

A OBRIGATORIEDADE AO EXAME DE DNA COMO MODO DE EFETIVAR O DIREITO À PATERNIDADE

Joelma Carvalho de Oliveira*

Jô de Carvalho**

RESUMO

A filiação é um direito consagrado na Constituição Federal de 1988, intimamente relacionado aos direitos personalíssimos e a dignidade da pessoa humana. Com isso, esse estudo teve como objetivo explicar a Ação de Investigação de Paternidade, tratando de suas nuances processuais, pesquisando até que ponto a recusa em submeter-se ao teste de DNA (Ácido Desoxirribonucleico), que garante a dignidade a um indivíduo ao efetivar o direito a paternidade, viola um direito constitucional do investigado. Os objetivos específicos foram apresentados em três capítulos. Inicialmente tratando da filiação e todos seus aspectos. Em segundo foi explanado a Ação de Investigação de Paternidade, com os principais pontos e nuances processuais. E por fim, a dualidade existente entre os direitos de paternidade e o direito a integridade física do investigado, bem como também foi tratado de uma nova visão dado a paternidade, através da socioafetividade. A metodologia do trabalho teve como método o hipotético-dedutivo. Enquanto procedimento, este trabalho realizou-se em maior parte por meio da pesquisa bibliográfica, pois foi desenvolvido a partir de materiais publicados em livros, artigos, dissertações, teses e atualmente na internet, a fim de construir uma pesquisa descritiva. Uma parte do estudo também contou com a pesquisa de campo, com objetivo de coletar dados, na busca de pontos de vistas e posicionamentos social sobre a temática. Ao final do estudo pôde-se concluir que o reconhecimento da paternidade biológica é um direito básico do ser humano e quanto ao conflito entre direitos e a possibilidade de recusa ao exame de DNA pelo suposto pai foi resolvida pela Súmula 301 do STJ que colocou fim à contenda determinando ser presumida a paternidade em casos injustificáveis de recusa ao exame de DNA, cabendo ao juiz se atentar para cada caso específico e para as demais provas circunstanciais, a fim de garantir à pessoa do filho o efetivo direito ao princípio da dignidade humana.

Palavras-chave: Paternidade. Ação de Investigação de Paternidade. Meio de prova. Exame de DNA.

1 INTRODUÇÃO

O nome, ou seja, a identificação do indivíduo pelo nome remonta aos primórdios da humanidade e se confunde com a história da origem do próprio homem. Além de identificar o indivíduo, o nome lhe garante individualidade e personalidade jurídica, sendo assim, é comum a todos, o sentimento e o desejo de conhecer e buscar pelas referências sobre a própria existência e com isso do parentesco que o antecede. São informações importantes quanto ao

* Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga.

** Pós doutorado e doutorado em Ciências Técnicas pela Universidade de Matanzas Camilo Cienfuegos, Cuba. Mestre em Produção e recepção de textos pela PUC/MG, pós graduada em psicopedagogia pela UFMG, pós graduanda em Direito Previdenciário pela UNOPAR, graduada em Pedagogia pela Unileste e em Direito pela FADIPA. PROFESSORA TITULAR da Faculdade de Direito de Ipatinga, Brasil.

autoconhecimento, à autoafirmação e até mesmo a sobrevivência, uma vez que conhecer a origem genética pode ser determinante para solucionar ou diagnosticar alguma doença hereditária.

O Código Civil vigente incluiu o nome, incluindo o prenome e sobrenome, como direito da personalidade. Ao nascer se adquire o direito da personalidade e o direito ao nome. A Lei de Registros Públicos impõe a indicação de um nome para toda pessoa natural no momento do seu nascimento. A Constituição Federal de 1988 consagra o nome como parte integrante do princípio da dignidade humana.

Há diversos casos, por variadas razões, de filhos que não possuem em sua documentação a filiação completa, e assim surge a busca para reaver esse direito, através do judiciário, com as Ações de Investigação de Paternidade. Dentro dessa ação uma prática comum é o exame de DNA, utilizado para a comprovação da suposta paternidade.

Tendo em vista a dualidade de direitos fundamentais, que são o reconhecimento à paternidade de um lado e do outro o direito à integridade física do investigado, é possível e compensatório a natureza da filiação aplicar ao investigado a obrigatoriedade à submissão ao exame investigativo de DNA?

Ao analisar esse contexto, o objetivo do estudo é explanar acerca da Ação de Investigação de Paternidade, tratando de suas nuances processuais, pesquisando até que ponto a recusa em submeter-se ao teste de DNA, que garante a dignidade a um indivíduo ao efetivar o direito à paternidade, viola um direito constitucional do investigado.

A metodologia do trabalho que se segue, tem como método hipotético-dedutivo. Enquanto procedimento, este trabalho realizar-se-á em maior parte por meio da pesquisa bibliográfica, pois será desenvolvida a partir de materiais publicados em livros, artigos, dissertações, teses e atualmente na internet, a fim de construir uma pesquisa descritiva, uma parte do estudo também contara com a pesquisa de campo, com objetivo de coletar dados, na busca de pontos de vistas e posicionamentos social sobre aspectos do reconhecimento da paternidade.

Para a realização desse estudo, a pesquisa será dividida em três capítulos. O primeiro abordará a filiação, tratando de sua evolução social e jurídica, os conceitos referentes a isso e como a paternidade é tutelada no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo capítulo, tratará da Ação de Investigação de Paternidade, em todas suas nuances processuais. E por último, o terceiro capítulo, tratará da dualidade de direitos tendo como base a dignidade, ou seja, tratará do direito ao reconhecimento da paternidade daquele que pleiteia a ação, bem como o direito a integridade física do investigado, apresentando uma coleta de dados que elenca a porcentagem de casos nessas situações, ou seja, da busca do direito à paternidade.

A escolha do tema se justifica em razão do crescimento de demandas judiciais que envolvem o reconhecimento à paternidade, bem como da relevância dada à instituição familiar que independente de sua formação, é eivada de direitos e protegidas por princípios, buscando assim compreender se a condução coercitiva para prova de DNA, ou seja, a obrigação de prestar prova contra si, contribui para efetivar o direito ao nome e conseqüentemente garantir a proteção e a dignidade da pessoa do filho.

A relevância deste estudo está em seu contexto atual, porque transcende o modelo familiar tradicional e compreende a paternidade acima disso, trazendo informações pertinentes tanto a comunidade acadêmica, como a sociedade em geral, bem como na relevância em tratar e reforçar a família como entidade resguardada de direitos.

2 FILIAÇÃO

2.1 Aspectos históricos e conceituais

A família é uma entidade que não dispõe somente de um significado, pois, ao longo dos anos passou a se apresentar de maneira diversa e ampla. Ressalta-se nos ditames atuais o que rege uma família são as relações socioafetivas. Desse modo, a entidade familiar é resguardada por sua essência e não pela sua qualificação, conforme art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (BRASIL, 1988).

Inicialmente é necessário tratar da filiação como uma relação de parentesco que se estabelece entre descendente e ascendente, e que na seara do direito gera direitos e deveres. Lisboa (2013, p. 274) define a filiação: “[...] o vínculo constituído entre um sujeito e seus pais, pouco importando o meio de sua formação”. A filiação, assim como a instituição familiar passou por diversas mudanças bem como sua evolução histórica e assim caminhou para mudanças conceituais ao longo dos anos.

O Direito romano é a inspiração do direito moderno e sempre que se pensa em evolução conceitual e normativa, há menção a seus valores. Em Roma a família era cunhada com base em preceitos religiosos, onde o chefe de família era o homem da casa, concentrando assim sobre ele o poder familiar. Todas as relações giravam em torno da prática religiosa, como cultos domésticos e a obediência a esses preceitos, assim a filiação não era baseada somente na consanguinidade, mas na apresentação de uma criança ao altar como aquele que iria continuar o culto do pai. O filho adotivo então era tido como verdadeiro, já o filho extraconjugal era marginalizado por não ser vinculado a herança paterna.

Fujita (2011, p. 13), explica que foi o Direito Romano que criou a classificação dos filhos:

Sob a ótica de direitos e deveres, os filhos eram classificados, no período clássico do direito romano (da *Lex Aebutia*, entre 149 e 126 a.C., até o término do *dominato* do Imperador Diocleciano, em 303 d.C.) em duas categorias: (a) os *iusti* (ou *legitimi*), os resultantes de justas núpcias e os adotivos; (b) os *uulgo quaesitii* (conhecidos também como *uulgo concepti* ou *spurii*), decorrentes de uma união ilegítima.

A religião tem sua contribuição nas noções familiares e de filiação. A Igreja Católica introduziu o casamento seguindo três requisitos básicos, a monogamia, a vitaliciedade e a não dissolução. Com essas premissas a igreja queria evitar uma deterioração moral de seus fiéis, impedindo uma desordem social, e assim a proteção da família como entidade respeitável e proveniente dos ensinamentos de Deus. Com esses ensinamentos, os filhos havidos fora da constância do casamento ficaram conhecidos como ilegítimos, marcados como frutos de pecado e distintos dos filhos legítimos.

A classificação de filiação em legítima e ilegítima também era pautada na preocupação de preservar o patrimônio familiar, e em razão disso, foram mantidas e usadas no Brasil por muitos anos, conforme Dias (2014, p. 361): “essa classificação tinha como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, do fato de a prole proceder ou não de genitores casados entre si”.

Quanto à classificação da filiação, tendo o matrimônio como única forma de reconhecimento e formação familiar, o doutrinador Gonçalves (2014b, p. 321) explica:

Filhos legítimos eram os que procediam de justas núpcias. Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se ilegítimos e se classificavam, por sua vez, em naturais e espúrios. Naturais, quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. Espúrios, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser adúlteros, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e incestuosos, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou entre irmão e irmã.

A legislação a respeito da filiação evoluiu lentamente em função da forte influência e concepções conservadoras oriundas dos ditames religiosos já mencionados. Como primeiro exemplo, tem-se o Código Civil de 1916, que em um avanço ao seu tempo, previu o rompimento do tratamento diferenciado entre família legítima e ilegítima.

A Constituição de 1937 mencionava em seu texto a igualdade entre filhos naturais e legítimos, porém, a eficácia desse dispositivo é questionável em razão da polêmica social que causou na época.

O Decreto-Lei 4373/42 permitiu o reconhecimento voluntário e forçado dos filhos adúlteros depois do desquite. Com a Lei nº 883/49, todos os filhos havidos fora do casamento passaram a ter direito de serem reconhecidos, em caso de dissolução da sociedade conjugal, fosse pelo desquite, falecimento de um dos cônjuges ou anulação do matrimônio. A Lei 6515/77, §1º e 2º, introduziu substanciais alterações na questão do direito do reconhecimento voluntário e forçado do filho extramatrimonial, concedendo-lhe direito à herança. O texto legal se referia ao filho de modo geral, sem especificações. Porém, a interpretação discriminatória dada ao texto, na época, concedeu a proteção apenas aos filhos espúrios. Continuava vedado o reconhecimento dos incestuosos. (ZANETTI, 2003, p. 12).

Mesmo com essas mudanças legislativas que eram consequências das mudanças sociais, a distinção da filiação só foi extinta com a promulgação da Constituição Federal de 1988:

Somente com a normatividade garantista da Constituição-Cidadã de 1988 é que foi acolhida a isonomia no tratamento jurídico entre os filhos. Aliás, preceito oriundo da própria Convenção Interamericana de Direitos Humanos, apelada de Pacto de San José da Costa Rica, que já prescrevia dever cada ordenamento 'reconhecer direitos aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro dele' (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 479).

Por força do art. 227, §6º: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação." (BRASIL, 1988), assim o Texto Constitucional acolheu todas as modalidades de filiação, há anos de tratamento injusto, de forma a garantir que todos os filhos teriam os mesmos direitos.

A premissa de mudança na Constituição baseou-se no Princípio da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, que tem como base o Estado Democrático de Direito e os preceitos de cidadania e legalidade, onde as diferenças devem ser respeitadas e todos são iguais, portanto, detentores dos mesmos direitos e da mesma proteção estatal e social.

Com a evolução social e normativa, um conceito de filiação na contemporaneidade é apresentado por Lôbo (2014, p. 198):

Filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais, nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. Filiação procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.

Logo, em genérico existem três tipos de filiação devidamente reconhecidas: a filiação natural ou biológica, a filiação adotiva e a filiação presumida.

A natural é a que diz respeito à questão biológica, ou seja, de consanguinidade. Tendo isso em vista, pode-se dizer que a filiação biológica ou natural:

É aquela que envolve uma relação sexual entre um homem e uma mulher com a conseqüente concepção, pouco importando a sua origem: se ocorreu dentro do matrimônio, ou fora do matrimônio, ou entre noivos ou namorados, ou entre meros “ficantes” (termo contemporaneamente utilizado que significa aqueles que, ocasional e descompromissadamente, decidiram ter momentos de intimidade sexual), dos quais resultaram a gravidez e o conseqüente nascimento de uma criança. (FUJITA, 2011, p. 63).

A filiação adotiva é resultado do processo de adoção com toda sua regulamentação e requisitos. Decorre da vontade, sem que haja obrigação ou ligação sanguínea. Decorre do desejo de paternidade.

E por fim, a filiação presumida, determinada por institutos legais que se presumem naturais os filhos no qual poderiam ser gerados na constância do casamento.

Com as diferentes modalidades de filiação e as novas concepções, surge também a filiação socioafetiva, igualmente considerada e de grande importância, pois, representa a evolução dos conceitos familiares e dos motivos que ensejam a formação familiar. A filiação socioafetiva é a maior representação da verdadeira paternidade, onde há a ligação de carinho entre um filho e sua família. Por isso, salienta Pereira (2013, p. 215) que:

Uma das mais relevantes conseqüências do princípio da afetividade encontra-se na jurisdicização da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação. Isto porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similaridade genética ou a derivação sanguínea, mas, sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos.

A filiação socioafetiva gera efeitos da mesma forma que a filiação biológica, como menciona Dias (2014, p. 383):

O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes. O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se menor, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de ‘segunda classe’. O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos.

Portanto, após essa breve síntese acerca da filiação na legislação brasileira, nota-se que esta passou por diversas alterações até chegar a sua forma atual, porém, ainda há a necessidade de fazer muitas alterações para se adequar a realidade da filiação nas atuais famílias brasileiras.

2.1 Presunções *pater is est e juris tantum* da paternidade

Presunção expressa, algo dedutível, sugere um juízo de probabilidade, ou seja, considera certa a existência de fatos ignorados ou desconhecidos. Assim, a presunção trata das consequências ou conclusões que a lei ou o magistrado formula, diante de certos fatos conhecidos, para confirmar a existência ou a veracidade da causa que pretende elucidar.

A presunção *pater is est* é a presunção de paternidade prevista no art. 1597, ou seja, na constância do casamento, conforme menciona Dias (2011, p. 354):

Ainda que por vedação constitucional não seja possível qualquer tratamento discriminatório aos filhos, o Código Civil trata em capítulos diferentes aos filhos havidos da relação de casamento e os havidos fora do casamento. O capítulo intitulado 'Da filiação' (CC 1596 a 1606) cuida dos filhos nascidos na constância do casamento do matrimônio, enquanto os filhos havidos fora do casamento estão no capítulo 'Do reconhecimento dos filhos' (CC 1607 a 1617). A diferença advém do fato do legislador ainda fazer uso de presunções quando se refere aos filhos nascidos do casamento.

O art. 1597:

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

Essas concepções jurídicas baseiam-se na ideologia de família estruturada com base no casamento, desconsiderando outras formações e principalmente a afetividade. Não é levado em conta a biologia para estabelecer a filiação, mais sim do pai ser o marido da mulher que concebeu a criança.

Dias (2011, p. 361) explica sobre:

[...] a filiação matrimonial decorre de uma ficção jurídica: o pai sempre é o marido da mãe. Desse modo, os filhos de pais casados têm, e de pleno direito, estabelecidas a paternidade e a maternidade. O nascimento dentro de um casamento imputa a paternidade jurídica presumida ao marido. Com base no "dever" de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade "efetiva", é que se formou a regra *pater est*. Presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se certa. Há justificativas históricas para essa certeza. A mulher era obrigada a casar virgem, não podia trabalhar, ficava confinada ao lar cuidando do marido, a quem devia respeito e obediência.

O reconhecimento judicial é o centro desse estudo, descrito pela Lei nº 8.560/92, que regula o procedimento da investigação de paternidade, inclusive prevendo a hipótese de reconhecimento forçado. A competência do procedimento de averiguação oficiosa da paternidade é da vara de registros públicos. O juiz recebe a

certidão de nascimento com os dados do suposto pai e determina que o mesmo seja notificado. O solicitado como pai, pode não aparecer, comparecer e negar a paternidade, ou reconhecer o filho. (BRASIL, 2002).

Quanto aos incisos do art. 1597, o I e o II, dizem respeito aos prazos gestacionais, e em ambos os casos, são prazos que consideram a constância do casamento em termos de convivência e não nos termos da formalização da união, conforme o autor Venosa (2003):

- a) nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal. Desta forma a filiação legítima que concede ao gerado o status de filho legítimo é assegurada pela evidência do casamento civil ou matrimônio;
- b) da lei extrai-se o fato de que mesmo havido antes do estabelecimento do vínculo matrimonial com este estabelece-se o vínculo de filiação, sendo o nubente considerado pai por presunção não lhe sendo concedida a possibilidade de contestar sua paternidade;
- c) nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento, aqui tem por pressuposto que a mulher não contraia novo casamento nos 10 meses seguintes aquela dissolução, salvo em contrário. Desse modo, se contraiu nova união antes do prazo de 10 meses, nascendo um filho nos 300 dias a contar do falecimento ou separação de seu primeiro marido, deste se presume concebido; se após os 300 dias do segundo marido desde que nascido.

Depois de estabelecida a convivência conjugal, advindos filhos nascidos antes de 180 dias ou posterior a 300 dias, e devidamente registrados pelo possível pai, ciente do estado gravídico, não lhe caberá o direito de contestar a paternidade, pois, a mesma, exceto em casos de fraude, é irretroatável e irrevogável.

Além dessas duas hipóteses, o Código Civil, prevê mais três incisos, quais são os incisos III, IV e V que preceituam a respeito das modalidades de fecundação *in vitro*. Nas duas primeiras, quais sejam as inseminações artificiais homólogas, diante da impossibilidade de concepção através da relação sexual, apesar da fertilidade de ambos os cônjuges, o marido fornece seu material genético para que o mesmo seja inserido em sua esposa de maneira artificial. Na terceira hipótese, possivelmente em razão de esterilidade do marido, o esperma é fornecido por terceiro e fecundado na esposa, sendo esta, chamada fecundação heteróloga. Ressalta-se que a presunção de paternidade é estendida a ambas as modalidades de inseminação, no entanto, só ocorrerá na prevista no inciso V caso haja anuência do marido. Parece redundante por parte do legislador inserir a presunção de paternidade de maneira expressa nesses casos, tendo em vista que, quando não colhido o esperma do próprio cônjuge, a inserção do material genético de terceiro na mulher depende de aprovação do próprio marido, não restando, desse modo, dúvidas da paternidade afetiva. (SOUZA, 2014, p. 30).

2.2 Do reconhecimento a filiação: características e formas

Como mencionado, há diversas formas de filiação. Para os concebidos na constância do matrimônio tem-se a presunção *pater is est*. Nos casos dos filhos havidos fora do casamento, é necessário haver o reconhecimento da paternidade com o objetivo de declarar um fato. Portanto, esse subcapítulo destina-se a tratar do reconhecimento da filiação no campo jurídico.

Nos termos do artigo 1.607: “O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjuntamente ou separadamente”. (BRASIL, 2002). Em outras palavras, se gerados fora do âmbito das núpcias, tais filhos necessitam do

reconhecimento dos pais. Para tanto, a doutrina subdivide o reconhecimento de filhos de três formas: voluntário, administrativo e judicial.

É importante ressaltar, que em ambas as formas de reconhecimento da paternidade, tem-se o efeito declaratório, firmando uma situação preexistente, com efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativo até a data do nascimento, com efeito *erga omnes*, uma vez declarado a paternidade, por uma das três formas, isso desprende-se da esfera privada e passa a ter consistência jurídica.

Reconhecer a filiação designa o ato de atestar ou confirmar a esse filho concebido fora do casamento o status de filho, ou seja, é um ato declaratório que estabelece o parentesco, não cria a maternidade, a paternidade, nem tampouco uma família harmoniosa e feliz. Objetiva estabelecer relações biológicas, resultantes em direitos que se encontram intimamente relacionadas aos direitos de personalidade e consequentemente confere ao indivíduo dignidade.

O reconhecimento voluntário não depende de prova biológica, basta o desejo do pai, que de forma espontânea, pública e solene assumo o filho, conforme o art. 1609 do CC. Essa manifestação de vontade pode ocorrer através do registro civil, testamento, escritura pública, e documento particular, além da declaração judicial.

O reconhecimento administrativo é regido pela Lei nº 8.560/92. Ocorre de forma oficiosa, por iniciativa da mãe ou do filho que devem comparecer ao cartório, preencher um termo solicitando o reconhecimento da paternidade. É facultado à genitora indicar o nome do suposto pai.

Caso reconheça a paternidade, é redigido um termo que será remetido ao cartório do registro do nascimento para a devida averbação. Se não reconhecer, o caso é encaminhado ao Ministério Público e à Defensoria Pública para que inicie a ação de investigação de paternidade.

Já o reconhecimento involuntário ou judicial, é o reconhecimento obrigatório que decorre de uma ação judicial, chamada investigação de paternidade. É o centro desse estudo e será tratado de forma minuciosa no próximo capítulo, descrito pela Lei nº 8.560/92, que regula o procedimento da investigação de paternidade. A competência do procedimento de averiguação oficiosa da paternidade é da vara de registros públicos. O juiz recebe a certidão de nascimento com os dados do suposto pai e determina sua notificação. O solicitado como pai, pode não aparecer, comparecer e negar a paternidade, ou reconhecer o filho.

3 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: ASPECTOS PROCESSUAIS

3.1 Conceito e fundamentos

A ação de investigação de paternidade é uma ação que visa o reconhecimento da filiação no Cartório de Registro Civil, ou seja, do parentesco em primeiro grau na linha reta. Por ser uma ação, tem-se aqui o instrumento de reconhecimento involuntário também chamado de judicial. Esta ação nasce quando é necessário usar um meio de coação para que o vínculo de filiação seja afirmado, no caso, uma decisão judicial. (LÔBO, 2010, p. 262).

Essa ação já é prevista desde o Código Civil de 1916, em seu art. 363. Atualmente disposta de modo específico, na Lei de Investigação de Paternidade, Lei nº 8.560/92. Encontra-se também disciplinada no Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, atual Código Civil – CC/02 e no Código de Processo Civil – CPC.

Na Lei nº 8.560/92, no art. 2º fica estabelecido a possibilidade de averiguação oficiosa o que seria uma fase facultativa da investigação de paternidade em si, tendo em vista que é um processo administrativo e não judiciário, que busca o reconhecimento da relação de filiação com o pai, quando já foi anteriormente estabelecida a relação materna. (FARIAS; SIMÕES, 2010, p. 54).

Das características atribuídas ao direito de reconhecimento do estado de filiação, como observado no artigo 27 do ECA, que diz: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça" (BRASIL, 1990).

No que tange à imprescritibilidade, também é observado na Súmula 149 do STF: "Súmula 149: é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança" (BRASIL, 1963).

Ou seja, os fundamentos da investigação de paternidade encontram motivação constitucional, em uma ação que além da busca da nomeação, bem como do reconhecimento das origens genéticas do requerente, tem a função de preservar e assim efetivar os direitos personalíssimos, bem como a dignidade da pessoa humana.

O CPC disciplina no art. 155:

Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. (BRASIL, 2015).

Logo, como mencionado no art. 27 do ECA e no artigo supra mencionado, as ações de investigação de paternidade, como outras situações processuais do Direito das Famílias, ocorrem em segredo de justiça, objetivando a preservação da intimidade dos envolvidos, haja vista que se trata de relações pessoais e familiares, e isso pode acarretar em pautas delicadas, além de tratar-se de uma série de direitos a se resguardar.

Pode ser proposta de forma cumulada com a petição de herança, alimentos e ou com ação de anulação de registro civil, nos casos que seja necessário que o filho seja representado legalmente.

A natureza jurídica da ação de investigação de paternidade é declaratória, como explica Gonçalves (2015, p. 358): "O filho não reconhecido voluntariamente pode obter o reconhecimento judicial, forçado ou coativo, por meio da ação de investigação de paternidade, que é a ação de estado, de natureza declaratória e imprescritível."

Ao ser reconhecida judicialmente a relação de paternidade, "tem-se a declaração de uma situação fática preexistente, conformando-a, dali em diante, no mundo jurídico, com efeitos retroativos, desde o nascimento" (FARIAS; SIMÕES, 2010, p. 67).

O art. 1616 CC/02, aduz que se for procedente a ação, produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário. Todavia, pode se ordenar que o filho reconhecido seja criado longe daquele que lhe negou a condição de filho anteriormente.

O reconhecimento à paternidade é um direito imprescritível do filho, portanto, não há que se falar em algum tipo de restrição quanto ao seu ajuizamento. O Código Civil de 1916 mencionava em seu art. 363 que para ser reconhecido como filho, era necessário que a progenitora estivesse concubina com o suposto pai na época da

concepção do nascituro, tendo necessidade de provar uma situação de rapto ou relações sexuais. Deveria ainda ter em mãos documento escrito pelo suposto pai, confirmando a possibilidade de sua paternidade. Isso porque o exame hematológico não confirmava a consanguinidade com exatidão.

[...] Hoje, a ação pode ser ajuizada sem qualquer restrição (ECA. art. 27), isto é, por filhos outrora adulterinos e incestuosos, mesmo durante o casamento dos pais. A moderna doutrina, secundada pela jurisprudência, tem reconhecido legitimidade para a propositura, representado pela mãe, não só em face do que dispõe o parágrafo único do art. 1.609 do Código Civil, como também por se tratar de pretensão que se insere no rol dos direitos da personalidade e na ideia de proteção integral à criança, consagrada na própria Constituição Federal. (GONÇALVES, 2020).

Na propositura de qualquer ação processual, além dos conceitos e características já mencionados é necessário que haja três condições básicas a fim de evitar nulidades ou extinção e essas condições são: possibilidade jurídica do pedido, já elencado; o interesse de agir, exposto no art. 1604 do CC/02: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. (BRASIL, 2002); e a legitimidade abaixo elencada.

3.1.1 Legitimidade

A legitimidade é um tópico extremamente relevante a qualquer ação processual, outrossim, faz-se importante seu estudo e compreensão na ação de investigação de paternidade.

Como condição para que o processo seja possível, efetivo e válido é necessário que esse requisito seja respeitado, pois o mesmo trata da previsão legal que autoriza a determinado sujeito a ajuizar uma ação e de outro sujeito ser passível dessa ação, ou seja, vigora em dois polos: ativo e passivo.

A legitimidade ativa assegura uma pretensão, já a titularidade passiva contrasta ou se opõe a ela. A legitimidade para a ação pode ser ativa ou passiva, ordinária ou extraordinária.

Na investigação de paternidade, em regra, a legitimidade é do filho. É esse que tem o direito de buscar o direito ao reconhecimento dessa filiação, sendo ele o legitimado ativo.

Mas há outras situações além da regra, ou seja, há outros indivíduos que podem ajuizar a ação de investigação de paternidade. No caso dos menores, devido à incapacidade, deverão ser representados por suas mães ou assistidos por seus tutores. Outro caso é dos filhos que ainda menores falecem. Mesmo diante da morte do filho, o herdeiro ascendente terá a legitimidade para buscar o reconhecimento, conforme os termos do art. 1606 do CC/02.

Conforme a Lei nº 8.560/92, art. 2º, §4º o Ministério Público também possui a legitimidade passiva, dado a legitimidade extraordinária, que permite a uma terceira pessoa o direito a pleitear em nome alheio uma determinada ação. Essa legitimidade constitui-se com indícios suficientes de paternidade colhidos sumariamente em procedimento administrativo.

Diz Carlos Roberto Gonçalves, 2012, p. 309-310):

A legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de investigação de paternidade é do filho. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, por isso, a ação é privativa dele. Se menor, será

representado pela mãe ou tutor. Também a Lei n. 8.560/92 permite que a referida ação seja ajuizada pelo Ministério Público, na qualidade de parte, havendo elementos suficientes, quando o oficial do Registro Civil encaminhar ao juiz os dados sobre o suposto pai, fornecidos pela mãe ao registrar o filho (art. 2º, § 4º), ainda que o registro de nascimento tenha sido lavrado anteriormente à sua promulgação. Trata-se de legitimação extraordinária deferida aos membros do Parquet, na defesa dos interesses do investigando.

A legitimidade passiva é mais abrangente, quem tem direito de contestar a ação, em geral, é o suposto pai. Porém, em caso de falecimento, a ação pode ser intentada contra os seus herdeiros, sem que haja prejuízo da herança, ou seja, a legitimidade passiva recai então ao suposto pai e aos interessados que possam ser afetados por essa decisão judicial. Todavia, não poderá ser intentada contra o espólio. Na falta de ascendentes ou descendentes, caberá o polo passivo ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, e na ausência deste, pode ser estendido até os parentes de quarto grau em linha colateral.

A ação não tem mais como finalidade atribuir a paternidade ou a maternidade ao genitor biológico. Este é apenas um elemento a ser levado em conta, mas deixou de ser determinante. O que se investiga é o “estado de filiação”, que pode ou não decorrer da origem genética (LOBO, 2011, p. 265).

3.1.2 Das provas

A filiação pode ser comprovada e assim efetivada por meio dessa ação, e com isso, é essencial o artifício das provas do processo civil. Nos termos do art. 2º-A, da Lei nº 8.560/92 “na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão úteis para provar a verdade dos fatos” (BRASIL, 1992).

Portanto, será admitido todos os meios de provas que contribui para a formação da convicção do juiz, conforme art. 332 do CPC. Será de grande relevância para a ação de investigação de paternidade as provas testemunhais, documentais e periciais.

A posse do estado de filho, situação firmada entre o investigante e o investigado, quando o mesmo usa o nome do investigado e é tratado como filho do suposto pai, ou seja, prova que provém de uma situação aparente, requer outro meio de prova que comprove a compatibilidade genética entre as partes.

A prova testemunhal é produzida em audiência de instrução, realizada por terceiros distintos na relação processual, de forma oral. Pode ser essas testemunhas arroladas de ofício pelo juiz ou por provocação o MP, quando não for possível outras provas, ou haja negação do suposto pai.

A prova documental serve “para a formação de um juízo valorativo acerca da efetiva existência da relação afetiva no período de concepção do investigante” (FARIAS; ROSERVALD, 2008, p. 556), todavia, não é suficiente como meio de prova para reconhecer o estado de filiação. Pode corroborar para a comprovação, mas sozinha não é capaz de induzir relação de parentesco.

Pode-se destacar a prova pericial, que nos dias atuais, utiliza de meios técnicos e subdivide-se em exames, vistorias e arbitramentos. Das técnicas, a mais utilizada, dada a sua capacidade de precisão, é o exame de DNA. Um avanço considerável para a medicina que tem sido amplamente usado à serviço do Direito das Famílias na inquestionável descoberta quanto à filiação biológica e assim, para o inegável direito à filiação.

3.1.3 Do exame de DNA

No dizer de Alberto Chamelete Neto (2005, p. 87):

A introdução do DNA no cotidiano forense causou um profundo impacto na dinâmica das ações de investigação de paternidade. A jurisprudência, incorporando os avanços científicos conquistados na área da Genética, elegeu o exame de DNA como principal meio de prova, reconhecendo-lhe segurança e confiabilidade inquestionáveis na averiguação biológica da paternidade.

Conceituando o exame de DNA, torna-se necessário usar as palavras de Rose Melo Vencelau (2004, p. 82): “O DNA é um conjunto de filamentos encontrado no interior do núcleo das células e é composto por aproximadamente três bilhões de pares de bases. As unidades menores de herança (genes) são segmentos de DNA, que atuam determinando as sequências de aminoácidos dos polipeptídios.”

Geralmente é utilizado o sangue das partes envolvidas para avaliação do exame, com o objetivo de identificação da impressão digital genética de cada um dos indivíduos sob análise.

Rolf Madaleno em seu artigo titulado “A presunção Relativa na Recusa à perícia em DNA”, dispõe que:

[...] na investigatória todos os meios de prova devem ser utilizados, porquanto é a especial pesquisa de um fato jurídico, consistente na precedente e usual relação sexual resultante na concepção do investigante, o elo fático que vai permitir extrair a nítida indicação de que as informações relatadas pelo autor da investigatória guardam suficiente correspondência com a prova previamente judicializada. Alcançada verossimilhança mínima de fato e prova, fica permitido avançar noutro segmento probatório processual, evitando louvar deste modo, apenas a pesquisa científica da paternidade, que renega os demais meios de prova. (MADALENO, 2000).

Nesse tipo de prova, devem-se observar alguns critérios, quais sejam: a) se o exame de DNA contradiz as demais provas conduzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, visando minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, para se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em relação às demais provas produzidas (GONÇALVES, 2016; ROSSINGNOLI, 2015).

Além do sangue, outros tipos de materiais podem ser utilizados, como saliva ou fio de cabelo, porém, cabelo e unhas podem ser imprestáveis tendo em vista que se tratam de tecidos desvitalizados, ou seja, desprovidos de DNA para este tipo de análise. Outra forma de realização do exame de DNA é por exumação de cadáver, no entanto vários fatores não contribuem para a realização da perícia, haja vista a dificuldade do isolamento do DNA, como a decomposição do material biológico, temperatura, umidade, condições de luminosidade e contaminação por bactérias. Contudo, ainda com estas condições, existem exumações e testes com sucesso (GONÇALVES, 2016; ROSSINGNOLI, 2015).

Durante o procedimento do exame, os padrões de DNA do filho são comparados primeiramente com padrões de DNA da mãe. Os padrões de DNA do filho, que não correspondem aos da mãe, são obrigatoriamente herdados do pai. Se o suposto pai não possuir os padrões de DNA necessários para ser o pai biológico, ele é excluído. A exclusão é absoluta porque o suposto pai não poderia ter fornecido os padrões de DNA requeridos para a paternidade. Se, ao contrário, o suposto pai possuir os padrões de DNA necessários para caracterizar paternidade, então ele é considerado um pai em potencial com uma probabilidade superior a 99,99%.

O exame de DNA é uma prova inequívoca a filiação, e seu proceder técnico pode ser explicado por Maluf e Maluf (2016):

[...] o DNA (ácido desoxirribonucleico) é o componente mais importante da genética humana que cada indivíduo recebe de seus genitores e o conservam em toda a sua vida; encontram-se presente em cada célula do seu organismo, tornando cada pessoa única. O corpo humano possui combinações genéticas codificadas, sendo que cada célula se reproduz, duplica a totalidade de sua informação genética, que após, é distribuída igualmente em duas células filhas. Verifica-se que a informação armazenada no DNA pode ser duplicada ou transcrita, formando proteínas, possibilitando a transmissão dos caracteres de seu pai ou sua mãe.

Em relação às características do DNA, Maluf e Maluf (2016, p. 01) explicam que:

O conjunto de moléculas de DNA compõem os cromossomos que se situam no núcleo das células e são arranjados aos pares. A formação do DNA da espécie humana conta com 46 cromossomos, sendo que destes 23 vêm da herança genética do pai e os outros 23, da herança da mãe. A sequência da molécula do DNA indica uma estrutura única e individual para cada ser humano.

Desse modo, o exame de DNA, aliado ao sistema HLA, também chamado de complexo principal de histocompatibilidade, inovou toda a sistemática utilizada para a verificação de vínculo genético. O sistema é produzido por genes, que reunidos formam os cromossomos, que são responsáveis pela herança genética do indivíduo; cada gene ocupa um lugar (*locus*) no cromossomo; para cada *locus* o indivíduo possui dois alelos, e a combinação desses chama-se *haplótipos*. O número de antígenos HLA presentes nas células é de, no máximo quatro; se esse número for menor podem-se ter dois alelos iguais, ocorrendo homozigose, ou pode ter um antígeno não detectável pelos métodos que foram utilizados; o percentual desses antígenos é muito pequeno, quase 2%; no sistema HLA é possível verificar no fenótipo da criança os genótipos recebidos do pai e os recebidos da mãe, sem que um seja dominante e o outro recessivo. (SIMAS FILHO, 2006, p. 349).

Conclui-se que o exame de DNA, corresponde a uma identidade genotípica do indivíduo, que só ele pode provar e apresentar, dado que representa uma imagem científica tomada como prova, contendo as informações mais precisas de todos os conjuntos de características pessoais, sendo capaz de apontar ou não se há uma relação biológica entre os envolvidos.

3.2 Efeitos do reconhecimento de paternidade

O reconhecimento da paternidade, seja ele voluntário ou forçado, via ação judicial, tem os mesmos efeitos.

Esse reconhecimento dos filhos biológicos estabelece um liame de parentesco entre eles e seus pais, gerando efeitos quanto aos alimentos, à sucessão, ao poder familiar e a guarda dos mesmos enquanto menores.

Dispõe o art. 1694 do Código Civil de 2002:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (BRASIL, 2002).

Moralmente o reconhecimento da filiação estabelece uma relação de parentesco entre o pai e o filho, e no campo material cria as obrigações alimentícias recíprocas, como também relações de sucessão igualmente recíprocas, ou seja, o filho se torna herdeiro do pai e este herdeiro daquele, como o pai pode prestar alimentos e também os exigir em caso de necessidade: “Art. 1.696. 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. (BRASIL, 2002).

Assim, também entendem Farias e Rosenvald (2012, p. 759), “vislumbra-se, pois, na obrigação alimentar uma decorrência da solidariedade familiar que deriva, como visto, da própria solidariedade social (outrora chamada de fraternidade), constitucionalmente afirmada.”

Farias e Rosenvald (2019, p. 736), por sua vez, argumentam que os alimentos, numa concepção jurídica, podem ser conceituados como tudo o que se afigura necessário para a manutenção de uma pessoa e de sua dignidade.

O Código Civil de 2002, em seu inciso II, trata sobre os atos judiciais e os extrajudiciais que tange ao reconhecimento de filiação devem ser averbados em registro público.

O registro civil tem como função validar, ou seja, assegurar que determinada coisa ou situação sejam verdades. E o registro como tudo que tange aos direitos e deveres dentro do ordenamento jurídico, previsto na Lei nº 6015/73:

Art. 59. Quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar, ou não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas. (BRASIL, 1973).

Póvoas (2017, p. 90) explica:

Claro que não se poderia esperar que uma lei de 1973 (Lei 6.015), quando ainda nem se cogitava a realização de exame de DNA e nem se falava em socio afetividade, trouxesse em seu bojo a possibilidade de registro de mais de um pai ou mãe para o mesmo indivíduo! Não há, pois, se levarmos em conta a letra fria da lei, como fazer constar no assento de nascimento dois pais (ou mães) e, como consequência, quatro avós paternos (ou maternos). Mas isso não pode ser nunca, empecilho para esse reconhecimento. A lei Registral, infraconstitucional, jamais pode ser óbice ao reconhecimento da dupla filiação parental, porque esta é baseada em princípios constitucionais hierarquicamente superiores a ela.

Assim a lei de registros precisou se atualizar, se adaptar às novas situações como no caso de um reconhecimento de paternidade, principalmente no tardio ou da dupla filiação, como descrito na Lei nº 11. 924/09:

Art. 57, § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família. (BRASIL, 2009).

Quanto à separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, o CC/02 em seu art. 1632, abrange que a convivência familiar não é um pressuposto do poder familiar. O convívio familiar não determina que ambos devam estar sob o mesmo teto, morando juntos. É além e tem íntima relação com afetividade e com o mínimo de amparo familiar que envolve a criação de um filho.

Com isso, destaca-se que o exercício familiar independe da relação de afeto entre os pais, de condições como distância, e de um novo estado civil dos pais. Ao filho é destinado o amparo da rede familiar, pois, ele é o núcleo dessa dinâmica e tem como direito a possibilidade de conviver com ambos os genitores. De modo também que o exercício do poder familiar em relação ao genitor não afasta a possibilidade que criança ou adolescente desenvolvam uma relação afetiva com os novos membros dos novos arranjos familiares, ou seja, padrastos e madrastas.

É importante essa menção, porque em muitos casos o filho já possui uma filiação socioafetiva e ainda busca o reconhecimento da filiação biológica, mediante a ação de reconhecimento de paternidade.

Quanto ao instituto da guarda, o reconhecimento sujeita o filho, até atingir a capacidade plena civil, ao poder familiar, o que resulta na necessidade de o menor ficar sob a guarda de um ou de todos os pais que o reconheceram. (JULIANI, 2013, p. 47).

Ressalta-se aqui a aprovação da Lei nº 13.058/14, a qual altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do CC/02, com o intuito de estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Assim, evidenciou-se a preferência do legislador por este modelo de guarda, pois o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, levando sempre em consideração as condições fáticas e, principalmente, os interesses dos menores.

Já sobre o direito sucessório, o mesmo é decorrente da filiação, independente de qual for, ou seja, seja ela voluntária ou a judicial, conforme importa lembrar aqui que, conforme dispositivo constitucional previsto expressamente nos artigos 227, §6º da CF e 1.596, do CC “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

Assim o Texto Constitucional também assegura, em seu art. 5º, inciso XXX, o direito à herança. Igualmente o art. 1.784 do Código Civil explica que a herança se transmite desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários; portanto, aos filhos – consoante previsão do artigo. 1.845 do mesmo diploma legal.

4 EFETIVIDADE DO DIREITO A PATERNIDADE E A OBRIGATORIEDADE AO EXAME DE DNA

4.1 A filiação sob a ótica da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está enunciado no art. 1º, III, do Texto Constitucional, sendo de complexa conceituação e considerado base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que é um princípio que se encontra em privilégio sobre os demais

Wolfgang Sarlet (2015, p. 70) explica:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Cabe mencionar que após detida análise do texto constitucional, podemos perceber que a família há muito tempo tem sido protegida como instituição, a qual tem por objetivo a produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos da sociedade. Tem como tutela principal à dignidade dos seus membros, essencialmente no que diz respeito ao desenvolvimento da personalidade de seus filhos. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é o que estrutura a comunidade familiar. Proporciona ao desenvolvimento integral e assevera a todos os seus membros, um vasto e complexo de direitos e deveres fundamentais, com foco preferencial aos adolescentes e crianças (GONÇALVES, 2015).

A relação do princípio da dignidade da pessoa humana e as relações familiares podem ser compreendidas ao analisar o art. 227 da Constituição que apresenta em seu texto que é dever da família, da sociedade e do Estado oferecer à criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, garantido condições mínimas de vida tutelada pela dignidade da pessoa, dando proteção aos menores por estarem em fase de desenvolvimento físico e mental.

Dessa forma o direito constitucional, através do princípio da dignidade da pessoa humana, se faz presente e regulador de todas as relações humanas, como foco de criar meios para a melhor convivência possível entre os semelhantes.

O posicionamento de Flávio Tartuce (2018, p. 1315) explica:

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família. Por certo que é difícil a conceituação exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações.

Compreende-se, assim, que o Princípio da Dignidade da Pessoa é tido como condição superior do homem. Este, como sujeito de dignidade, a tem, pois ela é inerente à vida, um direito preestabelecido pelo Órgão estatal e posto acima de todas as outras coisas. (RIGO, 2017, p. 8).

Especificamente quanto a paternidade, ou seja, do reconhecimento da filiação, tem-se o art. 227, §7º:

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

Almeida (2001, p. 65) aduz que “[...] cada pessoa pode ser considerada individualmente por meio de sua tipagem de DNA, sendo possível reconhecer o seu padrão nos ascendentes e descendentes.”

Para Deus Dará e Lacerda (2013, p. 18):

[...] conhecer a origem genética (quem foram os ancestrais) é um direito de todo ser humano. Com base nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal concedeu direito a um jovem de voltar a pleitear, de seu provável pai, a realização do Exame de DNA. Recursos extraordinários e providos não devem ser óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética [...].

Os direitos e garantias, quanto à dignidade e, por conseguinte ao reconhecimento de paternidade, tem respaldo não só na Constituição Federal, pois também o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3º, também trata do assunto:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

Tal princípio também tem relação direta com os direitos da personalidade, aqueles natos do ser humano, oponíveis a todos, embora possam ser dispostos, independente de condição social, religião ou situação econômica frente à sociedade em que vivem. Dias entende que “[...] na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade” (DIAS, 2009, p. 62).

E desses direitos de personalidade, tem-se relação com a filiação, dado que das garantias do direito de personalidade, tem-se a previsão do nome como uma das ramificações dos direitos de personalidade, relacionados à ordem da integridade moral.

Sabe-se que os direitos fundamentais são antes de tudo direitos inatos. Logo, o simples fato de ser humano, garante a pessoa o direito à dignidade, não podendo ser minimizada por fatores externos. Sabe-se também que os referidos direitos são tutelados na CF/88, portanto, a dignidade da pessoa humana é tomada como base para o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. Desse modo todo ser humano é portador de direitos e garantias individuais e o direito à filiação é um dos direitos fundamentais, e atualmente é viável a todo momento, como mencionado a partir das vias da ação investigatória.

4.2 A recusa do suposto pai a se submeter ao exame de DNA

Anteriormente essa recusa do requerido em realizar o exame de DNA resultava em sentença improcedente, por falta de prova, deixando o investigante em situação de desvantagem. Nesse sentido a recusa beneficiava o suposto pai. Embora o Código Civil de 2002, em seu art. 231 estabelecesse: “Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa” (BRASIL, 2002).

Tal negativa e suas consequências também têm embasamento em algumas leis, como é o caso da Lei nº 8.560 criada em 2012 para regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e sobre outras providências.

As consequências de tais exigências são perversas, pois, subtrai do filho o seu direito à identidade, sendo lhe negado o mais significativo dos atributos da personalidade. Essa negativa afeta também o pleno desenvolvimento do investigante, pois deixa de contar com o auxílio de quem deveria assumir as responsabilidades parentais. (DIAS, 2017).

Entretanto, lacunas e exigências da lei que permitia ao suposto pai esquivar-se da obrigação mudou em 2009 com o surgimento da Lei nº 12.004/09, que revogou alguns entendimentos da Lei nº 8.560. Em seu artigo 2º-A dispõem que:

Art. 2º-A Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (BRASIL, 2009).

Visando equiparar a desvantagem existente e na busca da verdade real, dado que a filiação é personalíssima e irrevogável, tem-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça editado em 18 de outubro de 2004 a Súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade” (BRASIL, 2004).

Para Madaleno, o ponto inicial para o desenvolvimento da criança, enquanto ser detentor de direitos e deveres inicia com o reconhecimento da identidade genética, pois, confere a mesma dignidade humana, uma vez que, o ponto de partida para o livre desenvolvimento da personalidade de uma pessoa passa pelo conhecimento de sua ascendência. O direito à identidade genética encontra amparo no artigo 1º, inciso III da CF que preceitua como direito inerente à condição humana, o nome. Esse é imprescritível e irrenunciável, portanto, se for preciso confrontar o direito do adulto, preservando sua intimidade e o direito do filho em conhecer sua origem, deve ponderar o superior interesse da criança. (2011, p. 486).

Em outra linha, Oliveira Junior e Oliveira (2014) explicam que:

[...] diante da recusa do réu a fazer o exame de DNA, a presunção de paternidade deve ser considerada dentro do conjunto de provas levantadas no processo. Essa recusa não acarreta automaticamente a procedência do pedido, pois é necessário que o autor da ação de paternidade apresente indícios mínimos da existência de relacionamento entre a genitora e o investigado.

Nota-se que por muitas vezes o requerido utiliza-se da recusa do exame a fim de eximir de suas responsabilidades, e se não houver o mínimo de provas e indícios,

mesmo que na verdade real, o sujeito seja o pai biológico, não poderá ser atribuída a ele a paternidade haja vista a necessidade de comprovação mínima de indícios/provas. No entanto, quando se verificar a protelação do exame, situações que o réu se torna ausente por diversas vezes da audiência de coleta do material, ou ainda que justifique sua ausência, seja ela demasiada, ainda assim, poderá o magistrado em razão do princípio de seu livre convencimento atribuir-lhe a presunção de paternidade calcada na citada súmula. Nesses casos, quando a recusa do suposto pai em realizar o exame genético for desmotivada ou por mero espírito de rivalidade ou com a intenção de esquivar-se da pensão alimentícia por parte do filho, visando impedir a protelação no curso da ação investigatória, pode haver a condenação do genitor uma vez reconhecido como tal; podendo-se pleitear a indenização pelos danos morais e materiais acarretados ao filho, com fundamento no artigo 186 , do Código Civil/2002, que trata do ato ilícito. (MALUF; FREITAS, 2018).

Porém, se a recusa partir do filho em fornecer material genético, não há presunção abordada pela súmula. No entanto, a resistência do suposto pai é considerada uma prova suficiente para a paternidade. Há ainda outros meios de provas.

O ônus da prova quando o suposto pai se negar a realizar o exame, deve ser invertido, ou seja, caberá ao suposto pai investigado, ou a seus herdeiros, produzir as provas que afastem aquela presunção, conforme previsão do art. 232, do Código Civil, pelo qual: “Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame” (BRASIL, 2002).

A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos de reconhecimento, podendo, porém, ordenar que se crie e se eduque o filho fora da companhia do genitor que negou essa qualidade, como prevê o art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente (MALUF, 2018), pelo qual: “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça” (BRASIL, 1990).

Dado a súmula e aos artigos. 231 e 232 do CC/02, há, portanto, o entendimento pacífico de que a presunção de paternidade pela não realização do exame de DNA pelo suposto pai é relativa, basta apenas analisar o caso concreto e as demais provas existentes para não haver julgamento injusto.

Barbosa Moreira e Didier Jr. (*apud* QUEIROZ, 2013, p.144):

Entendem que quando se trata da recusa da parte em submeter-se à perícia médica como um indício presumível da veracidade dos fatos, o magistrado poderá entender que a recusa não é motivo para garantir a vitória do adversário. José Carlos Barbosa Moreira entende que o art. 231 do Código Civil, refere-se especificamente ao réu, o autor perderá a demanda caso se recuse a se submeter à perícia médica que prove fato constitutivo de seu direito. O juiz, na fundamentação da sentença, deverá explicar porque deixou de aplicar a presunção, indicar em quais provas contrárias baseou sua decisão.

Para o livre convencimento do juiz, a recusa da parte não é indício suficiente para que o réu possa aproveitar-se de sua recusa e provar fato constitutivo de seu próprio direito. (RIGO, 2017, p. 14).

Frisa-se que a não submissão ao exame de DNA não impõe efeitos criminais, como a exemplo do crime de desobediência do art. 330 do Código Penal:

[...] não significa que a insubordinação da parte investigada ocasiona, por si, um juízo bastante de procedência do pedido, porque a recusa reforça a convicção do parentesco quando a ela se adicionam outros informes que, assim reunidos, são indicativos probatórios robustos para a revelação da ascendência biológica. (OLIVEIRA FILHO, 2007, p. 359).

De qualquer sorte, a recusa do suposto pai à submissão do exame de DNA gera a presunção relativa de paternidade, sendo que o ônus de prova em contrário é do próprio réu, o qual deverá trazer aos autos provas lícitas no sentido de derrubar a presunção de paternidade.

4.3 Direito à filiação frente aos direitos do investigado

Dentro da investigação de paternidade, a recusa por parte do investigado, ou seja, do suposto pai, envolve a questão de conflitos de valores e direitos constitucionais, visto que ao autor da ação é devido o direito de filiação, mas ao investigado tem-se os direitos de integridade física, o direito à intimidade.

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

Para Bittar (2006, p. 79) as práticas que ameaçam violar a integridade física do ser humano, não devem ser consentidas, sendo assim, especificamente, nos casos de submissão do suposto pai à realização do exame de DNA contra a sua vontade, pois, estaria violando um de seus direitos da personalidade, sendo este o de integridade física.

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

O direito de não produzir provas contra si, tem como objetivo proteger o indivíduo dos excessos cometidos pelo Estado na persecução, ou seja, nos processos, podendo ser trazido para o âmbito processual civil, pois aqui, não se trata da proibição e assim da proteção que o investigado produza provas contra si.

Tais argumentos são rebatidos pelos seguintes argumentos: a) o interesse suposto pai em omitir a informação que seria necessária e suficiente para estabelecer a verdade sobre a paternidade é enfraquecido perante a relevância do direito do filho de saber sua origem genética, que traduz no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); b) no que se refere ao direito à intimidade, é cediço que a ação de investigação de paternidade segue em sigilo absoluto (art. 5º, LV, CF), devendo sempre ser respeitada essa garantia constitucional; c) o exame de DNA não gera qualquer sacrifício corpóreo considerável, não havendo violação à integridade física da pessoa que se submete ao mesmo, já que pode haver a coleta

do dado por amostra de sangue ou mesmo de alguns fios de cabelo do investigado. (NOVAES, 2010, p. 8044).

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

Além disso, em análise com o princípio do melhor interesse da criança, deve-se buscar a verdade, em consonância com o art. 378 do CPC/15: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.” (BRASIL, 2015), e assim, a parte investigada a paternidade, teria a obrigação de submeter-se ao exame na busca incansável pela verdade.

É importante mencionar que o princípio da dignidade da pessoa humana, também se aplica às crianças ou aos filhos que desejam conhecer sua origem de paternidade, ou seja, é necessário buscar-se pela razoabilidade entre a dignidade do filho, e o sacrifício imposto ao investigado.

O corpo é inviolável, mais uma pequena picada para extração de sangue ou um fio de cabelo arrancado, não pode ser considerado como uma violação ao corpo, mesmo porque as pessoas fazem coisas mais invasivas com os corpos a todo tempo como *piercings*, tatuagens ou até mesmo, como o bom ato de doação de sangue, onde a quantidade do líquido é considerável. Porém, esse mínimo sacrifício, tem um enorme ganho quanto à certeza alcançada com o exame e assim o ganho para a vida do filho que busca a verdade e o reconhecimento sobre a paternidade.

Em que pese o princípio do melhor interesse da criança, o mesmo é previsto no art. 227 da Constituição:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

E pode ser conceituado como:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado à sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito. (GAMA, 2003, p. 80).

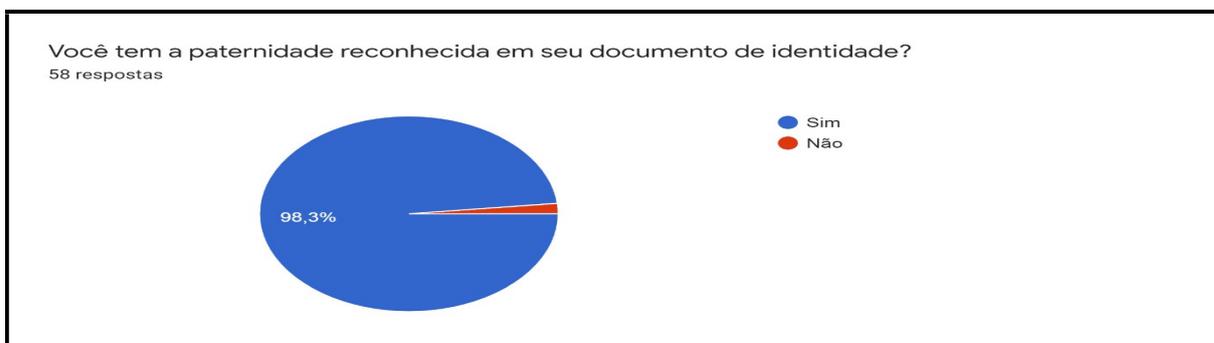
Ademais, mesmo quando a investigação de paternidade, não se tratar de filhos menores, a razoabilidade não deixa de ser considerada, em razão do benefício para o filho, porque a filiação é um direito essencial.

Dado ao conflito de direitos e assim de interesses, Ahmad (2009, p. 5347). leciona:

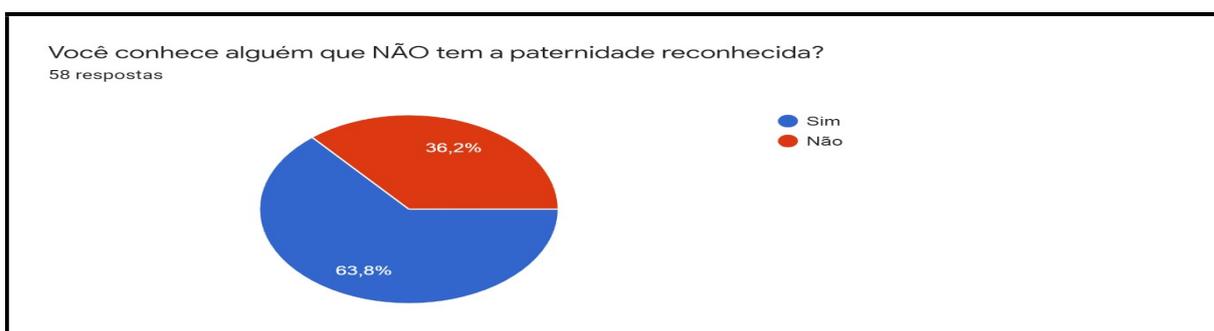
Esta colisão de direitos requer solução capaz de trazer equilíbrio a ambas as partes envolvidas na ação investigatória, mas sem, no entanto, aniquilar direito algum para qualquer das partes. E é essa alternativa que doutrina e jurisprudência precisam buscar na fonte dos princípios da igualdade, na razoabilidade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

No caso das ações de Investigação de Paternidade, não pode haver prevalência entre os princípios, em razão do princípio da igualdade. Sendo assim, para dirimir tais conflitos, deve-se levar em conta a situação fática exposta ao Judiciário, de forma a não expor as partes, invadindo sua privacidade, valorando princípios e normas constitucionais. (SANDRI; OLDERS, 2014, p. 24).

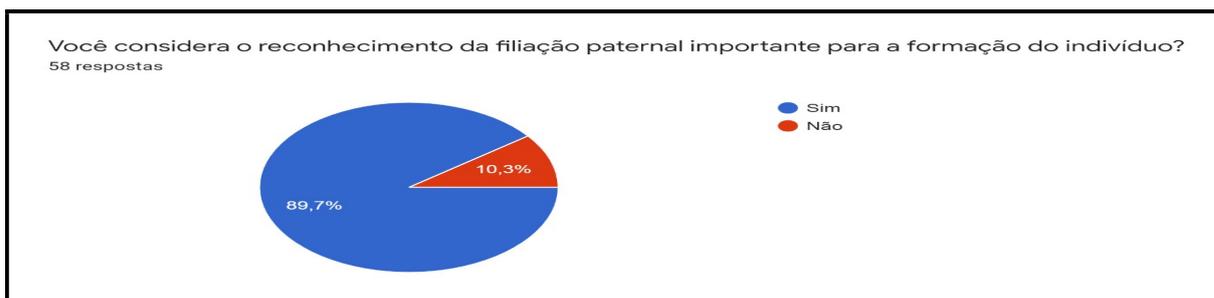
Em pesquisa de opinião, realizada com a participação de 58 pessoas distintas quanto gênero, idade, grau de instrução e profissão, tem-se o levantamento de questões pertinentes ao estudo, por meio de formulário eletrônico da plataforma Google Formulários, intitulada “**Obrigatoriedade do exame de DNA na Ação de Investigação de paternidade**”, com a intenção de agregar a visão do reconhecimento da paternidade da sociedade em geral.



Quanto à primeira pergunta, pode se observar que há um resultado positivo, dado que 57 pessoas tem o reconhecimento da paternidade, e somente 1 pessoa não.



Já quanto ao segundo questionamento, percebe-se que desses participantes, muitos conhecem pessoas sem o reconhecimento da paternidade, especificamente 37 pessoas sim e 21 não, o que condiz com a realidade tratada no estudo, e da necessidade do reconhecimento a paternidade por vias judiciais.



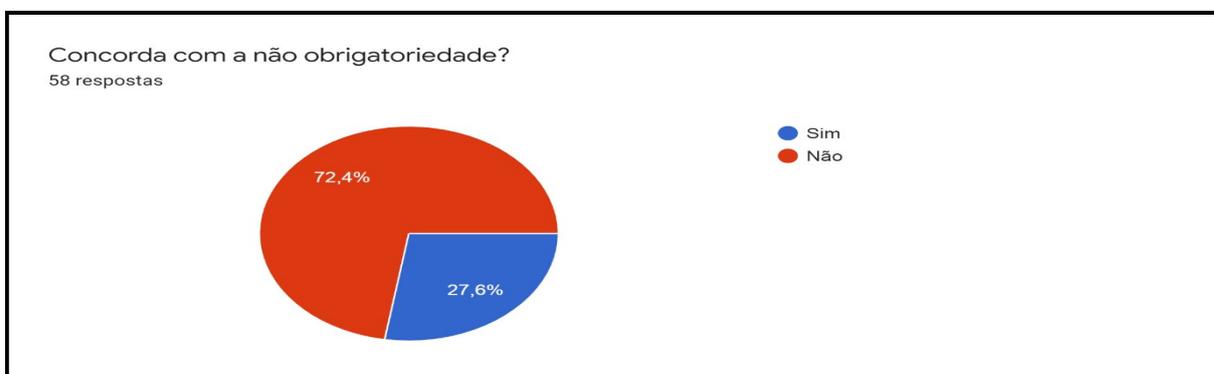
A terceira pergunta da pesquisa já levanta a opinião pessoal quanto a relevância do direito de reconhecimento da paternidade no que tange a formação do indivíduo, e a maioria, 52 pessoas, acreditam ser importante contra 6 pessoas que não.

Logo é possível identificar o reflexo social na opinião dos participantes, que acreditam ser importante o reconhecimento a paternidade, que além de um direito inerente a todos, ficou claro a relevância que tem para o indivíduo, analisado de um contexto social, cultural e até mesmo de afetividade familiar.

Dada à controvérsia a respeito do exame de DNA e sua obrigatoriedade, faz se interessante, levantar dados quanto a opinião em geral, onde dois questionamentos da pesquisa se dedicaram a isso.



O conhecimento quanto a não obrigatoriedade do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade é um ponto que divide opiniões de maneira mais proporcional já que 33 pessoas não sabiam e 25 pessoas sabiam.



Já quando questionado sobre a concordância com a não obrigatoriedade, maioria esmagadora não concorda, somando especificamente 42 pessoas, contra 16 pessoas que aprovam a não obrigatoriedade.

Ao observar os dados levantados até esse ponto da pesquisa, fica claro que é unânime a preocupação social e assim a relevância dada ao reconhecimento da paternidade, acrescenta-se ainda que como é de conhecimento geral a precisão e eficácia do exame de DNA, a maioria das pessoas apoia sua obrigatoriedade, em razão da busca pela verdade real, de maneira a garantir e efetivar o direito à filiação paterna.

Doutrinariamente falando, sabe que no Brasil, o julgador, nas demandas de Investigação de Paternidade, deve analisar o caso concreto, de forma a não prejudicar nenhuma das partes envolvidas, uma vez que ambos os direitos envolvidos devem ser valorizados, sendo assegurado que não haverá violação da integridade física, nem tampouco da privacidade e intimidade, nem do direito a filiação, já que no caso de negativa, como já explicado é considerada presumida a filiação, e o juiz pode-se valer de outras provas em suas decisões.

4.4 Resignificando a paternidade com a socioafetividade

O tema do reconhecimento da paternidade pelas vias judiciais é complexo, o ideal é que todas as formas de paternidade fossem sócio afetivas, ou sejam envolvam laços de amor e afeto, porém, não se pretende convencer de que existe uma solução ideal para todos os casos que envolvam a “melhor paternidade”.

A Súmula 301 do STJ, como já explicado afirma que em caso de negativa por parte do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, tem-se aí a presunção relativa da paternidade, suprimindo a lacuna aberta pela negativa injustificada, onde o legislador entende que ao investigado fugir do exame capaz de apontar uma verdade científica, o mesmo está diante de uma paternidade e pretende fugir dela.

Fica claro que além de um direito, é inerente ao ser humano e compreensível à busca pelas origens biológicas, com o reconhecimento da filiação e todos os direitos que podem a acompanhar. Também é necessário abordar, mudanças de paradigmas que contribuíram para tornar as relações pautadas no afeto, no mútuo respeito, cuidado e amor. Atualmente há o reconhecimento e a proteção da modalidade de filiação socioafetiva.

Na sociedade contemporânea, a relação de filiação e paternidade deixou de ser vista de forma restrita à verdade jurídica ou a biológica, já que as relações atuais ultrapassam os limites dessas classificações. A socioafetividade tornou-se palavra chave e é resultado de outros vínculos que se estabelecem entre pais e filhos, não mais exclusivamente de herança genética ou de parentesco civil. A Constituição Federal de 1988, ao colocar os princípios da dignidade humana (art. 1, III), da solidariedade social (art. 3º) e da igualdade substancial (art. 5º), conferiu à família um caráter igualitário, democrático e plural, considerando-a um instrumento de desenvolvimento da personalidade de seus membros.

O reconhecimento da filiação socioafetiva parte do pressuposto de que a realidade se sobrepõe à verdade biológica. Isso significa dizer que quem exerce a função paterna ou materna nem sempre será aquele(a) que transmitiu sua carga genética ao filho. (CUSTÓDIO; KATZ 2021, p. 77).

Fala-se em desbiologização dos laços de filiação: o critério biológico, embora não deva ser desprezado, é insuficiente para abarcar as diferentes feições da

filiação, que são variáveis, a depender do arranjo familiar estabelecido. (NUNES; LEHFELD; PEREIRA, 2019, p. 12).

A filiação socioafetiva pode ser conceituada, assim, como o vínculo de parentesco civil estabelecido entre pessoas que não possuem entre si um qualquer liame biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência dos fortes laços de afeto havidos entre elas. (CASSETARI, 2017, p. 15).

De acordo com Oliveira (2018, p. 24) a “paternidade socioafetiva, é a prova da força que o afeto tem na vida dos indivíduos, é o vínculo gerado entre pai e filho, independente da consanguinidade”. Isso fica evidente quando constatado que para se constituir uma família é preciso apenas que haja afeto, não importando de onde venha.

A paternidade afetiva está prevista de forma implícita na Constituição Federal e no Código Civil. O art. 226, §6º CF, estabelece que todos os filhos são iguais, independente da sua origem, ainda na Carta Magna há outros artigos em que se faz menção a afetividade, como o art.226, §3º,4º e 7º. Por sua vez o Código Civil, traz em seu Art.1.593, abertura para o parentesco advindo do afeto, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002).

O doutrinador Lôbo (2017, p. 02) explica sobre a relevância que há de se fazer sobre um genitor e um pai:

Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família. Afinal, qual a diferença razoável que deve haver, para fins de atribuição de paternidade, entre o homem doador de esperma, para inseminação heteróloga, e o homem que mantém uma relação sexual ocasional e voluntária com uma mulher, da qual resulta concepção? Tanto em uma como em outra situação, não houve intenção de constituir família. Ao genitor devem ser atribuídas responsabilidades de caráter econômico, para que o ônus de assistência material ao menor seja compartilhado com a genitora, segundo o princípio constitucional da isonomia entre sexos, mas que não envolvam direitos e deveres próprios de paternidade.

Pode-se citar os seguintes precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 1613641/MG; REsp 1272691/SP. Em se tratando de discussão envolvendo crianças ou adolescentes, a manutenção dos vínculos paterno-filiais de socioafetividade, mesmo nos casos em que fique evidenciada a ausência de paternidade biológica, ganha especial relevância, considerando a necessidade de observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. (CUSTÓDIO; KATZ, 2021, p. 81).

É incabível, por exemplo, “o fundamento da investigação da paternidade biológica, para contraditar a paternidade socioafetiva já existente, no princípio da dignidade da pessoa humana, pois este é uma construção cultural e não um dado da natureza” (LÔBO, 2017, p. 03).

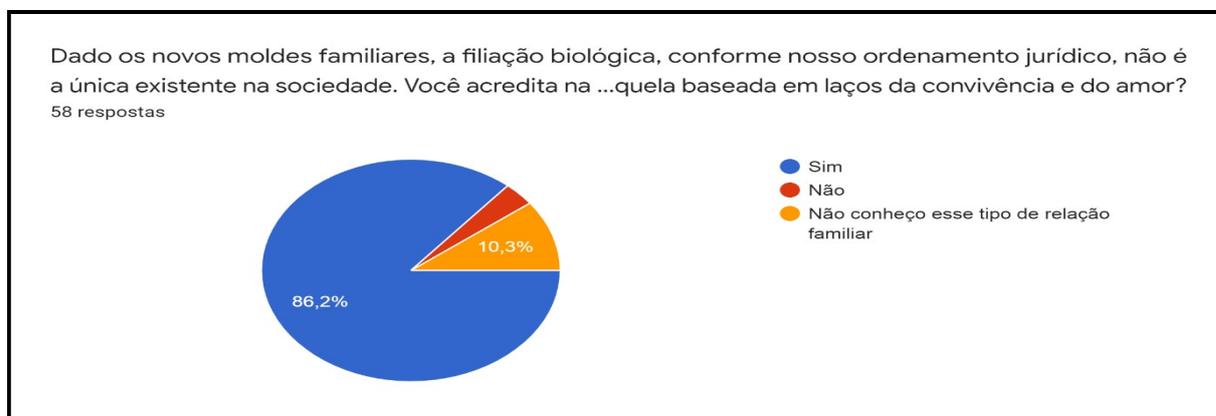
Em alguns estados há a possibilidade de a filiação socioafetiva ser efetuada diretamente no cartório sem a necessidade de uma ação judicial para tanto, ainda não é um regulamento a nível nacional, mais é considerado um avanço, dado o Provimento nº 63/2017, da Corregedoria Nacional de Justiça – CNJ, que dispõe sobre o reconhecimento voluntário e averbação da filiação socioafetiva, unificando certidões de nascimento, casamento e óbito.

Com o provimento citado acima, a possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva torna-se efetiva para sua consolidação, por meio de registro nos

cartórios, em seu texto, os requisitos para que o reconhecimento da filiação socioafetiva seja deferido extrajudicialmente são os seguintes:

I – Requerimento firmado pelo ascendente socioafetivo (nos termos do Anexo VI), testamento ou codicilo (artigo 11, parágrafos 1º e 8º, do Provimento 63/2017 do CNJ); II – Documento de identificação com foto do requerente – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ); III – Certidão de nascimento atualizada do filho – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ); IV – Anuência pessoalmente dos pais biológicos, na hipótese do filho ser menor de 18 anos de idade (artigo 11, parágrafos 3º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ); V – Anuência pessoalmente do filho maior de 12 anos de idade (artigo 11, parágrafos 4º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ); VI – Não poderão ter a filiação socioafetiva reconhecida os irmãos entre si nem os ascendentes (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ); VII – Entre o requerente e o filho deve haver uma diferença de pelo menos 16 anos de idade (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ); VIII – Comprovação da posse do estado de filho (artigo 12 do Provimento 63/2017 do CNJ). (BRASIL, 2017).

Ainda nos termos da pesquisa: “**Obrigatoriedade do exame de DNA na Ação de Investigação de paternidade**”, a última pergunta destinou-se a compreensão social da filiação socioafetiva: “*Dado os novos moldes familiares, a filiação biológica, conforme nosso ordenamento jurídico, não é a única existente na sociedade. Você acredita na filiação socioafetiva, ou seja, aquela baseada em laços da convivência e do amor?*”, observa-se gráfico abaixo:



Das 58 pessoas, 50 acreditam nas relações socioafetivas, enquanto apenas 2 pessoas opinaram não, e 6 pessoas não conhecem esse tipo de relação familiar.

Sem minimizar a importância dos laços biológicos na caracterização do indivíduo, esses não podem ser a única forma de se filiar e relacionar com alguém em âmbito familiar. Os laços de amor e afeto nascem da convivência, da troca, da mútua assistência, da companhia construída dia após dia. Nascem através do cuidado do adulto, que se dispôs a responsabilizar-se pela criança e dela cuidar como se filho fosse. Firma-se assim, uma relação jurídica, como o reconhecimento de paternidade, pois, mune os filhos dos mesmos direitos, além de, sob a perspectiva afetiva, suprir o desejo do filho de ter uma relação de filiação devidamente registrada, não pelo reconhecimento forçado, mas pelos laços de amor e afetividade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família, através de profundas e sucessivas transformações sociais rompeu os conceitos e modelos tradicionais. O presente estudo discorre a respeito da filiação tratando especificamente do reconhecimento de filiação que ocorre através da ação judicial de investigação de paternidade. Essa possibilidade surge como opção para aqueles que desconhecem suas origens biológicas paternas e têm o desejo de conhecê-las. Através da ação de investigação de paternidade será possível regularizar a relação de filiação e garantir um direito inerente a todo ser humano, ou seja, o direito ao nome.

Dentro da ação de investigação de paternidade, das modalidades de prova, pode-se perceber que o exame genético de DNA consiste em uma das descobertas científicas com maior alcance social. Através da realização do referido exame pode-se determinar a filiação de um indivíduo com certeza quase absoluta. Desta forma, milhares de pessoas poderão exercer o seu direito fundamental ao reconhecimento paterno ou materno.

Ninguém é obrigado a se submeter ao exame de DNA, e com isso o suposto pai, pode tentar se esquivar de sua responsabilidade, deixando o judiciário em uma questão de dualidade de direitos. É sabido que o direito à identidade, bem como a filiação do filho está congregado à dignidade da pessoa humana. Porém, existe uma corrente doutrinária que defende a não obrigatoriedade de fornecer material genético para o referido exame, pois, segundo os mesmos, tal procedimento fere a privacidade, a intimidade, bem como a integridade física.

Ao compreender os aspectos envolvidos na temática, nota-se a complexidade dos fatos. A recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA, e os casos da filiação não reconhecida extrapolam o campo da justiça, uma vez que a vida privada e principalmente no que tange a relacionamentos, é um emaranhado de sentimentos e de razões que possam ou não justificar essa negativa.

A Ação de Investigação de Paternidade não regula relações de afetividade e tampouco cabe interferir na vida de um investigado à suposta paternidade. Não pode ser vista como ofensa à sua integridade física ou a seus demais direitos, mas conforme as novas bases sociais e constitucionais, a família vista como entidade, deve ser protegida, cabendo proteção especial aos filhos.

Na pesquisa de opinião, realizada com a participação de 58 pessoas, foi possível elencar questões relevantes a temática, por meio de cinco perguntas. Desses participantes, tem-se uma porcentagem significativa quando questionado se conhecem alguém que não tem a paternidade reconhecida, sendo 37 pessoas sim e 21 não, um claro reflexo da realidade que leva diversas pessoas ao reconhecimento da paternidade pelas vias judiciais. Logo, na opinião dos participantes, especificamente 52 pessoas, acreditam ser importante o reconhecimento da paternidade, que além de um direito inerente a todos, é relevante para a formação do indivíduo, analisado de um contexto social, cultural e até mesmo de afetividade familiar.

O conhecimento quanto a não obrigatoriedade do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade é um ponto que divide opiniões de maneira mais proporcional já que 33 pessoas não sabiam e 25 pessoas sabiam. Já quando questionado sobre a concordância com a não obrigatoriedade, maioria esmagadora não concorda, somando especificamente 42 pessoas, contra 16 pessoas que aprovam a não obrigatoriedade.

Visando a proteção e o melhor para as crianças e adolescentes, dado também aos relevantes saltos de evolução que o Direito das Famílias tem auferido,

tem-se hoje a modalidade de filiação sócio afetiva, que embora não seja a temática principal do estudo, ganha destaque por ser uma forma de filiação que em muito pode suprir a necessidade da filiação paternal biológica. Em razão das muitas formas de família, muitos filhos são criados e amados por pais substitutos, ou seja, pais socioafetivos. Essa modalidade representa que a filiação não é estabelecida apenas pelos laços sanguíneos. Tanto no ordenamento jurídico, como na esfera da vida privada, o que une e mantém uma família são os laços afetivos. A consanguinidade garante direitos e deveres recíprocos, mas não havendo, muitas famílias se formam com bases no respeito mútuo e afetividade.

Dado o mesmo levantamento de opinião da pesquisa já mencionada, em questão destinada a filiação socioafetiva, das 58 pessoas, 50 acreditam nas relações socioafetivas, enquanto apenas 2 pessoas opinaram não, e 6 pessoas não conhecem esse tipo de relação familiar, ou seja, é uma relação considerada e muito bem aceita popularmente, ficando claro a importância de laços de amor e afetividade para a convivência familiar.

Quanto ao reconhecimento da filiação consanguínea, ter a paternidade biológica reconhecida é direito básico de todo ser humano, pois, além da dignidade, ser reconhecido como filho biológico garante ao indivíduo uma origem, uma história, uma existência. Assim sendo, o fator biológico, assim como o social, afetivo, psicológico e jurídico é de extrema relevância, pois, o ser humano é um ser plural dotado de inúmeros sentimentos.

Com mudanças sociais inerentes às novas composições familiares, o ordenamento jurídico precisou se adequar a fim de garantir que prevaleça o melhor e o mais justo para os envolvidos. Com o advento do exame de DNA, o reconhecimento da paternidade deixou o campo da vontade, pela busca da verdade real e conseqüentemente por uma comprovação justa de paternidade.

No entanto, o conflito entre direitos fez com que surgisse a possibilidade de recusa ao exame de DNA pelo suposto pai. A Súmula 301 do STJ colocou fim à contenda determinando ser presumida a paternidade em casos injustificáveis de recusa ao exame de DNA. Com isso, caberá ao juiz se atentar para cada caso específico e para as demais provas circunstanciais, a fim de garantir à pessoa do filho o efetivo direito ao princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, M. C. **Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990b**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8560-29-dezembro-1992-349772-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.004, de 29 de julho de 2009**. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm. Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1613641/MG**. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 23/05/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 10 mai., 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1272691/SP**. Relator: Nancy Andrighi. Julgado em 05/11/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201101213196.REG>. Acesso em: 10 mai. 2021.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CHAMELETE NETO; Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 63/2017**, de 14 de novembro de 2017b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 25 mai. 2021.

CUSTÓDIO, A. V; KATZ, B. O Reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva sob a ótica dos direitos de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. ISSN 2318-5732, v. 9, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index>. Acesso em: 20 mai. 2021.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias: princípios do direito de família**. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

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

FUJITA, Jorge Siguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v.6: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v.6: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v.6: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v.6: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: responsabilidade civil- direito de família e direito das sucessões esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Esquematizado_Direito_civil_3_Responsabi/YZHODwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=.+Direito+Civil:+Responsabilidade+Civil-+Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+Direito+das+Sucess%C3%B5es+esquematizado&printsec=frontcover. Acesso em: 25 abr. 2021.

JULIANI, Maihara Gimena. **A teoria tridimensional da paternidade aplicada ao reconhecimento de filho: uma leitura a partir dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade**, 2013.

LACERDA, D. D. O direito de conhecer a origem genética. **Consulex**, Brasília, ano XVII, v. 17, n. 384, 15 jan. 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v.5: direito de família e sucessões**. 8. ed. Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **A coisa julgada na investigação da paternidade**. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). *Grandes temas da atualidade de DNA*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-coisa-julgada-na-investigacao-de-paternidade>. Acesso em: 21 ago. 2021.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF; Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALUF Carlos Alberto Dabus; MALUF Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NOVAES, Pedro Luis Piedade. O direito à intimidade e a ação de investigação de paternidade. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI** realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3171.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2021.

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas de Souza; PEREIRA, Fernanda Morato da Silva. Os desdobramentos do reconhecimento extrajudicial da “paternidade” socioafetiva. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1-30, 9 set. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/432>. Acesso em: 25 mai. 2021.

OLIVEIRA, Barbara de Paula Mendes. **A impossibilidade da desconstituição da paternidade socioafetiva**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito. Uberlândia-MG, 2018.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos e investigação de paternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OLIVEIRA JUNIOR. Eudes Quintino de; OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino de. **Autor de ação de paternidade deve apresentar indício do relacionamento**. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/211173/autor-de-acao-de-paternidade-deve-apresentar-indicio-do-relacionamento>. Acesso em: 26 mai. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade**: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017.

QUEIROZ, P. G. de. A recusa do réu em submeter-se ao Exame de DNA. **Síntese DFR**, v. 14, n. 76, 2013.

RIGO, Luci Teresinha. O exame de DNA: um avanço científico para garantir a efetivação do princípio da dignidade humana. **Perspectiva**, Erechim. v. 41, n. 154, p. 07-16, jun./2017. Disponível em: https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/154_619.pdf. Acesso em: 26 mai. 2021.

ROSSINGNOLI, Luiza Oliveira. A investigação de paternidade e sua relação com a relativização da coisa julgada. **JusBrasil**. 2015. Disponível em: <https://lurossingnoli.jusbrasil.com.br/artigos/189932668/a-investigacao-de-paternidade-e-sua-relacao-com-a-relativizacao-da-coisa-julgada>. Acesso em: 26 abr. 2021.

SANDRI, Jussara Schmitt; OLDERS, P. M. D. Da Ação de Investigação de Paternidade no contexto dos Direitos da Personalidade. *In*: Orides Mezzaroba; Raymundo Juliano Rego Feitosa; Vladmir Oliveira da Silveira; Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. (Org.). *Relações privadas e democracia*. Coleção Conpedi/Unicuritiba. 1ªed.São Paulo: Clássica Editora, 2014, v. 33, p. 197-226.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado Ed., 2015.

SIMAS FILHO, Fernando. **Investigação de paternidade**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SIMAS FILHO, 2006. Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2007. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=WQqos6Z70lwC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 26 abr. 2021.

SOUZA, Rodrigo de. **A aplicabilidade da presunção de paternidade ao instituto da união estável**. 2014. Monografia submetida como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro Instituto de Três Rios. Três Rios, 2014. Disponível em: <https://itr.ufrrj.br/portal/wp-content/uploads/2017/10/t78.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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, v.6**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.6**: direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI, Lilian. **Investigação de paternidade**. 2003. Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito do Centro Universitário – UNIFMU, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. São Paulo, 2003. Disponível em: <https://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/lz.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2021.