificamente, de Liebman, que pode ser sintetizada nas seguintes palavras: a coisa julgada material ou coisa julgada substancial “consiste no fenômeno pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes” (*apud* MIRANDA, 1982, p. 429). Assim, a coisa julgada, definindo os termos das relações, torna-as intocáveis. Se, havendo uma relação controvertida, uma sentença fixou os poderes e vinculações das partes, essa sentença substitui, como título concreto, o preceito legal na regência daquela relação.

O enunciado do Recurso Especial 4.987/RJ-STF informa que “na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real”. Cabe, pois, ao intérprete e ao hermeneuta do Direito buscar no ordenamento jurídico, afastando qualquer

---

simples fator biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes em virtude de uma convivência afetiva” (WELTER, 2002, p. 54).

obstáculo – ainda que legal –, a solução adequada para o caso concreto, dever maior do Estado a dar concretização ao fundamental direito da personalidade. Segmentos mais progressistas do Judiciário vêm se mostrando menos afeitos ao formalismo e ao positivismo e têm se preocupado mais com a busca da verdadeira e legítima justiça, ainda que, para isso, seja necessário sacrificar dogmas e normas legais, o que gera reações inflamadas de parte significativa de membros do Poder Judiciário, que chegam a pregar o caos apenas pelo fato de se aventar a possibilidade de questionar a intangibilidade dos casos acobertados pela coisa julgada material.

Superado o prazo para eventual ação rescisória, ou mesmo que nela vencido, a qual, por si só, constitui uma exceção jurídica para rescindir julgados em casos excepcionalíssimos, poderia, então, o interessado (réu condenado em ação de investigação de paternidade) simplesmente ignorar o resultado da demanda anterior e postular outra decisão diferente da anterior, ainda que para a produção de uma prova científica mais segura como a do DNA, não realizado no processo original?

Ainda que *a priori* a primeira resposta que se venha à mente seja “não”, em se tratando de direitos da personalidade, há que se considerar a possibilidade de a resposta ser positiva, sob pena de se perpetuar uma situação irreal, desconectada com a verdade e com os próprios direitos das partes, a despeito da formação da coisa julgada material que, nesse aspecto, estará perenizando uma inverdade, vedando às pessoas o acesso ao pleno exercício da cidadania e ao direito à própria identidade. Vejamos argumentos pró e contra.

---

<sup>115</sup> Agravo improvido. Maioria. TJDF – AI 2.446-4/98 – 1ª T. – Rel. Des. p/o Ac. Valter Xavier - J. 12/4/1999.

**AÇÃO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE – EXAME PELO DNA POSTERIOR AO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – COISA JULGADA.**

1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468, do Código de Processo Civil, é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485.

2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada.<sup>116</sup>

Aliás, vem de longe a discussão sobre a reabertura de casos julgados em matéria de paternidade, como se colhe do seguinte aresto originado do colendo Supremo Tribunal Federal:

Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Ação movida e julgada na vigência da Lei nº 4.737, de 1942. Renovação do procedimento após a vigência da Lei nº 883, de 1949. Inadmissibilidade. Causa julgada. Proclamação de coisa julgada. Recurso extraordinário. Não conhecimento.<sup>117</sup>

Em outra situação, afastou-se a pretensão de revisão do julgado em que foi acatada a paternidade do investigado, que, depois de esgotar todos os recursos legais, ajuizou ação negatória com pleito de exame de DNA. O julgado restou assim ementado:

Impossibilidade de rediscussão da paternidade em ação posterior em que a esposa e o filho do investigado postulam a realização de prova pericial (exame do DNA) não realizado na época. Extinção do

<sup>116</sup> REsp 107.248/GO, DJ de 29/6/1998, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

<sup>117</sup> RE 39.108, 1ª Turma, rel. Min. Ari Franco, data do julgamento: 17/7/1958, publicação: ement. vol. 355, p. 913, RTJ 601/597.

processo com fundamento no art. 267, IV, do CPC. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido.<sup>118</sup>

No mesmo sentido, a jurisprudência majoritária do TJDF:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – SENTENÇA ANTERIOR RECONHECENDO O VÍNCULO SANGÜÍNEO – PROPOSITURA DE AÇÃO NEGATÓRIA – COISA JULGADA – Ofende o princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada a propositura de ação negatória de paternidade, mesmo com invocação das novas conquistas científicas, se aquela foi reconhecida em sentença anterior transitada em julgado” (AC 30.642, 2ª Turma Cível, Rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira, DJU de 22.06.1994, p. 7.127). Aliás, deste último julgado colhe-se referência ao TJSP, Ap 110.881, Rel. Des. Carmo Pinto, in *Revista Forense*, 209/189. Além de visivelmente inepta a petição inicial da autora, que, com a mais respeitosa licença deveria ter sido indeferida liminarmente, esbarra no obstáculo intransponível da coisa julgada material (CPC, art. 467), a qual constitui pressuposto processual externo negativo de validade do desenvolvimento do processo, devendo, por isso, a demanda ser extinta *ex vi* do art. 267, IV, do Código de Processo Civil. Com essas considerações, provejo o agravo para cassar a decisão recorrida e extinguir o processo com fulcro no art. 267, I e IV, do Código de Processo Civil, impondo à autora os consectários de sucumbimento, estimando a verba honorária em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), os quais suspendo por cinco anos a teor do disposto no art. 12, *in fine*, da Lei nº 1.060/50.<sup>119</sup>

Por outro lado, no mesmo julgamento, colhe-se voto vencido do Desembargador Valter Xavier, o qual entende que a ação de investigação de paternidade é daquelas em que não se materializa a coisa julgada. Diante da segurança jurídica que se busca com uma coisa julgada, tem-se um valor mais alto, que é de o filho saber quem é seu pai e o pai de saber se realmente gerou aquele filho.

Afirma o eminente magistrado que

uma eventual má condução do feito não pode sepultar, de uma vez por todas, o direito de o filho rever a decisão judicial, de qualquer interessado rever essa decisão judicial. Já vai longe, a meu aviso, aquele princípio que autorizava ao Poder Judiciário fazer do preto, branco e do quadrado, redondo. A verdade há sempre de prevalecer. Os registros públicos hão de espelhar essa verdade, não importa o

<sup>118</sup> AC 40.062, 3ª Turma Cível do TJDF, Publicação no Diário da Justiça – Seção III, 5/3/1997, p. 3.190.

<sup>119</sup> AC 30.642, 2ª Turma Cível, Rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira, DJU de 22/6/1994, p. 7.127.

tempo que tenha passado, não importam os remédios jurídicos que tenham sido utilizados. Toda uma seqüência de filiação ficará comprometida, se, porventura, estiver errada a decisão judicial. Assim, Senhor Presidente, nego provimento ao agravo e o processo segue para que seja apurada a realidade dos fatos e afastada a preliminar de coisa julgada na espécie.<sup>120</sup>

Discorrendo sobre a discrepância entre o resultado de processo de investigação de paternidade e laudo pericial, que, posteriormente, veio a demonstrar outra realidade biológica, Luiz Guilherme Marinoni (2004) informa:

Dinamarco faz menção a um sistema bastante diverso, afirmando que no direito americano importa mais a realidade que a estabilidade. Porém, não parece ser essa a posição defendida pela doutrina americana mais abalizada que reconhece que “the purpose of a lawsuit is not only to do substantial justice but to bring an end to controversy. It is importante that judgements of the court have stability and certainty”.<sup>121</sup>

Com o alerta que há de permear sempre e toda a atividade jurisdicional, que é o cuidado com a boa-fé objetiva, Marinoni clama por precaução, para que pessoas menos escrupulosas se sirvam da prestação jurisdicional para alcançar fins ilícitos ou menos nobres. Diz ele:

Nesse campo é necessário grande cuidado, pois o oportunismo daqueles que já tiveram seus direitos rejeitados pode servir de estímulo a pretensões que desejem reavivar a discussão de fatos já analisados, ou mesmo de provas já produzidas e valoradas.

[...]

O problema do funcionamento indevido dos corpos jurídicos não pode ser resolvido mediante a simples tentativa de rediscussão de sentença acobertada pela coisa julgada material. Neste aspecto, é de se salientar que nenhuma das teorias que tratam do tema enfrentou a questão do artigo 474 do CPC, princípio basilar de que a *coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível*. (Sem destaque no original)

Como compatibilizar duas ditas verdades – de um lado, a resultante da força da coisa julgada e, de outro, uma certeza, ainda que sangüínea, biológica, de que aquela relação paternal que o Poder Judiciário afirmou que existe não se

<sup>120</sup> Resp. 99108, 1ª T., rel. Ministro Ari Franco, j. 17/7/1958. Ementário, vol. 355 p. 913, RTJ 601/597.

configurou? Talvez, nesse ponto, se possa inserir um outro valor que vem ganhando corpo, não sem muito embate e contestação, como tudo que se pretenda alterar e inovar, ainda que a versão existente não agrade, não funcione, não atenda às necessidades e expectativas das pessoas – a afetividade, os laços de carinho, ternura, dedicação que, afinal são os únicos suficientemente fortes para manter duas pessoas unidas por tempo superior àquele que a lei impõe por força da responsabilidade de uma pela outra.

Não é a lei que determina o afeto de dois entes que se unem para satisfazer o desejo irreprimível da aproximação corporal e espiritual; outro poder dirige ou guia essa união, santificando-a. O Direito intervém somente para regular socialmente os efeitos humanos dessa união, declarando as relações que surgem da constituição do ente social que se formou.

A Constituição Federal de 1988 foi, efetivamente, um divisor de águas no que concerne aos valores da família contemporânea brasileira. A iniciar pelo artigo 1º, III, que traduz o princípio da dignidade do ser humano como fundamento do Estado democrático de direito, somado ao artigo 3º, I, do mesmo diploma legal, que consagra o princípio da solidariedade, parte-se rumo ao fenômeno da *repersonalização das relações entre pais e filhos*, deixando para trás o ranço da patrimonialização que sempre os ligou, para dar espaço a uma nova ordem axiológica, a um novo sujeito de direito nas relações familiares e, até mesmo, a uma nova face da paternidade: o vínculo socioafetivo que une pais e filhos, independentemente de vínculos biológicos. Faz-se necessário, porém, que a Constituição Federal seja lida com olhos de modernidade, sob as lentes

---

<sup>121</sup> Tradução: “O propósito de um processo judicial não é somente fazer justiça material, mas trazer um fim à controvérsia. É importante que os julgamentos da corte tenham estabilidade e certeza”.

verdadeiramente inovadoras quase revolucionárias do constituinte, pois, se o novo for olhado com os olhos do velho, velho permanecerá.

João Batista Villela, em 1979, já estava a repensar o vínculo da paternidade biológica. Seu pensamento foi sábio, e, já naquele ano, Villela produziu uma reflexão a que chamou de “desbiologização da paternidade”. A partir daí, o elo biológico da paternidade começou a ser repensado, chegando a bater às portas do Poder Judiciário para ecoar dele a força da paternidade socioafetiva e deixar, em segundo plano, a paternidade biológica, tanto assim que:

Tais reflexões demonstram que se vive hoje, no Direito de Família contemporâneo, um momento em que há duas vozes soando alto: a voz do sangue (DNA) e a voz do coração (AFETO). Isto demonstra a existência de vários modelos de paternidade, não significando, contudo, a admissão de mais de um modelo deste elo a exclusão de que a paternidade seja, antes de tudo, biológica.

No entanto, o elo que une pais e filhos é, acima de tudo, socioafetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o do elo biológico.(ALMEIDA, 2002 b)

Nossa paternidade pode ser absoluta ou não. Mas isso não muda nada. Apenas tudo caminha como sempre. Mas que esse caminho não é o correto já se percebeu. Apenas se constata que nossas estradas não são sinalizadas. E perder-se na estrada não é nada agradável, principalmente quando sabemos que, aconteça o que acontecer, teremos de chegar ao destino, seja ele qual for, não sendo demais recordar que:

o destino é mais autoritário que o DNA. Apenas porque ainda não foi mapeado. Melhor assim. Não tendo certeza de nada, apelamos para o caos. Ele passa de origem a efeito quando encontramos aquele velho amigo de nosso pai, que ao final do bate-papo, após contar toda a sua vida, nos diz: minha vida se tornou um caos. (PELUSO, 2004)

Desse destino configurado em valores mais condizentes com a realidade da modernidade, afirma Luiz Edson Fachin:

Novos tempos, novos juizes: a família se transforma na renovação dos conceitos captados dos fatos e das mudanças sociais. O juiz da família se abre para acolher a vida e a realidade: um passo e um desafio. O futuro dirá para onde marchará o destino reservado pelos tribunais às relações paterno-filiais calcadas no afeto e no amor. (1996, p. 78)

Sob esse aspecto mantém-se a modernidade lição de De Page, citada em acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicado na *Revista dos Tribunais*, n. 618, página 171, alertando para o fato de que o Direito de Família deve estar atento às alterações e evoluções do comportamento humano, sendo relevante salientar que:

[...] o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. Indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a Hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei (Couture) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valoração, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável. (Recaséns Siches)<sup>122</sup>

O Poder Judiciário vem esboçando reação – esparsa, reconheça-se – e volta-se a se adaptar (incluindo seus julgamentos e a necessária interpretação das normas legais) ao mundo e à realidade das pessoas, e não o contrário. Isso é o que se apreende do julgamento no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim ementado:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA.

<sup>122</sup> AC 68.829, 3ª Câmara, TJMG, j. 12/6/86, rel. Des. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade.

2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana.

3. *A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.*<sup>123</sup>

Não se está afirmando que o amor e o afeto, e mesmo os laços de parentescos e as relações sexuais, devam ser considerados partes dos domínios ao alcance da justiça distributiva, pois são julgados de outra maneira, por outros critérios e valores, ou melhor, não são sequer julgados, pois os seres humanos amam da melhor maneira possível – os seus sentimentos não são passíveis de mensuração ou redistribuição. No entanto, esses valores afetivos devem, necessariamente, ser considerados quando dos julgamentos e decisões jurisdicionais,

pois estão intimamente ligados a outras esferas distributivas, vulnerabilíssimos a suas intervenções e exercendo uma influência persuasiva. Nesse sentido, o próprio casamento é muito mais do que um contrato civil, faz parte de um sistema maior, com o qual os legisladores só lidam às margens ou após o fato, para a organização moral e também espacial da vida “privada”: lares, refeições, visitas, deveres, expressões de sentimento e transferência de bens. (WALZER, 2003, p. 314)

Entender o casamento como algo mais amplo do que um mero contrato civil e a paternidade, muito mais do que o vínculo sanguíneo, foi o que levou o

Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>124</sup> a decidir que uma criança permaneça com os pais adotivos, mesmo após os biológicos terem demonstrado intenção de recuperar a guarda da menor que lhes foi entregue com pouco menos de 4 meses, pela própria mãe. Durante toda a tramitação do processo, os pais biológicos sequer exerceram o direito de visitação que lhes foi garantido, demonstrando, assim, que nenhum laço de afeto foi constituído entre eles e a criança.

Nessa perspectiva de estar vivenciando uma verdadeira revolução na aplicação do Direito, no aprimoramento da Justiça, busca-se aproximá-la do homem como centro de irradiação de todas as forças universais e a quem devem ser dedicados todos os esforços e dirigidas todas as ações para garantir a efetiva concretização de seus direitos fundamentais.

O capítulo seguinte, ante-sala das notas conclusivas, enfrentará o tema do desenvolvimento da atividade jurisdicional, tendo como elemento primordial o homem, realçando a relevância da democratização na discussão de idéias, voltada à retirada da blindagem que se formou em torno de dogmas e verdades tidos como absolutos, deixando-se perpassar por novos ares, novos ideais direcionados à efetivação da tutela dos direitos humanos fundamentais e à realização, ainda que tardia, como afirmou Lênio Luiz Streck (2003 a), das promessas da modernidade constitucional.

A verdade de hoje pode não ser a de amanhã e, certamente, não pode ser vista com os mesmos olhares amalgamados com conceitos e dogmas que já não atendem e respondem aos questionamentos e anseios da sociedade atual

---

<sup>123</sup> Apelação Cível número 108.417-9, de Curitiba, 2ª Vara de Família, j. de 12/12/2001, relator Des. Accácio Cambi (cópia gentilmente encaminhada por Paula, assessora da juíza Rosana Amara Gimara Fachin do TA-PR).

<sup>124</sup> Apelação Cível 2003.011330-4, 1ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relatora Des. Salete Sommariva. Disponível em: <[www.conjur.uol.com.br/textos/249774](http://www.conjur.uol.com.br/textos/249774)>. Acesso em: 6 out. 2004.

globalizada e informada (WAMBIER e MEDINA, 2003, p. 191). Nesse ponto, alerta Luiz Guilherme Marinoni (2004) que a não-fixação de qualquer prazo para eventual rediscussão de decisão que estabeleceu ou não a existência de relação paterno-filial entre duas pessoas, em vez de oportunizar a consagração da personalidade, poderá, ao possibilitar a eternização da possibilidade da revisão da coisa julgada, estimular a dúvida e, desse modo, dificultar a estabilização das relações. Conclui o autor:

Como essa ação possui relação com a evolução da tecnologia, ou melhor, com uma forma de produção de prova impensável na época em que o artigo 485 do CPC passou a reger a ação rescisória, é imprescindível que esse artigo seja alterado para deixar clara a possibilidade do uso da ação rescisória com base em laudo de DNA, bem como o seu prazo.

Marinoni justifica seu posicionamento em três afirmações jusfilosóficas de inquestionáveis valores. A primeira delas é de Gustav Radbruch, que critica a inconsistência que advém da falta de uma concepção adequada de justiça. Segundo Radbruch,

[a] disciplina da vida social não pode ficar entregue, como é obvio, às mil e uma opiniões dos homens que a constituem nas suas recíprocas relações. Pelo fato de esses homens terem ou poderem ter opiniões e crenças opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplinada duma maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos. (1979, p. 178)

A segunda afirmação é de John Rawls, que escreveu: “The only that permit us to acquiesce in an erroneous theory is the lack of a better one; analogously, an injustice is tolerable only when is necessary to avoid an even greater injustice” (RAWLS, 1997, p. 89).

A terceira refere-se à falta de critérios seguros e racionais para a “relativização” da coisa julgada material, que pode, na verdade, conduzir à sua “desconsideração”, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça. Essa

desconsideração geraria uma situação insustentável, como demonstra Radbruch, ao citar de Sócrates: “Crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis pelos indivíduos?” (*apud* RADBRUSCH, 1979, 184).

A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição nem violentar os caminhos da natureza, determinando, por exemplo, que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse “poder” absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza é de cunho negativo. A sentença transitada em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário (DELGADO, 2001, p. 21).

Afinal, não há que se perder de vista que não só a Justiça, mas também o Estado (e aquela nada mais é do que uma parcela deste) e o próprio sistema jurídico-legal existem em função do ser humano, e não o contrário. Quando esse sistema provoca rupturas e impõe distorções tornando a pessoa refém de decisões burocráticas e formais, é preciso reconhecer que alguma coisa não vai bem e, com humildade e serenidade, devem-se buscar novos caminhos, sempre no encaixo da concretização do objetivo maior da Constituição Federal de tutelar os direitos fundamentais e garantir a harmônica convivência social.

## 8 A PESSOA: VALOR-FONTE FUNDAMENTAL DO DIREITO

*Garantir a liberdade dentro de uma sociedade solidária é o desafio que se coloca. Liberdade para todos e não apenas para alguns. Liberdade que sirva aos anseios mais profundos da pessoa humana. De modo algum a liberdade que seja instrumento para qualquer espécie de opressão.*

João Batista Herkenhoff

### 8.1 LIBERDADE E IMPARCIALIDADE PARA PENSAR

Durante a construção de uma dissertação, com a seriedade que se espera de tal tarefa, pretende-se ter uma posição de imparcialidade a respeito do tema pesquisado. No entanto, há uma consciência da utopia de imaginar-se uma pessoa totalmente neutra, visto que, em qualquer situação, até mesmo de omissão, é impossível desfazer-se dos conceitos, princípios e valores que foram se amalgamando com o caráter, a personalidade e a própria alma de cada um. Isso há de servir de ponte para uma trajetória desbravadora, isenta, sem ser preconceituosa, em busca de caminhos melhores e soluções mais humanas para os problemas que se apresentam cotidianamente no mundo jurídico.

Não se deve ignorar que a família sempre esteve vinculada aos preconceitos que historicamente a mantiveram enclausurada, nos estreitos limites da religião, da moral e da preservação do patrimônio capitalista. A esse respeito, cumpre lembrar que, forma modelar da imparcialidade, a história não se apresenta como neutra e indiferente. A imparcialidade, escreve Hannah Arendt,

[...] e com ela toda a historiografia legítima, veio ao mundo quando Homero decidiu cantar os feitos dos troianos não menos que os dos aqueus, e louvar a glória de Heitor não menos que a grandeza de Aquiles. Essa imparcialidade homérica ecoa em Heródoto que decidiu *impedir que os gregos e bárbaros perdessem seu devido quinhão de glória* [...]. Não apenas deixa para trás o interesse comum no próprio lado e no próprio povo que até nossos dias

caracteriza toda historiografia nacional, mas descarta também a alternativa de vitória ou derrota, considerada pelos modernos como expressão do *juízo objetivo* da própria história e não permite que ela interfira com o que é julgado digno de louvor imortalizante. (1979, p. 81)

É, assim, consciente da ausência de imparcialidade estigmatizante, paralisante, alienante que, invariavelmente, ofusca e cega, impedindo que se veja e se caminhe adiante, talvez fruto da vaidade que dificulta o reconhecimento de que posicionamentos até então tidos como certos podem não ser assim tão corretos, ou que talvez possam haver outros, melhores, mais indicados para uma hipótese concreta, mostra-se necessário, implantar ou aprofundar o princípio da *liberdade de pensar*, que envolve e imbrica, de forma direta e objetiva, o próprio conceito de democracia. Mais uma vez, é oportuno recorrer a Hannah Arendt, que esclarece que o tema só começou a despertar o interesse dos filósofos “quando a liberdade não mais foi experimentada no fato de agir e de associar-se com outros, mas no querer e no comércio consigo mesmo, em síntese, quando a liberdade se tornou livre-arbítrio” (*apud* FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 27). A liberdade só se manifesta, conclui ela, “quando o eu quero e o eu posso coincidem”. Não é apenas desejo contra desejo, o que é próprio do livre-arbítrio, mas junção de desejo e poder.

De qualquer forma, na cidade – principalmente nas grandes metrópoles – inventa-se e desenvolve-se a democracia, como campo propício e fértil ao exercício da liberdade. Nelas também se manifestam os entraves ao exercício dessa mesma liberdade. Na filosofia de Aristóteles, o fundamento do direito está na própria pólis. Como o direito existe na sociedade, já que o homem é animal político, segue-se que o fundamento é imanente à própria sociedade num Estado democrático de direito: “O homem deve buscar a vida boa, que só pode obter se se integrar ao

sistema social em que vive. O fim do Estado não é meramente a vida, mas a boa qualidade de vida” (ARISTÓTELES, p. 118).

O homem nasceu livre, escreveu Rousseau (1991, p. 98), mas é preciso que a independência do indivíduo natural não lhe seja roubada, quando entra na sociedade e se torna um cidadão. Nessa linha de pensamento, o problema consiste em encontrar um sistema social em que as exigências da ordem e da liberdade não sejam contraditórias. É a isso que deve se propor o sistema jurídico-constitucional democrático moderno:

É, pois, o desafio dos nossos tempos: hoje, as grandes cidades concentram o melhor e o pior, o justo e o injusto, o novo e o velho, o natural e o artificial, a liberdade e a ordem e, principalmente, o simulacro através das novas normas de comunicação. Qualquer discussão sobre a democracia e liberdade que não tome como ponto de partida as cidades modernas e os problemas vivenciados notadamente originados do relacionamento entre as pessoas, tende a ser mais uma abstração. (NOVAES, 2002, p. 7)

De qualquer sorte, o paradoxo reside em que essa liberdade que se busca e à qual tanto se aspira é também aquela em cujo nome já se desencadearam guerras, mortes, ódios e rancores que atravessam séculos.

A despeito dessas distorções, é forçoso recordar que a liberdade tem sua força transcendental e reforça-se na época contemporânea como essencial e inafastável ao ser humano, eis que deve conduzir à utopia de criação de uma sociedade solidária. Não deve conduzir ao isolamento, à solidão, à competição, ao esmagamento do fraco pelo forte, ao homem-lobo-do-homem, à ruptura dos elos. Essa ruptura leva tanto à esquizofrenia individual como à social, pois:

Garantir a liberdade dentro de uma sociedade solidária é o desafio que se coloca. Liberdade para todos e não apenas para alguns. Liberdade que sirva aos anseios mais profundos da pessoa humana. De modo algum a liberdade que seja instrumento para qualquer espécie de opressão.(HERKENHOFF, 2002, p. 137)

Diante de tantas incertezas, revela-se fundamental a necessidade de uma *reflexão crítico-construtivo desconstrutivista* mais aprofundada em direção a um sistema jurídico liberto de distorções preconceituosas e estigmatizantes que, muitas vezes, impede-nos de pensar e de ver o que está diante de nós.

Essa necessidade se revela mais forte e premente quando esses sistemas dizem sobre as relações pessoais consistentes na filiação/paternidade e na união de pessoas (sem qualquer preconceito como homem/mulher, casamento etc.) não só originadas na natural necessidade gregária do ser humano, mas também na propensão humana a socializar-se, unindo-se a seus iguais.

Ao longo do tempo, o homem vem incorporando esses valores de importância transcendental, deixando para trás a época em que era considerado apenas e tão-somente como força de trabalho, quando seu valor era maior ou menor, conforme seu potencial de produção.

A sociedade evoluiu, o homem se modernizou e galgou atingir o *status* central na ordem jurídica mundial, a despeito de uma série de situações em que se configuram o desrespeito, a agressão a seus direitos mínimos existenciais. Essas situações talvez sejam fruto de uma política globalizante, fundamentada no lucro e no consumo. De qualquer forma, a sociedade vem experimentando, ainda que a duras penas, a força preceptiva da Constituição Federal em seu objetivo de garantia dos direitos fundamentais, ainda que mínimos.

Ensina Ricardo Lobo Torres:

O mínimo é direito subjetivo protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se complicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa. (2000, p. 164)

Desse modo, ensina o autor que o *status negativus*, decorrente dos direitos humanos, significa que o Estado não pode criar qualquer constrangimento ao indivíduo, quanto ao seu poder de autodeterminação, liberdade de ação ou omissão. Já o *status negativus* firma-se no campo tributário por meio das imunidades fiscais, demonstrando que se trata de um caso paradoxal, por proteger tanto pobres como ricos, dentro de limites mínimos necessários para garantir a dignidade humana.

Quanto ao *status positivus*, identifica o autor duas espécies: *status positivus libertis* e *status positivus socialis*. O primeiro *status* impõe prestações positivas, gerais e igualitárias do Estado, o qual deve assegurar prestações jurisdicionais e garantias de liberdade por meio da polícia, das forças armadas, da diplomacia etc. Resumindo, o Estado deve garantir os direitos fundamentais por meio de serviços públicos remunerados por impostos gerais ou taxas.

Ricardo Lobo Torres também informa que o mínimo existencial postula ainda “prestações positivas de natureza assistencial”. Contudo, tais prestações têm caráter subsidiário, uma vez que o Estado somente estará obrigado a cumpri-las quando o sistema de seguridade público ou privado falhar, deixando o cidadão sem meios indispensáveis para a sua sobrevivência.

Quanto ao *status socialis*, ensina o autor que ele não tem dimensão originariamente constitucional, pois depende da situação econômica do país e da riqueza nacional. Tal *status* é de

suma importância para o aperfeiçoamento do Estado Social de Direito, sob a sua configuração de Estado de Prestações e em sua missão de protetor dos direitos sociais e de curador da vida social, responsável pela previsão ou cura da existência (*Daseinsvorsorge* para os alemães): compreende o fornecimento de serviço público inescusável (educação secundária e superior, saúde curativa, moradia, etc) e as prestações financeiras em favor dos fracos, especialmente sob a forma de subvenções sociais. (LOBO, 2000, p. 170)

Ingo Sarlet completa: “[...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem” (SARLET, 2001, p. 36).

O referido aspecto de “universalidade” dos direitos humanos é peculiar a essa modalidade de direitos e se manifesta, primeiramente, na promulgação da Declaração Francesa de 1789 e, posteriormente, em 1948, na Declaração da ONU,<sup>125</sup> a qual, segundo Paulo Bonavides,

procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração (ainda não existiam os direitos de 4<sup>a</sup> geração) na titularidade de um indivíduo que antes de ser homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por uma pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade. (2000, p. 515)

De qualquer forma, os movimentos internacionais voltados à preservação e à proteção dos direitos humanos vêm ganhando força e prestígio, a ponto de que, em diversos países, inclusive o Brasil, os tratados que contem com a adesão formal são incorporados pela ordem jurídica com *status* de norma constitucional. Da mesma forma, tais direitos vêm sendo reconhecidos e incluídos nos textos constitucionais de diversos países. Se, por um lado, tal fato pode pouco representar diante de forças atuantes que inviabilizam, impedem e dificultam sua concretização, de outro, rende ensejo a que movimentos organizados a partir da força popular exerçam pressão política cada vez mais eficaz.

## 8.2 DEMOCRACIA – PONTO DE PARTIDA E CHEGADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são.*

Protágoras

A atuação eficaz do Poder Público se mostra fundamental para a plenitude do exercício e a preservação da democracia, que tem como elemento primordial o homem, e, no que interessa a esta pesquisa, do Poder Judiciário, que deve atuar com independência e consciência de sua importância, de forma a tornar real, palpável e concreta a norma até então prevista apenas no plano da abstração. A força da hermenêutica se faz presente no sentido de buscar a interpretação das normas legais e constitucionais de forma que propicie e possibilite o respeito aos direitos humanos e fundamentais, até mesmo como forma de tornar concreto o mandamento de que todo o poder emana do povo, que, em certos momentos, vem sendo solapado pelo que se passou a denominar de “reserva do possível”.

A questão da escassez de recursos como limite para o reconhecimento pelo Estado do direito às prestações sempre desafiou os operadores do Direito. Pode o Direito oferecer uma resposta segura para situações em que os recursos sejam limitados? O Direito pode dizer quem o Estado deve atender ou não, em um cenário de falta de meios econômicos para a satisfação de todos?

A resposta a esses questionamentos está intrinsecamente ligada ao que se pode entender como eficácia e efetividade dos direitos sociais. A partir do

---

<sup>125</sup> Importante observar que a Declaração da ONU projeta a nova universalidade dos direitos humanos.

exame da necessidade ou não de interposição legislativa para o reconhecimento de direitos subjetivos sociais e da definição das condições em que isso seria possível, pode-se demarcar o alcance da tutela de tais direitos pelo magistrado, mesmo diante da escassez dos meios.

O tema passa, pois, também por uma análise do papel do Poder Judiciário no que diz respeito ao amparo das pretensões positivas, ou seja, se seria possível ao magistrado tutelar tais pretensões ou se ele estaria limitado ao controle do discurso em face da separação dos poderes, já que diante da “reserva do possível” negar-se-ia a competência dos juízes (não legitimados pelo voto) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários.

Já existem tentativas de resposta a tais questionamentos tanto em sede doutrinária como jurisprudencial. Contudo, diante da notória divergência de opiniões, ainda permanece atual o debate sobre uma eventual “cisão” entre direitos da liberdade, que, sendo “negativos”, têm sede constitucional, ao passo que os direitos sociais, que seriam “positivos”, dependeriam de meios materiais e, assim, da mediação legislativa e orçamentária.<sup>126</sup> Dentro dessa dicotomia, formam-se, *grosso modo*, três correntes: a dos que entendem serem passíveis de tutela judicial imediata todos os direitos classificados pela Constituição como fundamentais; a dos que entendem serem passíveis dessa tutela apenas os direitos negativos, já que os

---

<sup>126</sup> Melhor é o sistema de posições jurídicas fundamentais de Alexy, veiculado em sua teoria analítica dos direitos subjetivos, em que há uma tríplice divisão: direito a algo, liberdades e competências. O direito a algo é concebido como uma relação trilateral na qual o primeiro membro é o titular do direito, o segundo é o destinatário do direito e o terceiro é o objeto do direito. O objeto é constituído por uma ação do destinatário que pode ser positiva ou negativa, pois, se o objeto não fosse uma ação do destinatário, não haveria sentido em incluí-lo na relação. Quando cogitamos sobre os direitos em face do Estado, os direitos a ações negativas são chamados de direitos de defesa, enquanto os direitos a ações positivas coincidiriam, parcialmente, com os direitos a prestações, em uma conceituação restrita de prestação. Os direitos a ações negativas subdividem-se em: a) direito ao não-impedimento de ações; b) direito à não-afetação de propriedade (bens) e situações (jurídico-subjetivas); e c) direito à não-eliminação de posições jurídicas. Por seu turno, os direitos a ações positivas desmembram-se em direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas (ver ALEXY, 1993, p. 186-196).

positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a reserva do possível, a depender de mediação legislativa; e a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que seria sempre instantaneamente tutelável, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível e/ou interposição legislativa.

No curso da evolução histórica, foram formadas “gerações” de direitos que não se superam, mas convivem entre si. Os primeiros direitos a serem reconhecidos voltavam-se contra a opressão do monarca. Posteriormente, afirmadas algumas liberdades básicas, a opressão do homem pelo próprio homem não se dava mais diretamente pelo aparato estatal, mas pelo privado, surgindo, então, os direitos voltados a atuações estatais específicas.

Pela evolução histórica e pelas características originais, os direitos voltados ao valor liberdade foram inicialmente classificados como direitos negativos, na qualidade de limites constitucionais ao poder do Estado.

Como corolário dessa visão, os direitos da liberdade seriam sempre eficazes, já que não dependeriam de regulamentação. Conquanto fosse admitida a regulação das liberdades, o gozo das mesmas decorreria da própria constituição, e não do trabalho do legislador inferior.

Por outro lado, os direitos sociais foram inicialmente reconhecidos como, via de regra, voltados não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação, o que lhes dá a característica de positivos.<sup>127</sup> Para sintetizar essa argumentação, vale citar a lição de Norberto Bobbio:

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela

---

<sup>127</sup> A expressão “direitos positivos” aqui lançada não guarda qualquer relação com a emblemática oposição entre “direitos positivos” e “direitos naturais”. A “positividade” está na ação do Estado dentro do campo material.

prática de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. [...] na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas puramente de programáticas. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de ‘direito’? (BOBBIO, 1992, p. 72)

Segundo Paulo Bonavides (2000, p. 518), os direitos fundamentais de segunda geração passaram, inicialmente, por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigiam do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nessa fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, mesmo a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

J. J. Gomes Canotilho (CANOTILHO e MOREIRA, 1991, p. 131) vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível

de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Essa teoria, segundo Andreas Krell (2002, p. 45-49), representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, por meio da composição dos orçamentos públicos.

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2002, p. 52). Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social. A Corte alemã recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos (ver KRELL, 2002, p. 52).

É necessário não apenas que a norma outorgue certa capacidade de atuação para o seu destinatário, mas também que existam recursos materiais que tornem possível a satisfação do direito, fatores que consubstanciam a cláusula da “reserva do possível” (SARLET, 2002, p. 150-152).

Não se verifica distorção doutrinária significativa quanto ao fato de se identificar como tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a decisão sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, mesmo no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão

orçamentária. Essa é a razão pela qual alguns alegam tratar-se de um problema de natureza competencial (SARLET, 2001, p. 286). Segundo essa linha de argumentação, capitaneada por J. P. Muller (*apud* SARLET, 2001, p. 286) faltaria aos juízes a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, uma vez que elas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispo de os juízes, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica.

Por força da indigitada limitação de recursos, parcela substancial da doutrina vem defendendo que apenas o “mínimo existencial” poderia ser garantido, isto é, apenas esse conjunto – formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais considerados mais relevantes, por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, 2002, p. 114) ou por decorrerem do direito básico da liberdade – teria validade *erga omnes* e seria diretamente sindicável.

À luz de todo o exposto, importa informar desde já que a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja a aplicação dos correspondentes recursos na esfera de competência do legislador, do administrador ou do judiciário. Ou seja, esteja a decisão das políticas públicas vinculada ou não a uma reserva de competência parlamentar, o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários.

Nesse contexto, mesmo reconhecida situação tópica que pudesse estar indubitavelmente enquadrada dentro de um padrão mínimo, a entrega da prestação também estará sujeita à presença dos recursos materiais.

Por outro lado, constatando-se a existência de meios econômicos (limitados e escassos), a discussão centra-se na sua repartição e na possibilidade de se argüir, perante o Poder Judiciário, a problemática da reserva do possível para se negar a entrega da prestação social contenciosamente postulada. Tal questão conecta-se ao reconhecimento ou não de uma reserva de competência parlamentar e, por conseqüência, à afronta ao princípio da separação dos poderes.

A decisão sobre a aplicação dos recursos públicos, por sua direta implicação orçamentária, incumbe precipuamente ao legislador. Isso não implica desqualificar os direitos sociais como fundamentais, nem lhes conferir caráter meramente programático. No Brasil, diante da redação do § 1º do artigo 5º, todos os direitos fundamentais têm aplicação imediata, sendo que, na qualidade de normas princípio, não podem ser aplicadas como tudo ou nada, conquanto presume-se sua plena eficácia, a qual também não é absoluta.

Existe a possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações, tutelados pelo poder judiciário, independentemente ou além da concretização do legislador. Impõe-se concordar com Robert Alexy, o qual observa que, apenas quando a garantia do material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária, estando presente uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo à determinada prestação social. Informa Ingo Wolfgang Sarlet que é possível existir um limite à liberdade de conformação do legislador em se tratando de condições existenciais mínimas (2002, p. 87).

Para a definição do patamar mínimo a permitir a superação da limitação imposta pela reserva do possível, ressalvado o limite real de escassez, recolhe-se o posicionamento de Sarlet (2002), o qual aponta como parâmetro

demarcatório o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, que representaria o verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais, coibindo eventuais abusos que pudessem levar ao seu esvaziamento ou à sua supressão.

Mesmo em se tratando de escolhas disjuntivas, em que está em conflito o mesmo bem jurídico a ser tutelado, como é o caso de uma fila de pacientes aguardando o órgão a ser transplantado, a escassez natural de recursos não inibe a intervenção do Poder Judiciário sob o argumento da “reserva do possível”. A situação de ameaça à vida dos interessados enquadra-se no parâmetro existencial mínimo, permitindo a tutela imediata do juiz, o qual poderá reconhecer, se devidamente demonstrado, que o critério adotado pela administração (cronológico) pode ser topicamente superado, em face da comprovada urgência de atendimento de um paciente, mesmo em detrimento de outro que esteja em situação estável no aguardo da transferência do órgão.

Ao juiz incumbe a tarefa de efetivação dos direitos fundamentais, ainda que dele não seja exclusiva, preservando sempre os princípios da unidade da Constituição, sob o postulado da proporcionalidade. Alguns argumentam que, em tempos de crise, até mesmo a garantia de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a necessária estabilidade econômica, impondo-se o “embalsamamento” do Poder Judiciário. No entanto, é importante salientar, com Alexy, que, justamente em tais circunstâncias, uma proteção de posições jurídicas fundamentais na esfera social, por menor que seja, revela-se indispensável. Talvez seja uma tarefa que melhor caberia a Deus, visto que:

Desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago. Assim como outrora ELE, o povo foi desde então usado da boca para fora e conduzido aos campos de batalha por todos os interessados no poder ou no poder-violência, sem que antes lhe tivessem perguntado. A diferença reside no fato de que o povo poderia ter sido perfeitamente consultado. Mas nesse caso os donos

do poder deveriam ter se contentado com a população real, e nesse caso resultariam sempre desejos distintos, o caráter heteróclito das necessidades, a contraditoriedade dos interesses, a incompatibilidade das intenções, em suma, a situação real. Em vez disso, e provavelmente também por causa disso, a despedida de Deus não foi aceita sem ambigüidades. E o dono do poder (juntamente com os seus adversários que queriam tornar-se donos do poder) criou o povo conforme a sua imagem; conforme as suas necessidades e o seu gosto ele o criou.

E a democracia? Mesmo lá onde se pensou na população e se tentou instituir seu governo, a seletividade de cada invocação d"o" povo (e mesmo "d" a população) acabou por se impor diabolicamente: o deus evidenciou ser dificilmente exorcizável (diferenças de informação, de cultura, de camada, de classe, de linguagem; manipulação; *estrutura de vigência jurídico-institucional*). Por trás do lado vitrine do Uno Ponto de Convergência de todas as legitimações pel"o povo" pulula e atua o politeísmo real (i.é., dos *constituent groups*, das classes decisoras, dos que são capazes de articulação e poder-violência (poder) entre grupos). (MULLER, 2004, p. 21-22)

Veja-se que, mesmo quando se cuida do soberano poder do povo, há que se voltar os olhos para o que existe por detrás, quais as forças que atuam e, eventualmente, se elas servem do povo apenas e tão-somente como massa de manobra. No entanto, com a evolução da espécie humana, com o maior acesso às informações, com a conscientização de que o progresso de qualquer povo está a depender dele próprio, de sua força revitalizadora e, até mesmo, revolucionária, quando necessário, o que só ocorre com educação e cultura, buscar-se-á um sopro de esperança para a transformação do mundo, em definitivo, num lugar pacífico e apto à realização do sonho maior da humanidade de viver plenamente e em paz.

Neste clima de progresso e novos ares, a instituição familiar experimenta significativas e profundas mudanças, pugnando e vivenciando importante ruptura com os conceitos e parâmetros que a nortearam, ao longo dos séculos. Nesse processo, passou a ser vista e vivida como *locus* apropriado ao desenvolvimento do ser humano, quer sejam os filhos, quer os cônjuges, que, nesta versão moderna, romperam também com a necessidade do matrimônio formal,

contratual e mesmo religioso, para que sejam considerados como verdadeiros parceiros, companheiros, enfim, pessoas que, de forma consciente e independente, resolveram viver juntas, dedicando suas atenções, carinhos e afetos, ao mesmo tempo em que dividem angústias, temores e decepções. Exatamente nesse terreno fértil de sentimento, de afetividade, de dedicação, busca-se o “enquadramento” do ser humano na condição de filho.

Inolvidável concluir-se, igualmente, que um novo conceito de filiação está sendo construído, fruto da crise caracterizada pelo fato de que os existentes já não mais atendem às características atuais dessa condição, nem dão conta de abarcá-las. Os conceitos existentes estão sendo desconstruídos, e há um questionamento das formas contemporâneas de surgimento (filiação sangüínea/biológica ou adotiva). No dia-a-dia, uma vastíssima variedade de famílias estão se constituindo pela união de pessoas que não necessariamente tenham tais vínculos, mas, mesmo assim, elas formam novos núcleos familiares – que têm como elo principal o afeto – e são passíveis, portanto de reconhecimento e tutela,.

Diante das circunstâncias que passaram a regulamentar o matrimônio e sua desconstituição, com relativa facilidade, os segmentos mais conservadores da sociedade sentenciaram a desagregação total e completa da família, fruto da libertinagem, da liberdade sexual, da ânsia cada vez maior de buscar a tão propalada liberdade. Mas verificou-se exatamente o contrário. Após um primeiro momento em que esses receios podiam parecer justificados, passou-se a uma segunda fase, em que as famílias, já libertas das amarras do contrato, ou mesmo do receio de “queimarem no fogo do Inferno ou de serem excomungadas”, passaram a formar novos núcleos, ligados exclusivamente, ou principalmente, por força do amor, da fraternidade, da solidariedade e do afeto.

Porém, esse ingrediente, fundamental, importante, essencial para a manutenção de qualquer relacionamento, familiar, profissional, amoroso, contratual ou de qualquer outra ordem, é simplesmente ignorado quer pelo legislador ordinário, quer pelo constitucional. Na verdade o que se verifica é a tendência de o sistema positivado relegar ao plano da inexistência aquele que se apresenta como o mais forte e talvez o único elemento que possibilite a manutenção e o fortalecimento dos laços familiares e paternais.

No entanto, também respirando ares de modernidade, fruto do fortalecimento do regime democrático, alicerçado na Constituição Federal e na perseverança propulsora contida na efetividade dos princípios nela inseridos, demarca-se ordem jurídica que busca a Justiça, de forma constante e obstinada, alçando a pessoa humana à condição de fundamento e fim de todo o Direito, como professa Miguel Reale (REALE, 1990 b).

Por esse motivo, toda a normatização legal e os princípios constitucionais encontram sua razão e origem no homem e na sua liberdade, daí o papel fundamental do Direito enquanto técnica de convivência indispensável para a manutenção e reforma, quando necessária, da sociedade, fundamentadas em procedimentos que, enquanto legalidade, conferem qualidade ao exercício do poder, sendo por isso mesmo, indispensáveis, dada a relevância entre meios e fins e o nexo estreito que existe entre procedimentos e resultados. O resultado da tortura, lembra Norberto Bobbio (1960, p. 44, 82-83), pode ser a obtenção da verdade. Entretanto, trata-se de procedimento que desqualifica os resultados. Os meios, portanto, condicionam os fins, e os fins, conclui Norberto Bobbio, só justificam os meios quando os meios não corrompem e desfiguram os fins almejados. Exatamente nesse sentido, há que ser pensado o positivismo, não mais como forma de

repressão, mas sim de aprimoramento da democracia, da igualdade de oportunidades garantida pelo procedimento equilibrado e *veraz* que, na lição de Habermas, ao individualizar a *situação ideal do discurso*, trazida por Cristina Queiroz (QUEIRÓZ, 2002, p. 141), vem a significar exatamente o desenvolvimento do diálogo e da dialética procedimental por pessoas e interlocutores preparados para tal mister, gerando o equilíbrio necessário de forças para conduzir a um resultado justo obtido pelo exercício potencializado da liberdade. A liberdade positiva fundante e fundada na lei, conforme afirmou Rousseau: “As leis não são, propriamente, mais do que as condições da associação civil. O povo, submetido às leis, deve ser o seu autor. Só àqueles que se associam cabe regulamentar as condições da sociedade” (1991, p. 65).

Não se fala, aqui, da liberdade fundada no princípio da igualdade formal, segundo a concepção do liberalismo clássico, que entendia que o Estado deveria abster-se de quaisquer intervenções na vida econômica e na vida social. A partir do momento que foram abolidos os privilégios, desigualdades artificiais, cada cidadão poderia desenvolver livremente as suas aptidões segundo as suas qualidades pessoais.

Estaria, assim, garantida a igualdade de oportunidades – a igualdade verdadeira, aquela que consiste em tratar igualmente coisas iguais e desigualmente coisas desiguais –, idealizada na República de Weimar e em sua Constituição de 1919, que inaugurou, na Alemanha, o Estado social de direito.

Esses ares solidários e protetivos se fizeram sentir no Direito norte-americano por meio da jurisprudência que se formou em torno da V Emenda da Constituição (1791), resultando no *due process of law* e com a inclusão, em 1868, da

XIV Emenda da cláusula *equal protection of the law*, que viria a ser o suporte do controle e respeito pela igualdade.

Escreve a respeito Carlos Roberto Siqueira Castro:

O princípio da igualdade articula-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, por seu significado emblemático e catalizador da interminável série de direitos individuais e coletivos sublimados pelas constituições abertas e democráticas da atualidade, acabou por exercer um papel de núcleo filosófico do constitucionalismo pós-moderno, comunitário e societário [...]. Nesse contexto de novas ordens e novas desordens, os princípios e valores ético-sociais sublimados na Constituição, com a proeminência do princípio da dignidade de homens e mulheres, assumiram o papel de faróis de neblina a orientar o convívio e os embates humanos no nevoeiro civilizatório neste prólogo do novo milênio e de uma nova era. [...] Afivelados estão os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, enquanto elementos de *utopia concreta* que atendem as perspectivas constitucional-humanitárias. Assim é que a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. II da CRFB) consta do rol dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. (*apud* ABREU, 2001, p. 261)

Assim, no plano jurídico e em tudo o mais, o homem é a medida de todas as coisas. Nunca pareceu tão oportuna a célebre frase do sofista grego Protágoras: “O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são” (FALCÃO, 1997, p. 132).

Esse homem, centro dos direitos, ainda carrega o fardo do passado carcomido, fruto de um liberalismo que pregou e conduziu ao capitalismo selvagem, que o manteve por muito tempo, apenas como valor enquanto ser produtivo e consumidor. Quando já não mais pudesse ser uma coisa ou outra, era tratado como de nenhuma serventia e simplesmente relegado ao abandono e descartado. Ainda que atualmente se experimente o crescimento da visão social do Direito, não raro se vêem filas de velinhos nas portas de repartições públicas, praticamente esmolando os direitos pelos quais pagaram a vida toda; filas quilométricas de pessoas em busca de um emprego, ainda que de reduzida remuneração; crianças exploradas em sinais de trânsito, em busca de uma migalha para comer, longe da escola, da família e das

mínimas condições de concretização do sonho dourado de formar uma personalidade sadia, não lhes restando outro caminho ou alternativa que não seja o único trabalho que lhes será oferecido – a criminalidade.

Não obstante, constitui a dignidade um valor universal. A despeito das diversidades socioculturais perversas e de todas as diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade, embora diferentes em suas individualidades. Elas apresentam, em função da humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais, e o respeito não pode ser considerado como generosidade, mas sim como dever de solidariedade imposto a todos pela ética, e não necessariamente pelo direito, pela religião ou por outra qualquer força estruturante.

Schopenhauer, em *Sobre o fundamento da moral*, escreveu:

[o] egoísmo humano é sem limites e comanda o mundo, pois o homem quer tudo dominar, o homem relacional pretende que tudo exista e gire em torno de seu interesse, ainda que esse interesse seja dirigido a uma recompensa a ser recebida fora deste mundo. A própria cordialidade entre homens nada mais é do que a mera hipocrisia reconhecida e convencional. (2003, p. 85)

Apesar dessa visão pessimista, não há de se perder a esperança no homem.

De qualquer forma, a dignidade humana constitui princípio fundamental. Por esse motivo, independe de previsão legal (e até mesmo constitucional, pois é valor da humanidade) para que seja respeitada, mas, quando inserida no texto constitucional, ganha visibilidade e possibilidade de aceitação, até mesmo por aqueles positivistas mais arraigados à caolha e insuficiente visão de Direito. Nesse caminhar, sendo o Direito também integrado por princípios gerais, escritos ou não, que dão suporte a todo o ordenamento jurídico, vem sendo propagada a idéia de que o Direito é um sistema não apenas de regras, mas

também de princípios que operam, já não mais como fontes subsidiárias, mas sim primárias e prevalentes, sobrepondo-se inclusive aos textos legais. Esse movimento convida ainda a que sejam interpretados de forma abrangente e expansiva, alçando o intérprete e aplicador da norma à condição de responsável pela concretização dos direitos humanos.

É interessante assinalar que essa tendência só passou a ser aceita com um pouco menos de reação muito recentemente, sendo por demais relevante a corajosa contribuição de estudiosos (no exterior, citam-se Ronald Dworkin, Robert Alexy, John Rawls e J. J. Canotilho; no Brasil, Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Miguel Reale, João Herkenhoff, Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, entre outros) de uma escola progressista, humanitária e voltada à efetiva valorização do ser humano que se dispõe a lançar o desafio à reflexão, como feito por Luiz Edson Fachin: “Recusar essa direção e contribuir para a sua superação significa reconhecer que consciência social e mudança integram a formação jurídica. Representa, ainda, um compromisso com o chamamento à verdadeira finalidade do ensino e da pesquisa jurídica, um desafio que questiona” (2000 a, p. 319).

Considerando, portanto, sua aplicabilidade direta e imediata, os princípios impregnam, com toda sua carga valorativa, as normas jurídicas, relacionando-se de forma mais próxima com os direitos da personalidade e os direitos fundamentais.

*Pari passu* com essas idéias, ganharam força as normas legais de conteúdo aberto, o enfoque do ordenamento jurídico permeável, necessitando sempre da complementação, integração e atualização, que são funções do intérprete. Deve-se admitir também que essa mudança de paradigma não ocorre

sem muita e forte reação de um segmento reacionário, mas ainda majoritário, que atua no Direito. Não raro, quando o tema é posto em debate, ouve-se o argumento de que essa visão supostamente abstracionista acarretaria insegurança na aplicação das normas, rendendo ensejo ao arbítrio do intérprete. Porém, refletindo responsabilmente sobre o assunto, não se pode esquecer o fundamento de que também para esse sistema há regras de hermenêutica.

Assim, a concretização dos direitos fundamentais, entre os quais o princípio da dignidade humana, vem ganhando, a duras penas, fôlego e respaldo da doutrina mais oxigenada, embora haja forte, porém decrescente, reação da jurisprudência, fruto do tradicionalismo que domina os tribunais, não raro avessos a mudanças.

Exatamente essa forma de pensar e de agir põe o Poder Judiciário em xeque, afastado da sociedade, desconhecedor do jurisdicionado, com procedimentos arcaicos e ineficientes, com rituais extremamente longos e demorados, que geram desconfiança da população e lhe solapam a credibilidade. Nesse contexto, já se faz tardia a oportunidade de profunda e sensível reforma, não só nos procedimentos, mas, principalmente, na forma de pensar de seus componentes.

Neste ponto, torna-se oportuna e urgente a discussão a respeito do paradoxo entre situações definitivamente julgadas (coisa julgada material) que venham a se antagonizar com os direitos fundamentais que restarem, assim, violados.

A esmagadora maioria dos julgados colecionados reporta-se à imutabilidade das lides assim constituídas, ainda que em afronta a direitos inerentes à dignidade das pessoas, sob o argumento de que a segurança e definitividade da

coisa julgada são necessárias à estabilização das relações interpessoais e consecução do objetivo último e maior da Justiça, que é a paz social.

No entanto, há situações em que o resultado do julgamento se mostra totalmente divorciado da realidade. Sem menosprezar ou retirar a importância da teoria da coisa julgada, faz-se mister, ao menos, pensar na busca de soluções para tais conflitos no interior do próprio sistema, aproveitando tudo que nele há de bom. Para o desenvolvimento dessa idéia, foi de fundamental importância a possibilidade de realização de exames de DNA em ações de investigação e de negação de paternidade, quando então se deparou com duas verdades: de um lado, uma originada de decisão judicial com força e plenitude de coisa julgada, a qual afirma que determinado homem é pai de uma criança; de outro lado, a verdade assim chamada biológica ou sangüínea, a qual demonstra que determinada criança não foi gerada por aquele a quem a Justiça atribuiu a condição de pai.

Mesmo nessa situação, a quase totalidade dos julgados continuou a entender ser impossível a alteração da situação que foi alçada ao *status* de verdade absoluta, sequer permitindo que nova discussão fosse inaugurada. Quando se tentava, os processos eram imediatamente extintos, sem apreciação do mérito, não raro por indeferimento liminar da petição inicial, relegando as pessoas envolvidas na situação e seus direitos, mesmo os de identidade, a segundo plano em prol da segurança jurídica dependente de um sistema normativo adjetivo que se mostra insuficiente à solução de problemas e dilemas, notadamente quando em jogo direitos fundamentais das pessoas.

### 8.3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – UM NOVO VALOR

*Não há só filhos ilegítimos, mas pais ilegítimos também e ambos padecem às vezes da mesma dor porque não guardam entre si qualquer vínculo de afetividade.*

Desembargador Celso Ferreira Filho

Novos ares vêm soprando no sentido de se buscarem novos paradigmas mais voltados a possibilitar às pessoas a busca da felicidade, a realização no relacionamento com seus semelhantes, reduzindo o significado e a importância dos efeitos da decisão sobre a qual operou-se a coisa julgada, como se vê do julgamento a seguir:

Ação negatória de paternidade. Relativização do Instituto da coisa julgada. Arguição de coisa julgada material. Rejeição.

Embora existindo anterior ação em que se proclamou a paternidade, nada impede que se restaure a lide através de outra ação, já agora, negatória de paternidade, onde o pretense pai demonstra o erro da decisão anterior decorrente de manifesta insuficiência de prova. Evolução científica no campo da engenharia genética que autoriza a revisão daquelas hipóteses em que o acesso a tal tipo de prova era quase impossível pelo seu elevado custo. Ficando produzida a prova de que o autor não é pai do menor, ora réu, é de se proclamar a procedência da negatória, para uma adequação correta das relações jurídicas. Apelos improvidos.<sup>128</sup>

No corpo do venerando acórdão, fez seu relator constar:

Ninguém pode negar que todo ser humano tem o direito sagrado de perseguir sua verdadeira origem. Tem o magistrado o dever de agir com coragem, desassombro e equilíbrio para corrigir os erros que podem ser corrigidos em demandas desta natureza. Por outro lado, a questão não pode ser vista apenas por uma ótica de proteção ao filho ilegítimo. Neste particular, vale ser enfatizado aqui que no mundo moderno, diante da evolução da ciência, *não há só filhos ilegítimos, mas pais ilegítimos também e ambos padecem às vezes da mesma dor porque não guardam entre si qualquer vínculo de afetividade* e acabam por se converterem em objeto da cupidez das riquezas materiais, transformando uma relação que a natureza clama por ser afetuosa, em uma verdadeira farsa, porque produto de

---

<sup>128</sup> Apelação Cível 2003.001.12853, 14ª Câmara Cível – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relator Des. Celso Ferreira Filho.

uma grande mentira no âmbito do processo. [Sem destaque no original.]

Os argumentos utilizados pelo eminente Desembargador relator Celso Ferreira Filho, somados aos da sentença, resultam na possibilidade de se sustentar que – enquanto o direito à identidade encontra respaldo constitucional no princípio da dignidade humana e legal nas normas que garantem à criança a convivência familiar como local privilegiado à formação de sua personalidade e ao seu desenvolvimento – a definitividade absoluta dos efeitos da coisa julgada material é respaldada apenas em leis (Código de Processo Civil e Lei de Introdução ao Código Civil), sendo, portanto, aquelas, superiores hierarquicamente a estas.

Ademais a verdade sustentada pela sentença anterior passou a inexistir no momento em que ao filho foi imposto um “pai de mentirinha”, uma pessoa que, por ter tido um relacionamento sexual com a mãe, foi escolhida por ela para ocupar lugar tão relevante e de tamanha importância na vida não só do filho, como do pai, que tem o lúdico direito de ter consigo seu filho, de lhe propiciar atenção, cuidado, carinho e dedicação, mas não pode ser compelido a agir dessa forma com alguém que lhe seja estranho e do qual nunca se aproximou, não nascendo, assim, qualquer relação de afeto entre ambos.

Essa linha de argumentação indiscutivelmente demanda que se busquem e propiciem, cada vez mais, espaços de interlocução e possibilidade de pensamento dialético e inovador. Torna-se mister seguir os passos do legislador constitucional que iluminou e pavimentou o caminho posteriormente traçado pelo novo Código Civil, notadamente no que se refere à sua aplicação e interpretação, de forma a corresponder aos anseios dos cidadãos, servindo como sinalizador para a

construção de uma sociedade mais igualitária, mais justa, menos preconceituosa e discriminatória, na qual a família seja um verdadeiro LAR: Lugar de Afeto e Respeito.

Esse debate inovador e, de certa forma, desafiador faz parte de uma forma diferente de pensar o Direito, não como conjunto de regras positivadas e impositivas, aplicadas pela fórmula da subsunção, mas como forma libertadora, resultante da educação continuada. Trazendo a lume as sábias palavras de Luiz Edson Fachin, cabe recordar que, “em todo campo do saber (daí a pertinência quiçá especial com a instância jurídica), há o desafio de conhecer para transformar, pois a educação que tão-só reproduz não liberta” (2000 b, p. 3). É pertinente invocar ainda os ensinamentos de Paulo Freire: “A educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa” (1999, p. 42).

Ácido, mas também, há que se reconhecer, absolutamente real e atual, é o posicionamento de Marilena Chaui:

as leis, porque exprimem os privilégios dos poderosos ou a vontade pessoal dos governantes, não são vistas como expressão de direitos nem de vontades e decisões públicas coletivas. O poder Judiciário aparece como misterioso, envolto num saber incompreensível e numa autoridade quase mística. Por isso mesmo, aceita-se que a legalidade seja, por um lado, incompreensível e, por outro, ineficiente (a impunidade não reina livre e solta?) e que a única relação possível com ela seja a da transgressão (o famoso “jeitinho”). Como se observa, a democracia, no Brasil, ainda está por ser inventada. (2004 b, p. 408. Sem destaque no original.)

Talvez a contribuição do Direito seja exatamente propiciar, estimular e mesmo forçar o fortalecimento do regime democrático, transpondo-o da teoria à prática e fundando novos paradigmas originados na relação sincera e solidária entre as pessoas. O Direito deve se transformar num espaço de diálogo e interlocução dotado de respeito e ter, na prevalência do homem e na preponderância dos direitos a ele relativos, seu valor maior.

Esse é o tema abordado no próximo capítulo, que, já encaminhando às conclusões, busca demonstrar a necessidade de se render ensejo ao diálogo em reação a um sistema legal e jurídico que não mais dá conta de concretizar os mandamentos axiológicos maiores estabelecidos na Constituição Federal.

## 9 EM BUSCA DE UM PARADIGMA

*A tolerância e a liberdade na multiplicidade de formas e caminhos a seguir para os pesquisadores trouxe também uma nova intolerância e radicalismo daqueles que, com medo do outro, do novo, do diferente, ou mesmo com medo do antigo, do tradicional, do ainda francamente majoritário no cenário jurídico nacional, tentam impor uma só maneira de pensar, uma só forma “teoricamente científica” de pesquisar, uma só metodologia, um só discurso e linguagem, uma só linha de pensamento na academia.*

Cláudia Lima Marques

Parece razoável, a esta altura da pesquisa, e após tudo quanto se afirmou, questionou e discutiu, observar que os valores lançados nas leis e na própria Constituição Federal, como fundamentais para construção e existência de uma família (casamento ou união estável), já não atendem às necessidades da realidade atual. As pessoas, já libertas de algemas apregoadas pelo moralismo exacerbado, por questões religiosas ou até por imposição da saúde pública (por exemplo, a necessidade de frear a epidemia da Aids), ligam-se e mantêm relacionamentos estáveis, duradouros, que frutificam e geram filhos, que são criados em clima que lhes é propício à formação da personalidade, apenas e tão-somente se assim o desejam, ou seja, se há um elo subjetivo, afetivo, sentimental e ético que seja suficientemente forte e capaz de assim mantê-los.

Este valor – a afetividade – está a merecer maior atenção de estudiosos do direito, da psicologia e da sociologia para que seja alçado ao *status* de relevância que atualmente representa, de extrema importância à felicidade e à plenitude da pessoa humana, reconhecida agora como destinatária e astro maior de todo o sistema jurídico constitucionalizado e calcado sobre a preponderância dos seus direitos fundamentais.

As citações de Friedrich Schiller e José Saramago, usadas como epígrafe desta dissertação, dizem bem os propósitos que motivaram e inspiraram a pesquisa, voltando-se para a aproximação do direito ao afeto visto como elemento importante em qualquer relação entre pessoas.

Não há mais como ignorar que o Direito Civil atual é outro, remodelado, com novos paradigmas, constitucionalizado e oxigenado por valores e fundamentos diversos daqueles que apoiavam e alicerçavam o Código Civil de 1916, fruto do liberalismo exacerbado que elegeu a propriedade e o patrimônio como forças centrais do ordenamento legal, pois

Este Direito Civil “*repersonalizado*” que se ancora em princípios e fins para além da suposta autonomia e pretensa igualdade; sem carpir-se no futuro acontecido ontem, saudar o reconhecimento da pessoa e dos direitos da personalidade, mesmo que seja para prantear os não reconhecidos, os excluídos de todos os gêneros; no véu da liberdade contratual encontrar mais responsabilidade que propriedade, menos posse na formação epistemológica do núcleo familiar; e fotografar a legitimidade da herança e direito de testar na concessão que também outorga personalidade jurídica aos entes coletivos. E aí filmar o roteiro das tendências contemporâneas.(FACHIN, 2000 b, p. 6)

Na mesma senda, pode-se colher o ensinamento de Orlando de Carvalho, que, explicando o significado de “repersonalização”, afirmou:

É esta valorização do poder jurisdicção do homem comum – sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, como no direito de família, a sua afetividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se potenciam – é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do Direito Civil o *foyer* da pessoa, do cidadão puro e simples. (1981, p. 92)

Como disse Vinícius de Moraes, “a vida é a arte do encontro, apesar de tantos desencontros”. É preciso permitir que o aconchego e a afetividade sejam as forças motrizes de uma construção constante do ser humano pleno, digno,

realizador e concretizador dos anseios de modernidade, que resultará, finalmente, num homem feito à imagem e semelhança daquele que nos criou a todos, mas que, por tanto tempo, insistimos em ser exatamente o contrário do que nos foi ensinado.

No entanto, ao final e ao cabo, sempre buscando um recomeço, sem se deixar esmorecer pelas eventuais quedas, tropeços e objetivos não atingidos, mas, de qualquer forma, tirando lições dos erros, na busca constante da convivência pacífica, humanizada e afetiva entre os seres humanos, vale invocar duas céleres frases que caminham para a possibilidade de gerar debates, críticas e questionamentos dos padrões do direito para aproximá-lo da legitimidade consistente em serem julgados os atos e comportamentos de conformidade com a realidade social atual, plúrima, múltipla, flexível e em constante movimento.

Fatos marcados por êxitos e tropeços cunham o que se pode chamar de vida, como observou Lya Luft:

A história mais difícil de escrever é a nossa própria, complexa, obscura, inocente ou perversa – bem mais do que são as narrativas ficcionais.

Brinquei muito tempo com a idéia de dizer “sim” ou “não” a nós mesmos, aos outros, à vida, aos deuses, como parte essencial dessa escrita de nosso destino – com os naturais intervalos de fatalidades que não se podem evitar, mas têm que ser enfrentadas. Acredito em pegar o touro pelos chifres, mas vezes demais fiquei simplesmente deitada e ele me pisoteou com gosto. Afinal, a gente é apenas humano.

Nessa difícil história nossa, de dizer sim ao negativo, ao sombrio em lugar de dizer sim ao bom, ao positivo, é o desafio maior. Pois a questão é saber a hora de pronunciar uma ou outra palavra, de assumir uma ou outra postura.

*O risco de errar pode significar inferno ou paraíso.*

Também descobri (ou intentei?) isso de existir um ponto cego da perspectiva humana, em que não se enxerga o outro, mas apenas um lado dele: seu olho vazado, sua boca cerrada, seu coração amargo.

Sua alma árida, ah...

O ponto cego das nossas escolhas vitais é aquele onde a gente pode dizer “sim” ou “não”, e nossa ambivalência não nos permite enxergar direito o que seria melhor na hora: depressa, agora.

O ponto mais cego é onde a gente não sabe quem disse “não” primeiro. E todos, ou os dois, deviam naquele momento ter dito “sim”.

*Viver é cada dia se repensar: feliz, infeliz, vitorioso, derrotado, audacioso ou com tanta pena de si mesmo. Não é preciso inventar algo novo. Inventar o real, o que já existe. Nosso drama é que às vezes a gente joga fora o certo e recolhe o errado.*

Da acomodação brotam fantasmas que tomam a si as decisões: quando ficamos cegos não percebemos isso, e deixamos que a oportunidade escape porque tivemos medo de dizer o difícil “sim”.

O “não” também é um ponto cego por onde a gente escorre para o escuro da resignação.

O ponto mais cego de todos é onde a gente nunca mais poderá dizer “sim” para si mesmo. E aí tudo se apaga. Mas com o “sim” as luzes se acendem e tudo faz sentido.

Dizer “sim” a si mesmo pode ser mais difícil do que dizer “não” a uma pessoa amada: é sair da acomodação, pegar qualquer espada – que pode ser uma palavra, um gesto, ou uma transformação radical, que custe lágrimas e talvez sangue – e sair à luta.

Dizer “sim” para que o destino nos oferece significa acreditar que a gente merece algo parecido com crescer, iluminar-se, expandir-se, renovar-se, encontrar-se, e ser feliz.

*Isto é: vencer a culpa, sair da sombra e expor-se a todos os riscos implicados, para finalmente assumir a vida. (2004, p. 15. Sem destaque no original.)*

Essas palavras, esse pensamento e, acima de tudo, esse sentimento de pacificar, de partilhar de forma fraterna e solidária os conhecimentos e direitos, não de ser aplicados e interpretados na busca do consenso da convivência respeitosa dos contrários, como professa a ancestral sabedoria chinesa que se caracteriza pela insaciável busca de integração dos opostos e da harmonização das forças, principalmente psíquicas. Segundo informa o teólogo Leonardo Boff (2004):

nós ocidentais, somos herdeiros de um pensamento linear que trabalha constantemente com o princípio da identidade e de contradição, tardiamente enriquecido pela dialética. Nossa postura antropológica nos fez imperialistas e dominadores de todas as diferenças. Ou elas são incorporadas na mesmice ocidental ou subalternizadas e até destruídas. A sabedoria procura sempre incluir os opostos. Tal postura vem expressa pelo famoso *tai-ki*, o círculo dentro do qual se entrelaçam como que duas cabeças de peixe. É a presença das duas forças universais – *ying* e *yang* (céu e terra, luz e sombra, masculino e feminino) que entram na composição de todos os seres. Ying e Yang concretizam o *shi*, a energia primordial e misteriosa que sustenta tudo, chamada de *Tao*. Tao é mais que caminho é a energia pela qual fazemos o caminho e que possibilita qualquer realidade. (2004)

Talvez seja esse o sentimento a animar todos quantos se tenham dado conta de que o Direito existe em função do homem, e o homem é muito mais do que matéria e patrimônio, é alma, espírito e coração. Assim, há de se iniciar (ou continuar) a séria intenção de buscar caminhos que possam conduzir à efetiva concretização dos direitos fundamentais do ser humano no interior do sistema jurídico vigente.

Esse Direito mais humanizado deve ser observado com as lentes libertadoras da democracia, sem compromisso com a preservação do que se ponha como afronta à pessoa como centro do universo, fonte e destino de todas as forças catalisadoras voltadas à sua plena realização individual, familiar, coletiva e social.

Mais uma vez se afirma que o instituto da coisa julgada, necessário à segurança jurídica, à estabilização das relações sociais, deve ceder quando afronta os direitos fundamentais e, particularmente, o de identidade e de personalidade.

A dicotomia coisa julgada/direitos fundamentais há de ser sempre solucionada de forma que melhor atenda aos interesses e direitos das partes envolvidas na lide, nem que para isso seja necessário sacrificar o sistema legal e processual (ou parte dele), pois, se assim o for, torna-se claro que este já não mais é suficiente para regulamentar e atender um direito repersonalizado, humanizado e voltado, integralmente, à satisfação dos direitos do homem.

Há que se buscar um paradigma que atenda a realidade inafastável e impossível de se ignorar que é representada por um valor maior que se faz forte, pujante e definitivo, que é a socioafetividade. Sem isso, continuará o sistema jurídico a gritar para surdos, a escrever na areia da praia, afastando-se cada vez mais da legitimidade necessária às decisões judiciais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Pai de sangue ou de coração, pai que a gente escolheu ou que escolheu a gente, não importa, você só é como é, graças a ele.*

Revista *Veja*

A globalização comporta um fenômeno mais profundo que o econômico-financeiro, o qual marcou o liberalismo patrimonial e mercantilista. Implica, sim, a inauguração de uma nova fase da história da Terra e da humanidade. Estamos mudando de paradigma civilizacional, e isso significa que está nascendo um outro tipo de percepção da realidade, com novos valores, novos sonhos, nova forma de organizar os conhecimentos, novo tipo de relação social, nova forma de dialogar com a natureza e com o mundo e nova maneira de entender o ser humano no conjunto dos seres.

Esse paradigma nascente nos obriga a operar progressivas travessias: importa passar da parte para o todo, do simples para o complexo, do local para o global e do nacional para o planetário. Isso nos permite perceber que todos somos interdependentes. O destino comum foi globalizado. Agora há uma escolha: ou cuidamos da humanidade e do homem, ou não teremos mais futuro algum. Não nos é mais permitido pensar e viver como antes, sem preocupação com o amanhã, com o porvir e com o próximo, pelos quais, agora sabemos, somos todos responsáveis. Temos que mudar as formas de nos relacionarmos, com os outros e com o planeta, como condição de nossa própria sobrevivência.

Para a consolidação desse novo paradigma, é importante superar o fundamentalismo da cultura ocidental, hoje mundializada, que pretende deter a única visão das coisas, válida para todos. Por outra parte, o risco que corremos nos

propicia a chance de reorganizarmos, de maneira mais justa e criativa, a humanidade e toda a cadeia da vida. Essa criatividade está inscrita em nosso código genético e cultural, pois só nós fomos criados criadores e co-pilotos do processo evolutivo.

O efeito final será uma Terra multicivilizacional, colorida por todo tipo de culturas, de modos de produção, de símbolos e de caminhos espirituais, todos eles acolhidos como legítima expressão do humano, com direito de cidadania na grande confederação das tribos e dos povos da Terra.

Por isso e para isso, há de se olhar para frente, recolher todos os sinais que nos apontam para um desfecho feliz de nossa perigosa travessia e gestar uma atmosfera de benquerença e de irmandade que nos permita viver minimamente felizes neste pequeno planeta, escondido num canto de uma galáxia média, no interior de um sistema solar de quinta grandeza, mas sob o arco-íris da boa vontade humana e da benevolência divina.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e o novo Código Civil Brasileiro trouxeram mudanças paradigmáticas<sup>129</sup> e impregnaram todo o sistema de direito privado com a preocupação social e ética, ensejando a releitura e a filtragem, não só do sistema legal positivado, mas também da doutrina, para adaptá-los aos novos valores, conceitos e princípios.

---

<sup>129</sup> Fritjof Capra, físico quântico, e Thomas Kuhn, filósofo das ciências, ensinam que a *noção de paradigma* é normalmente utilizada para estabelecer uma diferenciação entre dois momentos ou dois níveis do processo de conhecimento científico. Para um entendimento mínimo do que significa essa noção, pode-se conceituar o paradigma como um modelo de ciência que serve como referência para todo um fazer científico durante uma determinada época ou um período de tempo demarcado. A partir de um certo momento da história da ciência, o referido modelo predominante tende a se esgotar em função de uma crise de confiabilidade nas bases estruturantes de seu conhecimento. Então, o paradigma passa a ser substituído por outro modelo científico predominante. Também pode ocorrer o fato de dois paradigmas disputarem o espaço de hegemonia da construção do conhecimento, do fazer científico. O paradigma precedente pode passar por uma crise de credibilidade científica, ao mesmo tempo em que o modelo paradigmático emergente ainda não é aceito pela comunidade científica internacional. Assim, dois grandes paradigmas científicos podem conviver, em disputa ou equilíbrio, durante largos períodos da história da ciência e das sociedades (CAPRA, 1982; KUHN, 1989).

O Direito Civil já não mais pode ser tido, aplicado e lecionado com base nos modelos individualistas do século passado, alicerçados em velhos dogmas liberais. Deve, sim, permitir a construção da dignidade do homem e de uma sociedade mais justa, fraterna e igualitária.

Nessa linha de raciocínio, afirma-se o relevo das relações familiares e filiais e, mais importante ainda, a convivência entre pais e filhos, propiciando a formação plena da personalidade.

A facilitação do acesso à Justiça e a possibilidade de realização de exame de DNA provocaram verdadeira revolução no Direito de Família, propiciando o conhecimento de uma verdade biológica, sangüínea, em relação ao conhecimento da paternidade. Esse conhecimento é relevante não só para o filho, mas também para o pai, ao qual eventualmente possa ter sido imputada, de forma equívoca, a paternidade da criança. O nome, a identidade, os traços fisionômicos, o caráter e as características transmitidas biologicamente são fundamentais para o exercício pleno da dignidade humana, que, no entanto, não são mais suficientes para demonstrar a existência de uma verdadeira relação familiar ou mesmo uma relação paterno-filial.

Exatamente esse valor de integração, de convivência, de solidariedade, de respeito entre as pessoas se encontra no ápice da sociedade atual, demarcando e impregnando espaços de interpretação e aplicação de normas, no julgamento das lides pelo Poder Judiciário e, enfim, na centralização dos direitos humanos como força maior e justificadora de tudo o mais que possa existir.

Sob essa perspectiva, há possibilidade de confrontação de dois valores opostos, mas ambos importantes para o direito e para a sociedade – a definitividade e imutabilidade das situações acobertadas pela força da coisa julgada –, que se antagonizam com uma verdade real e aparentemente inquestionável, que é a

ausência de vínculo sanguíneo entre aqueles que a Justiça disse que eram pais e filhos, não tendo se constituído qualquer laço de afetividade e, mais uma vez o filho se viu rejeitado.

Esse filho, desde o nascimento, não experimentou o carinho e a força originados do pai e, durante a primeira infância, nenhum homem dele se aproximou que estivesse disposto a assumir tal papel. Quando se verifica uma situação em que aquele a quem foi impingido o título de “pai” busca desconstituir essa farsa, ele encontra obstáculo quase intransponível na imutabilidade da coisa julgada material.

Sim, quase, pois, pela prevalência dos princípios constitucionais da personalidade, da identidade e da dignidade da pessoa, aplicados e interpretados de forma soberana sobre a letra da lei, é possível fazer prevalecer a verdade e a ética da situação, libertando os envolvidos para a busca da realidade, despojada de preconceitos e presunções falhos e, por isso mesmo, impostos de forma ilegítima e violenta.

Tal possibilidade resulta da assim denominada *relativização dos efeitos da coisa julgada*, pois, numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade.

Porém, de qualquer forma, há de se alertar para que não se torne inexistente ou de pouca efetividade a coisa julgada que tenha se formado, admitindo-se seu questionamento apenas em situação excepcional, na qual os princípios e as garantias fundamentais de nosso ordenamento jurídico sejam frontal e seriamente violados, perdendo todo e qualquer sentido o respeito à *auctoritas rei judicatae*, a coisa julgada.

No mesmo sentido, vale citar as considerações de Cândido Rangel Dinamarco ao concluir seu estudo sobre o tema:

A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral. (2002, p. 31-32)

Uma disciplina demasiadamente flexível da questão poderia dar azo à repetição dos abusos ocorridos na Alemanha nazista. Nessa oportunidade, em 15 de julho de 1941, foi promulgada lei concedendo ao procurador-geral do *Reich*, com o claro propósito de conformar as decisões do Poder Judiciário com os ideais nazistas, a faculdade de requerer a revisão, no prazo de um ano, de todas as decisões transitadas em julgado, caso existissem, segundo Gustav Boehmer, “graves dúvidas fáticas ou jurídicas contra a correção da decisão e considerada necessária a renovação do processo em razão do seu significado especial para comunidade popular” (*apud* OLIVEIRA, 1997, p. 98-99).

Assim, se o espaço destinado ao pai na certidão de nascimento estiver em branco, um indivíduo poderá, então, investigar, procurar e questionar sobre sua verdadeira identidade e ascendência para, quem sabe, não ser mais uma vez rejeitado e poder desfrutar do afeto paterno, filial e familiar que fundamentam a íntegra e sadia formação de sua personalidade e, enfim, da construção e constituição de um ser humano pleno.

Se a Constituição Federal consagrou no artigo 226, § 7º, o assim chamado *princípio da paternidade responsável*, pode-se concluir com facilidade que o homem é responsável pelos filhos que gera, podendo mesmo ser demandado para que se veja declarada juridicamente essa relação, se não o fizer voluntariamente.

Porém, se não se concretizar o laço socioafetivo, a filiação – que até pode ser jurídica – estabelecida com base em relação sangüínea, biológica e genética, será, na verdade, nada mais do que uma ficção, posto que ausente o traço marcante, caracterizador, essencial à relação paterno-filial, assim como de todas as relações familiares que se justificam por objetivarem o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros, donde se extrai que a consecução desse objetivo constitucional só será alcançada com a presença do vínculo afetivo entre pai e filho, sendo até mesmo desnecessário se perquirir sobre a existência dos demais vínculos (biológico, legal ou judicial).

Não se encontrando todos esses ingredientes numa determinada relação, resta estabelecer qual deles deverá prevalecer, cabendo verificar se há um elo perdido entre esses critérios que permita indicar o que deva preponderar. Concluindo com Rose Melo Vencelau (2004, p. 239), “em matéria de filiação o elo perdido está no melhor interesse do filho”, por analogia ao princípio do melhor interesse da criança alçado ao *status* de princípio constitucional que objetiva resguardar o melhor desenvolvimento da sua personalidade e afetividade. Para isso, entendeu-se possível, inclusive, sacrificar valor até certo ponto endeusado pelo Direito: a definitividade da coisa julgada que parece não resistir ao confronto com os direitos de identidade e de dignidade da pessoa humana, passível, portanto, de ser “desconstruída”.

Porém, outros dogmas devem ser relativizados para que seja possível o progresso e a busca de um sistema que, efetivamente, considere o homem como valor-fonte fundamental, do qual todas as forças se irradiam e para onde convergem. Há que se propiciar o diálogo, a dialética, o questionamento e a discussão – ampla e democrática – dos diversos institutos jurídicos, sociológicos, psicológicos e

filosóficos enfocados, além da convivência pacífica e respeitosa dos opostos, para que, ao fim, se possa experimentar a agradável sensação de haver caminhado.

Este trabalho se encerra. Mas espera-se que o diálogo sobre o tema esteja apenas no início, voltado sempre à compreensão da existência do homem no mundo, a facilitação e mesmo a criação de possibilidades de convivência plena, digna, fraterna e pacífica. Isso depende de sensível desenvolvimento das ciências ligadas ao comportamento humano, mesmo o Direito, que é responsável pela aplicação e interpretação das normas e princípios legais e constitucionais. A tarefa há de ser desempenhada em salutar compartilhar humilde, democrático e despido de vaidades que a nada conduzem, aproveitando as experiências e os saberes de outras ciências.

Pela sabedoria, simplicidade e genialidade, merece menção um ditado chinês:

Se dois homens vêm andando por uma estrada, cada um carregando um pão, e, ao se encontrarem, eles trocam os pães, cada homem vai embora com um.

Porém, se dois homens vem andando por uma estrada, cada um carregando uma idéia, e, ao se encontrarem, eles trocam as idéias, cada homem vai embora com duas.

Não há como se esquecer que, em 5 de outubro de 1988, o deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, ladeado pelo Ministro Moreira Alves, presidente do Supremo Tribunal Federal, e por José Sarney, presidente da República, proclamou o nascimento da Constituição Cidadã, que encerrou um ciclo de 20 anos de chumbo, alçou o ser humano ao centro de todas as atenções e elevou os direitos da personalidade ao *status* de irrenunciáveis, imprescritíveis e inalienáveis. Além disso, criou instrumentos de proteção contra agressões, violência ou ameaça a tais direitos e, exatamente nesse ponto, idealizou

uma Justiça comprometida com a legitimidade de suas decisões, com a aproximação da população, imune a pressões, coações e vínculos com outros interesses que não sejam o da distribuição da jurisdição com equidade, equilíbrio e valorização da dignidade da pessoa humana, projetando o país para o futuro e nos impondo a responsabilidade da concretização dos sonhos da modernidade.

Em 11 de janeiro de 2003, entrou em vigor o Código Civil brasileiro, aclamado por Miguel Reale como a Constituição do Homem Comum, alçado à condição de valor-fonte fundamental de todo o direito e, em conseqüência, centro de todas as atenções, o que vem sendo chamado de repersonalização. Sonhando com os pés no chão e tendo os olhos no porvir, utilizou-se de cláusulas gerais, com nítida mitigação do positivismo, transformando o juiz de mera “boca da lei” a verdadeiro solucionador de conflitos e alçando-o à condição de responsável pelos resultados e pela sorte das pessoas cujos interesses estejam por ele sendo decididos. Por isso, ele haverá de proceder de forma ética e humana. Assim, o Código o munuiu de instrumentos poderosos, como, por exemplo, a utilização das mencionadas cláusulas gerais, trazendo consigo um modelo comprometido com a função social do Direito e do acesso das pessoas à ordem jurídica justa, na idealização e formação de uma sociedade solidária e fraterna, alicerce da preservação da dignidade humana.

Esse é o papel do Poder Judiciário moderno, cidadão, solidário, voltado à efetivação das tarefas que a Constituição lhe atribuiu, por meio da abertura de uma imensa janela voltada à dimensão ética, mergulhado nos direitos das partes a fim de desvelar o que há por detrás de tudo, em busca da verdadeira Justiça, fazendo desaparecer a figura do juiz inerte, descomprometido com o destino das partes e as conseqüências de suas decisões, satisfazendo-se com o fato de estarem elas de

acordo com as regras procedimentais. Não há mais lugar para o juiz autômato, descompromissado, preocupado mais com o invólucro do que com o conteúdo.

De fato, a Constituição Federal desfez o mito de que só poderia ser a família fruto do casamento, o que se deve a uma revolução no relacionamento entre as pessoas e a um novo posicionamento da mulher na sociedade, ocupando espaços e exigindo respeito. A família dos nossos dias, aberta, plural, desvinculada de valores que determinem que as pessoas permaneçam juntas por outro motivo que não seja o benquerer e a afetividade, configura-se como o ambiente ideal para a formação sadia dos filhos, convivência fraterna, solidária e digna do ser humano. Com essa ruptura, afloraram-se núcleos formados por pessoas que não necessariamente mantinham entre si, vínculos previstos legalmente, vindo o reconhecimento do concubinato, da união estável e da convivência a reboque de uma realidade social que o direito fazia questão de ignorar, até mesmo igualando todos os filhos, independentemente de sua origem. Agora, mais uma vez, vê-se o direito atropelado pela evolução social e científica, desta feita pelas técnicas de inseminação artificial, clonagem do ser humano e enfrentamento pelos homossexuais do preconceito e da discriminação.

A igualdade dos direitos dos filhos e a maior facilidade de acesso aos exames de DNA propiciaram a elevação da quantidade de ações investigatórias e negatórias de paternidade pelas quais as pessoas, filhos ou pais, passaram a buscar a adequação da situação jurídica à verdade e à realidade. Vem entendendo, de forma maciça, a jurisprudência dos tribunais brasileiros que há prevalecer a verdade biológica, sangüínea, ou seja, pai é aquela pessoa que contribuiu com seu sêmen para que a criança nascesse. Esse posicionamento não parece guardar conexão com a realidade das coisas, pois a consangüinidade não é nem a única, nem a

melhor forma de estabelecimento e reconhecimento da existência de filiação e paternidade, e essa é uma preocupação que há de ter, sempre, o julgador.

A legitimidade das decisões jurisdicionais depende dos vínculos com os valores sociais, temporal e geograficamente localizados, para que possam ser aceitas e não impostas de forma violenta. Para isso, tanto a Constituição Federal como o Código Civil e outras normas legais vêm adotando o sistema de utilização de *cláusulas abertas*, convocando os intérpretes à complementação e conformação da norma aos fatores concretos, permitindo a evolução e a adaptação sem que seja necessária a alteração de seu texto, mesmo pelo *controle difuso de constitucionalidade*, que parece mais aproximado dos valores da democracia, pois possibilita o argumento de que a Constituição Federal e os princípios nela inseridos estejam sendo violentados. É certo que os princípios devem merecer força normativa prevalente mesmo sobre as próprias normas legais ou constitucionais, pois refletem as perspectivas maiores que a sociedade deseja para seu país.

Mais uma vez a Constituição Federal incumbiu o Poder Judiciário de velar pelos direitos fundamentais da pessoa em qualquer hipótese de lesão, mesmo que originada do próprio Judiciário. Assim, faz-se necessário que a atuação jurisdicional seja muito mais do que simples exercício de subsunção e que o julgamento seja acompanhado da profunda responsabilidade de decidir, muitas vezes, a própria vida de um número elevado de pessoas. Para isso, deve se pautar na preservação da dignidade da pessoa como valor-fonte fundamental do Direito. O posicionamento majoritário da jurisprudência em dar prevalência à paternidade biológica viola de forma categórica o princípio constitucional da não-discriminação.

Contrapõem-se duas verdades. De um lado, a resultante da força e da definitividade da coisa julgada que se formou em torno da decisão que estabeleceu e

declarou a existência de um vínculo de paternidade e filiação. De outro, a inexistência de vínculo biológico entre essas mesmas duas pessoas. Assim, há que se buscar a decisão que mais atenda aos princípios constitucionais.

Sem desconhecer a dissonância doutrinária em torno do tema, é possível afirmar que a coisa julgada não possui sede constitucional, não sendo tratada, assim, como direito fundamental, a não ser para colocá-la a salvo de alterações legislativas posteriores, ao passo que o direito de identidade está umbilicalmente ligado à personalidade e, em conseqüência, à dignidade do ser humano. Sendo aceito esse pressuposto, é fácil chegar-se á conclusão de que, contrapondo-se um direito fundamentado apenas em lei (CPC e Lei de Introdução ao Código Civil), há de prevalecer o preceito constitucional, de forma a se tornar possível a desconstituição da definitividade do caso julgado, mesmo que ultrapassado o prazo para ação rescisória.

Na outra ponta desse enfoque está a necessidade de segurança e definição das relações pessoais e negociais para a preservação da paz social e da própria manutenção da força do Poder Judiciário como voz última e maior a definir e delimitar os direitos e as obrigações das pessoas, com efeito de inafastabilidade do que restou decidido.

Sendo o direito à paternidade imprescritível e havendo possibilidade de se comprovar que decisão judicial anterior não guarda relação com a verdade biológica, por meio do exame de DNA, há quem venha defendendo o cabimento de ação rescisória com fundamento no artigo 485-VII do CPC por se constituir tal prova “documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”. Isso não parece ser solução viável, pois o laudo do exame de DNA não é documento novo. Ele irá se formar no

presente e seria temerário afirmar que, diante de sua juntada, a decisão lhe seria favorável de forma inquestionável, pois, exatamente aqui se faz presente e muito mais importante, valor que supera a força da lei e da decisão judicial, que é a afetividade, que está a definir e posicionar as relações em sociedade e na família e que justifica o relacionamento entre duas pessoas que possa ser caracterizado como de paternidade e filiação, ainda que vínculo sangüíneo algum tenham.

Talvez seja esse o *paradigma* que se está a buscar e tenta-se alcançar. Um elemento que justifique e explique os motivos de pessoas estarem e permanecerem juntas, visto que, no momento de evolução social atual, nem a lei, nem as decisões judiciais, nem os padrões tidos como certos na sociedade e, muito menos, a relação biológico-sangüínea se mostram suficientes para determinar que assim se mantenham. Talvez seja essa a chave para a construção de um novo tempo, deixando para trás a indiferença social, o desamor, a falta de responsabilidade e solidariedade com o próximo, buscando um ponto de equilíbrio a decifrar as mensagens que emanam do Código Civil e da Constituição. Não fazê-lo é uma omissão extremamente condenável.

A definitividade da coisa julgada se constitui em elemento da segurança jurídica, mas o que determina a Carta Magna é muito mais do que isso, é o *acesso das pessoas à ordem jurídica justa*, não se mostrando legítima qualquer decisão que assim não se caracterize. Assim, da mesma forma que grande parte da doutrina moderna vem questionando o positivismo e a própria viabilidade de manutenção de normas legais em códigos, há que questionar, também, a que preço há de ser mantida a definitividade das decisões judiciais, notadamente quando se mostre ofensiva a direitos da personalidade e da dignidade da pessoa e, em conseqüência, injustas e ilegítimas, frustrando o *anseio de justiça*, a busca do

homem pela felicidade propiciada por diversos e diferentes bens da vida, sendo que alguns foram alçados pelo legislador constituinte a fundamentais e essenciais.

A manutenção dos olhos voltados aos modelos do passado transformará o sonho da democracia social em pomposa inutilidade. *Sejamos agentes da mudança*, seus protagonistas, e não meros espectadores.

Não se ignora que é necessário um processo lento de mudança de paradigma para que as cláusulas gerais se solidifiquem, mas há que ser desfraldada a *bandeira da solidariedade*, à frente de todos os propósitos, que deve ser acompanhada, também, da *bandeira do sonho*, como construtora da utopia do possível, e da *bandeira da luta* na busca de um país melhor.

Gustav Radbruch concilia as vertentes expostas afirmando que o estabelecimento dos parâmetros substanciais do conceito de justiça é realizado pelos princípios fundamentais que informam certa ordem social, que variarão de acordo com o momento histórico, com os fins a que a sociedade almeja alcançar e com as idéias de justiça e de segurança que têm como instrumento o direito positivo que estabiliza e torna objetivos os fins a serem perseguidos pela sociedade.

Essa seria a coordenação normal entre justiça, fim e segurança. No entanto, tal sincronia não é absoluta. Em situações excepcionais, nas quais o respeito a essa ordem provoca grande ofensa a um desses prismas, especialmente nos casos de grave ofensa à Justiça, ela pode ser momentaneamente quebrada. Diante da necessária busca de conciliação entre os valores segurança e justiça, deve em regra prevalecer a decisão injusta, mas conforme o direito. No entanto, excepcionalmente, em hipóteses de grande injustiça, em que valores básicos e fundamentais dos seres humanos são violados, o respeito à segurança perde o sentido, devendo ser posto de lado, e ser aplicada ao caso concreto a solução justa.

Na Constituição, estão os valores eleitos pela sociedade como fundamentais, os princípios que dimensionarão o justo. Uma vez nela inseridos, transformam-se na chave de todo o sistema, determinando o viés a ser seguido pelo intérprete na tomada de decisões dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Havendo conflito e tensão entre princípios constitucionais, cumpre ao intérprete encontrar um compromisso, pelo qual se destine, a cada princípio, um determinado âmbito de aplicação, não se devendo, de modo algum, eliminar algum deles. A missão do intérprete é buscar uma solução conciliadora, definir a área de atuação de cada um dos princípios. Não havendo uma única solução para todas as hipóteses, prevalecerá sempre aquele que, especificamente no caso concreto, tiver maior força. Tal prevalência não implica restrição em abstrato da força impositiva do princípio afastado. Em outras circunstâncias, diante de novos fatores relevantes, o princípio antes afastado está pronto para ser aplicado.

Havendo choque entre os princípios da justiça e da segurança jurídica, não se pode perder de vista a busca da pacificação social com justiça, o acesso à ordem jurídica justa e não a uma justiça qualquer. O processo deve ser o instrumento para garantia de que a justiça seja aflorada e que venha à superfície o que realmente esteja camuflado nos recônditos direitos alegados pelas partes.

A coisa julgada deve ser posta em equilíbrio com as garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil. O valor segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CRFB).

Segundo Gustav Radbruch, a concepção da coisa julgada como um valor absoluto pode contrariar até mesmo o próprio princípio da segurança jurídica, pois, despida de legitimidade e conexão com a realidade e verdade das situações, será a decisão definitivamente rejeitada pelas pessoas a ela subordinadas.

Não se há de deslembrar, no entanto, que a solução alvitrada é excepcional, extraordinária, cabível somente em situações de extrema tensão, nas quais seja de relevante inconveniência à sociedade e injustiça à parte o respeito à coisa julgada.

O direito e as relações humanas demandam abertura dialética, capilaridade, contato com os demais ramos do saber, sendo necessária a discussão desprovida de preconceitos arraigados num positivismo que cega e que parece já não mais ter espaço no Direito e que, juntamente com o instituto da coisa julgada, deve ser submetido, sempre, aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, afrouxando os nós que transformam o jurista num autômato e retirando a venda colocada na deusa Têmis – muitas vezes, pretende-se que ela seja cega para não ver as atrocidades que são cometidas em seu nome.

A Justiça não é cega. Tem os olhos abertos, é ágil, acessível, ativa, democrática e efetiva. Tirando-lhe a venda, resta ela liberta para que possa ver e, com olhos despertos, há de ser justa, prudente e imparcial, há de ver a impunidade, a pobreza, o choro, o sofrimento, a tortura, os gritos de dor e a desesperança dos necessitados que lhe batem à porta. E conhece, com seus olhos espertos, de onde partem os gritos e as lamúrias, o lugar das injustiças, onde mora o desespero. Mas não só vê e conhece. Ela *age*. Essa é a Justiça que reclama, chora, grita, sofre e se faz presente sempre que necessário para garantir a igualdade dos direitos e a efetiva garantia quando violentados, principalmente quando envolvem relação

transcendental entre pais e filhos. Uma Justiça que se emociona. E de seus olhos vertem lágrimas. Não por ser cega, mas pela angústia de não poder ser mais justa.

Não há de ser uma utopia inatingível imaginar-se e buscar-se um mundo melhor, um mundo onde prevaleça o direito voltado à satisfação plena das necessidades do ser humano, das quais a maior é a felicidade. Para isso, haverá que prevalecer a força dos sentimentos que unem as pessoas apenas pelo fato de terem seus atos guiados pelo coração, pela afetividade, pelo benquerer, talvez o paradigma que esteja à espera de ser desvelado, o elemento justificador das decisões judiciais e do relacionamento entre as pessoas.

Afinal, parafraseando Ricardo Pereira Lira, *enquanto exista um par de olhos chorando as lágrimas da irresignação, enquanto mentes e corações busquem o igual acesso de todos os bens essenciais a uma vida digna, sistemas políticos podem ser extintos, estátuas derrubadas, mitos varridos, mas o socialismo democrático não perecerá*, o que está a depender do proceder de cada um de nós em relação aos outros e conosco, com solidariedade e boa-fé, de forma ética, humana e desprovida de valores menos nobres que em nada contribuem para a concretização dos objetivos maiores da nação, estabelecidos na Constituição Federal.

Apenas procedendo dessa forma, permitindo, enfim, a junção de razão e emoção que integram, indissociáveis, a condição humana e a subjetividade ineliminável na busca constante de um canto de esperança mesmo que haja tanta desesperança, estaremos vergando as bandeiras da solidariedade, do sonho e da luta de forma a entender a mensagem da poetisa curitibana Helena Kolody: “Deus dá a todos, uma estrela. Uns a transformam num céu, outros sequer conseguem vê-la”.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio. O princípio da igualdade: a (in)sensível desigualdade ou a isonomia matizada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 253-267.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 18, 2000.

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão. A reprodução assistida e as relações de parentesco. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 10 out. 2002.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 217, 1999, p. 55-66.

\_\_\_\_\_. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, dez. 1998. Não publicado.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA – Aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 a.

\_\_\_\_\_. A paternidade socioafetiva e a formação da personalidade. 2002 b. Disponível em: <[http://www.ibdfam.com.br/inf\\_geral.asp?codInf=97&CodTema=53&Tipo=1](http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?codInf=97&CodTema=53&Tipo=1)>. Acesso em: 25 jun. 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

AMARAL JR., José Levi Mello do. Da necessária distinção entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/amaralj1.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2003.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, out. 1960.

APPIO, Eduardo. *Habeas Corpus no Cível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ARAÚJO, Nádía de; VARGAS, Danila T. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2004 a.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004 b.

\_\_\_\_\_. *A vida do espírito*. Tradução A. Abranches, C. A. R. Almeida e H. Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

\_\_\_\_\_. *Entre o passado e o futuro: o conceito de história antigo e moderno*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

\_\_\_\_\_. *The politics or Aristotle*. Tradução Ernest Barker. Oxford: Clarendon Press, 1952.

ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Vol. I).

ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. *Prisão civil por dívida*. São Paulo: RT. 1993.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto do Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, ano 89, p. 11-17, maio 2000.

AZEVEDO FRANCESCHINI, J. L. V de; OLIVEIRA, Antonio Sales de. *Direito de Família – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. (Vol. III).

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

\_\_\_\_\_. *Jueces y Constitución*. Madri: Civitas, 1987.

BANCO MUNDIAL. *Court performance around the world: a comparative perspective*. 1999. (World Bank Technical Paper, n. 430).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARBOZA, Heloísa Helena. Novas tendências do direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, Rio de Janeiro, n. 2, 1994.

\_\_\_\_\_. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.) *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBOSA, Dom Marcos. Cântico de núpcias. Disponível em: <[www.secrel.com.br/jpoesia/mbarbosa1.html](http://www.secrel.com.br/jpoesia/mbarbosa1.html)>. Acesso em: 4 jun. 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a cultura da transgressão. *Revista da Emerj*, n. 9, p. 98-119, 2000.

\_\_\_\_\_. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998 (Vol. 5).

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

BARRETO, Vicente. Bioética e a ordem jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, Rio de Janeiro, n. 4, 2000.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 54, 2001 a.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 b.

\_\_\_\_\_. Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro. In. \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 c.

\_\_\_\_\_. Direito e paixão. *Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, Rio de Janeiro, n. 2, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em: 21 out. 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. (Vol. 2).

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BEUCHOT, Mauricio. La persona y la subjetividad en la filología y la filosofía. *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, n. 16, 1996.

BEVILLACQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva: 1963. (Vol. 1).

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Quale socialismo?*. Turim: Guapichelli, 1960.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de Estado de filho – paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOFF, Leonardo. Sabedoria chinesa. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 28 maio 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Resolução nº 1358/1992. Regula a reprodução humana assistida e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, seção I, 19 nov. 1992.

CAHALI, Yussef Said. Comentário ao artigo 33. In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antonio Fernando de; MENDEZ, Emílio Garcia (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Reconhecimento do filho extramatrimonial. *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, IEJ, v. 7, 1996.

CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Nápoles: Morano, 1989.

\_\_\_\_\_. La cassazione civile. In: \_\_\_\_\_. *Opere giuridiche*. Nápoles: Morano, 1976. (Volume VII).

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

CAMBI, Accácio. Apelação Cível 108.417-9, Curitiba, 2ª Vara de Família, relator Des. Accácio Cambi, Tribunal de Justiça do Paraná, j. 12.12.2001.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. LXVII, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. O Direito Constitucional na encruzilhada do milênio: de uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: SORIANO, G. (Ed.). *Constitución y constitucionalismo hoy*. Caracas: Fundación Manuel Garcia-Pelayo, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARVALHO, Manuel da Cunha. Os direitos de personalidade: o indivíduo em relação jurídica consigo próprio. *Boletim da Coad/ADV*, fev. 2003.

CARVALHO, Orlando. *A teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Centelha, 1981.

CASTEL, Robert. *A Ordem Psiquiátrica: a Idade de Ouro do alienismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988–1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

\_\_\_\_\_. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

CHAUÍ, Marilena. Universidade. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, 16 jun. 2004 a, Primeiro Caderno, p. A-10.

\_\_\_\_\_. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2004 b.

CHAVES, Antônio. *Adoção e legitimação adotiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 a.

\_\_\_\_\_. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995 b.

\_\_\_\_\_. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1998. (Volume I).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMMAILLE, Jacques. A ética das relações homoeróticas. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. *L'esprit sociologique des lois: essai sur la sociologie politique du droit*. Paris: PUF, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREIA, Adriano. O pensar e a moralidade. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Transpondo o abismo: Hannah Arendt entre a filosofia e a política*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COSTA, Jurandir Freire. Impasses da ética naturalista: Gide e o homoerotismo. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesual Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Independência da magistratura e direitos humanos. 1998. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari21.html>>. Acesso em 7 jan. 2004.

DELBOSIN, Victor. *A filosofia prática de Kant*. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.

DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, p. 31, 2001.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã...* Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Família, ética e afeto. Disponível em: <[http://www.ibdfam.com.br/inf\\_geral.asp?codInf=289&CodTema=53&Tipo=1](http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?codInf=289&CodTema=53&Tipo=1)>. Acesso em: 21 mar. 2004 a.

\_\_\_\_\_. Afeto registrado. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/asmaisnovas24052004x.htm>>. Acesso em: 24 maio 2004 b.

\_\_\_\_\_. Investigação de paternidade, prova e ausência da coisa julgada material. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 1, p. 21, abr./maio/jun., 2002.

\_\_\_\_\_. *União homossexual: o preconceito & justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004 v. 3.

\_\_\_\_\_. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. *Execução civil*. 4. ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 667, maio 1991.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35-38.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EIGUER, Alberto. *O parentesco fantasmático: transferência e contratransferência em terapia familiar psicanalítica*. Tradução de Monique Aron Chiarella. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

ÉPOCA. Os caminhos da fertilidade. *Época*, São Paulo, n. 9, p. 44, 20 jul. 1998.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. (Vol. XVIII).

\_\_\_\_\_. Virada de Copérnico – Um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz E. (Coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 a.

\_\_\_\_\_. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 b.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 c.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil – Elementos críticos do Direito de Família*. Coord. Ricardo Pereira Lira, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FEIJÓ, Paulo Mello. Mudança de perspectiva. *Revista Fórum*, São Paulo, n. 11, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: UnB, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo).

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed., 14. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FIDA, Orlando; ALBUQUERQUE, J. B. Torres. *Investigação de paternidade*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

FIUZA, Ricardo (Org.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 23. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FREITAG, Michel. Prefácio. In: DUPAS, Gilberto (Org.). *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

FREITAS, Lucia Maria de Paula. Adoção – Quem em nós quer um filho?. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 10, p. 146, jul./ago./set. 2001.

FREITAS, Paulo Roberto A. de. A união estável. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 10, 1992.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCEZ FILHO, Martinho. *Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1932. (Vol. 1).

GIORGIANNI, Michelle. *O direito privado e as suas atuais fronteiras*. Tradução de M. C. de Cicco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. (Nº. 747).

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRECCO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto165.doc>>. Acesso em: 5 ago. 2004.

GROSMAN, Cecilia P. *Acción de impugnación de la paternidad del marido*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1982.

GROSS, Alfonso Oramas. *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*. Buenos Aires: Edino Jurídicos, 1988.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HÄBERLE, Peter. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia – Entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *O discurso intercultural sobre os direitos humanos*. Recht auf Menschenrechte. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 a.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 b.

\_\_\_\_\_. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HART, Herbert L. *O conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

HEGEL, Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. 4. ed. Tradução e prólogo de Gerhart Niemeyer. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1961.

HERÁCLITO. Fragmentos. In: *Os pré-socráticos*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1978, p. 62 (B-116). (Coleção Os Pensadores).

HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos*. 2. ed. Aparecida, SP: Santuário, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito e utopia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de direitos humanos – Gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994. (Volume 1).

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <[www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4193](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4193)>. Acesso em: 6 out. 2004.

\_\_\_\_\_. Dos filhos havidos fora do casamento. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000 a. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=528>>. Acesso em: 25 mar. 2003.

\_\_\_\_\_. Família e casamento em evolução. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000 b.

HOBBS, Thomas. Da condição natural da humanidade, no que diz respeito à sua felicidade e desgraça. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Leviathan*. Ed. M. Oakeshott. Oxford: Basil Blackwell, 1946.

IBGE. *Anuário estatístico do Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2003. (Vol. 61).

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução João Vasconcelos. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil – imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v. 10, out./dez. 1979.

JAMES, JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do imperador Justiniano*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*. Tradução Luis Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1989.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

\_\_\_\_\_. *Derecho justo – Fundamentos da ética jurídica*. Madri: Civitas, 1985.

LASSALE, Ferdinand. *Que es una constitución?*. Tradução W. Roces. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946.

LAUFER, R.; PARADEISE, C. *Le prince bureaucrate*. Paris: Flammarion, 1982.

LEAL, Rogério Gesta. Constituição e cidadania no Brasil. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto300.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997 a.

\_\_\_\_\_. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997 b.

LELLA, Pedro Di. *Paternidad y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Francisco Menton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Fortaleza: ABC, 2000.

LISBOA, Álvaro Anicet. Investigação de paternidade. Disponível em: <<http://www.alvarolisboa.adv.br>>. Acesso em: 24 jul. 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. 2004 a. Disponível em: <[http://www.ibdfam.com.br/inf\\_geral.asp?codInf=297&CodTema=54&Tipo=1](http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?codInf=297&CodTema=54&Tipo=1)>. Acesso em: 1 abr. 2004.

\_\_\_\_\_. A repersonalização das relações de família. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 307, 10 maio. 2004 b. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 25 jul. 2004.

\_\_\_\_\_. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 07 ago. 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação e a Constituição. In: SARLET, Ingo W. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LUFT, Lya. *Pensar é transgredir*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MADALENO, Rolf Hanssen. Alimentos e sua restituição judicial. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 211, 2002.

\_\_\_\_\_. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito de Família – Aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999 a.

\_\_\_\_\_. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. In: COUTO, Sérgio (Coord.). *Nova realidade do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Coad, 1999 b. (Tomo 2).

MAFFEIS, Ricardo. Com novo código, juiz passa de locutor a intérprete da norma. Disponível em: <<http://cartamaior.uol.com.br/cartamaior.asp?id=633&coluna=reportagem>>. Acesso em: 2 abr. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. Disponível em: <[www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716)>. , visitado em 02 de outubro de 2004.

MARMITT, Arnaldo. *Prisão civil por alimentos e depositário infiel*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

MARQUES, Cláudia Lima. *A crise científica do Direito da pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*. In: KRIEGER, Maria da Graça; ROCHA, Marininha Aranha (Orgs.). *Rumos da pesquisa: múltiplas trajetórias*. Porto Alegre: UFRGS, 1998.

MARQUES, Marília Bernardes. O fenômeno humano e as leis em face da clonagem. *Revista Monitor Público*, ano 4, n. 12, 1997.

MARTINS, José de Souza. *O poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta*. São Paulo: Hucitec, 1994.

MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. *Revista de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, out. 2001.

\_\_\_\_\_. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. Ed. José Arthur Gianotti, tradução de José Carlos Bruni, José Arthur Gianotti e Edgard Malagodi. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 134, abr./jun., 1997.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. (Volume IV).

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. (Tomo 7).

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. (T. V/73, n. 11).

\_\_\_\_\_. *Tratado da ação rescisória*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Brasília: UnB, 1982.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Constituição e Direito Civil: tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Vol. 779).

\_\_\_\_\_. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 b.

\_\_\_\_\_. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 a.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998 a.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998 b.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MULLIEZ, Jacques. La désignation du père. In: DELUMEAU, Jean; ROCHE, Daniel (Orgs.). *Histoire des pères et de la paternité*. Paris: Larousse, 2000.

NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos V. do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Investigação de paternidade procedente. Coisa julgada material. Prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo. Qual prevalece?. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 12, p. 260, out./dez. 2002.

NOVAES, Adauto. O risco da ilusão. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *O avesso da liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

NÓVOA, César Garcia. *El principio de seguridad jurídica em matéria tributária*. Madri: Marcial Pons, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

O *GLOBO*. Justiça condena pai por não ter dado afeto ao filho. *O Globo*, Rio de Janeiro, 12 jun. 2004 a. O País, p 11.

\_\_\_\_\_. Independentes, elas perdem medo da separação. *O Globo*, Rio de Janeiro, 29 fev. 2004 b. *Jornal da Família*, p. 6.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco. *Direito de Família (Direito Matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

OLIVEIRA, J. M. L. L. *A nova lei de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Neiva Flávia. *Pátrio poder e poder familiar – Diferenças sociojurídicas*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 10, julho/agosto/setembro 2001.

OLIVEIRA, Rosiska D. de. A vida privada. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 maio 2003.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex-Jurídica, 1992.

PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3197>>. Acesso em: 22 abr. 2004.

PELUSO, Ana Luisa. Vida, manual de interpretação ou DNA (De Nada Adianta, seu destino está escrito em códigos herméticos). Disponível em: <<http://www.secrel.com.br/tributos/jfpeluso001.html>>. Acesso em: 22 maio 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Da invalidade do negócio jurídico no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.amaerj.org.br/Editorial/MontaHome.asp?qsTpl=artigos4b.tpl&qsCaminhoTpl=../tpl/>>. Acesso em: 15 set. 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

\_\_\_\_\_. Texto da contracapa. In: DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – Preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. A vitória da ética sobre a moral. *Revista Jurídica*, Belo Horizonte, ano IV, n. 8, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Sérgio Gisckow. *Ação de alimentos*. Porto Alegre: Síntese, 1979. (Coleção Ajuris, n. 11).

\_\_\_\_\_. A execução de alimentos. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 24, 1982.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PERES, Ana Paula Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil e Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: Esi, 1984.

PERROT, Michel. *História da vida privada*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. (Volume IV: Da Revolução à Primeira Guerra).

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

POLLAK, Michel. *Les homosexuels et le sida*. Paris: Métailié, 1988.

POMMIER, François. *La psychanalyse à l'épreuve du sida*. Paris: Aubier, 1996.

PORTANOVA, Rui. Família possível: desembargador defende adoção de crianças por homossexuais. Disponível em: < <http://conjur.uol.com.br/textos/27435/>>. Acesso em: 22 maio 2004.

PROSPERI, Francesco. *La famiglia non fondata sul matrimonio*. Nápoles: Esi, 1980.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002. (Teses e Monografias – 4).

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Armando, 1979.

RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade: manual prático do DNA*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organização de Erin Kelly. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O direito dos povos*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *A theory of justice*. 23. ed. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of the Harvard University, 1997.

\_\_\_\_\_. *Political liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1993.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *O projeto do Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 b.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*, 19<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1999 a.

\_\_\_\_\_. Visão geral do projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 752, p. 26, jun. 1998 a.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998 b.

\_\_\_\_\_. *Fontes e modelos do Direito – Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. A pessoa, valor-fonte fundamental do Direito. In: \_\_\_\_\_. *Nova fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Nova fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1970.

\_\_\_\_\_. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1967.

RIBA, Lídia Maria. *Nunca se renda*. São Paulo: Vergara e Riba, 2002.

RICOEUR, Paul. *Em torno do político*. Tradução Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1995.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller Editora, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito de família. Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHEMBERG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire – Conflits des lois dans le temps*. 2. ed. Paris: Éditions Dalloz et Sirei, 1960.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. In: *Os pensadores*: Jean-Jacques Rousseau. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. *A Constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

SCHILLER, Friedrich Von. *A educação estética do homem*. São Paulo: Iluminuras, 1995.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o fundamento da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SEGATTO, Cristiane; TERMERO, Maria. A guerra das células-tronco. *Época*, São Paulo, n. 335, p. 101-109, 18 out. 2004.

SERRES, Michel. *Filosofia mestiça*. Tradução Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa?. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 93, vol. 821, 2004.

SIQUEIRA, Liborni. *Adoção*. 1. ed. Rio de Janeiro: Folha Carioca, 1998.

SOBLE, Alan. Sexualidade. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução Maria Vitória Kesler. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2003.

SOMMARIVA, Salete. Apelação Cível 2003.011330-4, 1ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relatora, Des. Salete Sommariva. Disponível em: <[www.conjur.uol.com.br/textos/249774](http://www.conjur.uol.com.br/textos/249774)>. Acesso em: 6 out. 2004.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; CALIXTO, Marcelo; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Os direitos da personalidade – Breve análise de sua origem histórica. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/direito/pet\\_jur/cafpatdp.html](http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatdp.html)>. Acesso em: 21 jan. 2004.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota. *Direitos humanos, urgente!*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Hermenêutica constitucional e democracia. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1<sup>o</sup>/2<sup>o</sup> sem., 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STEINEM, Glória. *A revolução interior*. Tradução Myriam Campelo. Rio de Janeiro: Objetiva, 1992.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais no Brasil. In: ANDRADE, André (Org.). *A constitucionalização do Direito – A Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 a.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 b.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de filhos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 52-53, 1991.

TABUCCHI, Antonio. Uma coisa pensa o cavalo, outra quem o encilha. In: \_\_\_\_\_. *La Gastrite de Platon*. Paris: Mille et une nuits, 1997.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Novo Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

TELLES, Vera. Sociedade civil e a construção de espaços públicos. In: DAGNINO, Evelina (Org.). *Anos 90 – Sociedade e política no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 a.

\_\_\_\_\_. *O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira*. *RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7, p. III, jul./set. 2001 b.

\_\_\_\_\_. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TESHEINER, Sérgio. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JR., Humberto. Os paradigmas da família moderna. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, 1999.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valer do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

TOBENÃS, Juan Castan. *Los derechos del hombre*. Madri: Reus, 1969.

TORRES, Antônio Carlos Esteves. *União Civil – O projeto*. 2003. Inédito.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: \_\_\_\_ (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (Vol. III – Os direitos humanos e a tributação – Imunidades e isonomia).

TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação da paternidade. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 63, 2000.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

VELLANI, Mario. *Naturaleza de la cosa juzgada*. Buenos Aires: Europa-América, 1963. (Nº 32).

VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: *A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

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.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. (Volume 6).

VERÍSSIMO, Luiz Fernando. O cronômetro contra a literatura. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 7, 18 maio 2003.

VIANA, Marco Aurélio Sincerely. *Alimentos, ação de investigação de paternidade e maternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948.

VILLELA, João Baptista. *O modelo constitucional da filiação: verdades & superstições*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 2, jul./ago./set. 1999.

\_\_\_\_\_. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

\_\_\_\_\_. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 21, maio 1979.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça – Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Orgs.) *Participação e processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WELTER, Pedro Belmiro. *Investigação de paternidade – Posse do estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

\_\_\_\_\_. Investigação de paternidade: obrigatoriedade do exame genético de DNA. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 246, 1988.

WINNICOTT, D. W. *Natureza humana*. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

\_\_\_\_\_. *A criança e o seu mundo*. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WOJTYLA, Karol. *Amor e responsabilidade*. Lisboa: Rei dos Livros, 1999.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

## Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

N639 Nicolau Júnior, Mauro  
Paternidade e coisa julgada : limites e possibilidades à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais./ Mauro Nicolau Júnior. Rio de Janeiro, 2004.  
389 f. ; 30 cm.  
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2004.

Bibliografia : f. 368-389

1. Paternidade. 2. Coisa julgada. 3. Filiação.  
4. Direito de Família.

I. Título. CDD 342.163