

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

MARIELLY BIANCA SILVA ARAÚJO

**O DIREITO PERSONALÍSSIMO DA CRIANÇA EM CONFRONTO COM O
DIREITO DO SUPOSTO PAI NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

Recife
2012

MARIELLY BIANCA SILVA ARAÚJO

**O DIREITO PERSONALÍSSIMO DA CRIANÇA EM CONFRONTO COM O
DIREITO DO SUPOSTO PAI NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

Monografia apresentada a Faculdade Damas da
Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof^a Renata Andrade

Recife
2012

Araújo, M. B. S.

O direito personalíssimo da criança em confronto com o direito do suposto pai na ação de investigação de paternidade. / Marielly Bianca Silva Araújo. O Autor, 2012.

63 folhas.

Orientador (a): Profª Renata Andrade

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Investigação de paternidade 3. Criança 4. Pai

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2012-145

MARIELLY BIANCA SILVA ARAÚJO

**O DIREITO PERSONALÍSSIMO DA CRIANÇA EM CONFRONTO COM O
DIREITO DO SUPOSTO PAI NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador: Prof^a. Renata Andrade

1º Examinador: Prof^o. Dr. (FDIC)

2º Examinador: Prof^o. Dr. (FDIC)

A Deus, meus amigos e a minha família,
fonte do meu conhecimento e que sempre
acreditou no meu potencial.

“Porque calando nem sempre quer dizer que concordamos com o que ouvimos ou lemos, mas estamos dando a outrem a chance de pensar, refletir, saber o que falou ou escreveu”.

(Carlos Drummond de Andrade)

AGRADECIMENTOS

Aos meus professores e amigos da graduação, estímulos constantes dos meus estudos e à Faculdade Damas pela oportunidade de fazer o curso.

RESUMO

Como avaliar e ponderar o direito personalíssimo da criança em confronto com o direito do suposto pai na Ação de Investigação de Paternidade, sob o contexto da súmula 301, do Supremo Tribunal de Justiça. A análise feita em relação aos direitos da criança e do suposto pai, frente o caso concreto, tendo em vista que há presunção de paternidade quando o suposto pai se recusa em se submeter ao exame de DNA ou a qualquer outro meio científico de prova, quando estiver respondendo a processo de investigação de paternidade. Apreciar se o direito da criança em ter um pai, prevalece sobre o direito do suposto pai, que recusa a realização do exame de DNA, uma vez que, de acordo com o que prescreve o artigo 2º-A, parágrafo único, da Lei 8560 de 29 de dezembro de 1992, a presunção de paternidade é apreciada não só através da recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA, mas também a um conjunto probatório. Dessa forma, não se poderá admitir a paternidade se não houver outras evidências que comprovem o vínculo, sabendo que quando se impõe a presunção de paternidade, violam-se as garantias preservadas pelo Supremo Tribunal Federal, induzindo o réu, suposto pai, a produzir prova contra si mesmo, ou seja, submeter-se à realização do exame de DNA.

Palavras-Chave: Investigação de paternidade; Direito; Criança; Pai.

ABSTRACT

How to evaluate and consider the confrontation of the highly personal right of children with the law of the alleged father on the Family Action Research in the context of abstract 301, the Supreme Court. The analysis with respect to the rights of the child and alleged father in front of the case, since there is no presumption of paternity when the alleged father refuses to submit to DNA testing or other scientific evidence, when responding to the process investigation of paternity. To assess whether the child's right to have a parent prevails over the right of the alleged father, who refused the DNA test because, according to what is sanctioned by Article 2-A, a 8560 Act § of 12.29.1992, the presumption of paternity is appreciated not only by the alleged father refuses to perform DNA testing, but also coupled to a series of tests. Therefore, we cannot admit paternity if there is other evidence that demonstrates the relationship, knowing that when imposing a presumption of paternity, violation of the guarantees are kept by the Supreme Court, prompting the defendant, the alleged father, to give evidence against himself, that is, submit to DNA testing.

Keywords: Investigation of paternity; Right; Child.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| CAPÍTULO 1 O DIREITO DE FILIAÇÃO | 12 |
| 1.1 O direito de filiação na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002..... | 17 |
| 1.2 Diferentes formas de reconhecimento de filiação..... | 20 |
| 1.3 Hipóteses de presunção de paternidade..... | 24 |
| CAPÍTULO 2 A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE | 28 |
| 2.1 O teste de DNA na Ação de Investigação de Paternidade..... | 30 |
| 2.2 A súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça e o parágrafo único do artigo 2-A, da Lei 8560 de 29 de dezembro de 1992..... | 33 |
| 2.3 Relativização da coisa julgada na investigação de paternidade..... | 39 |
| 2.4 O papel do Ministério Público..... | 42 |
| CAPÍTULO 3 DIREITO À PATERNIDADE | 44 |
| 3.1 Efeitos do reconhecimento dos filhos..... | 45 |
| 3.2 O direito à filiação e o direito da personalidade enquanto direitos fundamentais..... | 47 |
| 3.3 A ponderação do direito personalíssimo da criança e do suposto pai na Ação de Investigação de Paternidade..... | 49 |
| CONCLUSÃO | 54 |
| REFERÊNCIAS | 56 |
| ANEXOS | 60 |

INTRODUÇÃO

Toda criança tem direito de ter um pai, sendo este direito personalíssimo, ou seja, inerente a cada pessoa, não podendo, conseqüentemente, dispor dele. Assim, assegura o *caput* do artigo 227, da Constituição Federal, que à criança e ao adolescente é assegurado com prioridade absoluta, o direito à vida, à dignidade, à convivência familiar, dentre outros direitos.

O direito à filiação está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil, com o princípio da igualdade, com o direito à cidadania, à convivência familiar, entre vários outros direitos e princípios garantidos constitucionalmente.

Quando não se conhece a verdadeira origem e a paternidade não é reconhecida voluntariamente a partir do nascimento de determinado indivíduo, surge o direito de impugná-la judicialmente, através da Ação de Investigação de Paternidade. Diante desse contexto, para que se comprove a verdadeira paternidade, nas ações investigatórias atualmente, faz-se necessário, além de todo um conjunto probatório, seja por meio de provas documentais ou testemunhais ou outros meios de provas admitidos em direito, a realização do exame de DNA (ácido desoxirribonucléico) que traz uma quase absoluta certeza sobre a verdadeira origem biológica daquele que a investiga. A porcentagem de acerto que traz o exame de DNA varia entre 99,99% e 99,9999%. O teste de DNA, além de comprovar com quase absoluta certeza a verdade real sobre a origem genética de determinada pessoa, traz outras vantagens, uma delas é a de que os princípios da economia e celeridade processual são efetivados dentro do processo de investigação.

Nos casos em que há recusa à realização do exame de DNA, em processos de investigação de paternidade, tem-se uma grande discussão sob qual direito deve prevalecer, em relação ao direito da criança à filiação, merecedor de maior proteção constitucional, ou o direito do suposto pai, no que tange aos direitos que protegem a recusa ao exame genético. Em relação a estes últimos direitos, é possível citar o direito a inviolabilidade do corpo, a inexigibilidade de produzir prova contra si mesmo, o direito à intimidade, a dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade, entre muitos outros.

Nesse diapasão, há conflitos de interesses garantidos constitucionalmente, entre o interesse individual da parte investigada, que quer resguardar sua intimidade, sua inviolabilidade corporal e o seu direito de não produzir provas contra si, e entre o interesse da

sociedade e da outra parte, o menor investigante, de ver descoberta a verdadeira paternidade. Entretanto, se deve considerar que a maioria das pessoas que se recusam a se submeter a tal exame procede assim apenas como mecanismo para esconder o fato que seria provado cientificamente a partir da realização do exame genético.

A partir da redação da súmula 301, do Superior Tribunal de Justiça, em 2004, a recusa à submissão ao exame de DNA, leva à presunção *iuris tantum*, ou seja, relativa. Admite-se prova em contrário, por ser uma presunção relativa e não absoluta, entretanto cabe ao suposto pai que se recusou a fazer o exame, a realização da prova e não ao autor da ação, já que essa recusa leva à possibilidade de que se realizado o exame, provaria aquilo que o suposto pai está negando, a paternidade. Há a inversão do ônus da prova nos processos investigatórios, tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança.

Por outro lado, há que se ter em mente, que não é só a recusa que leva à presunção de paternidade, de acordo com o parágrafo único, do artigo 2-A, da Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992, inserido pela Lei 12.004 de 29 de julho de 2009, a presunção de paternidade deve ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. Dessa forma, se a negativa em realizar o teste genético estiver aliada a um conjunto de provas sem fundamentação significativa, por parte do investigado, de modo que não torne seguro os fatos para tal negativa, pode ser reconhecida a paternidade.

A coisa julgada é relativizada nas ações investigatórias, tanto pelo fato de se tratar de ações de estado da pessoa, quanto pelo fato de que o exame de DNA carrega em seu resultado a quase absoluta certeza da verdadeira paternidade. Dessa forma, as ações anteriores à existência desse exame genético e também aquelas ações em que não foi realizado por outros motivos, podem ser intentadas novamente, tendo em vista o melhor interesse da criança, a dignidade da pessoa humana, o direito à cidadania, entre outros direitos constitucionais.

Neste âmbito, o presente trabalho monográfico tem o escopo de mostrar e analisar que o direito da criança de ter um pai, não deve ser colocado à margem, em relação ao direito do suposto pai que se recusa a realizar do exame de DNA. O que deve ser colocado em prática, nos processos investigatórios, é o sopesamento, a ponderação dos direitos da criança e do suposto pai, dentro de cada caso concreto, pois envolve conflitos entre direitos assegurados constitucionalmente.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar, à luz da legislação pátria e das mudanças sociais, a ponderação dos direitos personalíssimos conflitantes na ação de

investigação de paternidade, tanto os direitos garantidos à criança, investigante, quanto os direitos garantidos ao suposto pai, investigado. Em relação aos objetivos específicos, são estes: a garantia constitucional e infraconstitucional dos direitos envolvidos na referida ação, o teste de DNA nas ações investigatórias e as mudanças legislativas nesse âmbito, além da relatividade da presunção de paternidade diante da recusa e a relativização da coisa julgada, bem como o sopesamento dos direitos fundamentais e consequentemente personalíssimos realizado nas ações de investigação.

O método a ser utilizado é de cunho bibliográfico, além disso, o presente trabalho monográfico não busca alterar a realidade dos fatos estudados, ou seja, busca acrescentar e aprofundar o conhecimento no âmbito da ação de investigação de paternidade e a ponderação dos direitos e princípios garantidos às partes constitucionalmente, observando uma maior proteção aos interesses da criança, entretanto não diminuindo, nem excluindo o direito do suposto pai.

O primeiro capítulo trata sobre o direito de filiação à luz da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional, mais precisamente do Código Civil, além de abordar as diferentes formas de reconhecimento de filiação, bem como as hipóteses em que se presumem a paternidade.

O segundo capítulo discursa sobre a ação de investigação de paternidade e o teste de DNA realizado nestas ações, bem como sobre o parágrafo único do artigo 2-A, da Lei 8.560/92, além de tratar sobre a relativização da coisa julgada nas ações investigatórias.

O terceiro capítulo analisa o direito à paternidade, ou seja, sobre o direito do pai em ter um filho e as suas consequências. Ademais, trata sobre os efeitos do reconhecimento dos filhos e o papel do Ministério Público nas ações investigatórias. Por fim, trata sobre os direitos personalíssimos que conflitam na referida ação e a ponderação que deve ser realizada em relação aos direitos e interesses das partes.

1 O DIREITO DE FILIAÇÃO

O direito de filiação se apresenta como aquele direito concernente ao vínculo de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, biologicamente falando, e entre os pais que recebem os filhos como se os tivessem gerado, fazendo surgir uma relação de parentesco em primeiro grau e em linha reta. Em seu conceito “Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa às que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado” (RODRIGUES *apud* GONÇALVES, 2010, p. 304). Deste modo, tanto os filhos que possuem uma relação consanguínea, quanto aqueles que possuem uma relação socioafetiva com seu suposto pai, quando da declaração de paternidade apresentam um parentesco em primeiro grau e em linha reta.

A filiação se apóia em novos horizontes apresentando uma perspectiva ligada à socioafetividade. Segundo Luiz Edson Fachin “o sistema jurídico deve pautar-se nas normas constitucionais que, por sua natureza principiológica, fornecem o instrumento ideal para que um direito poroso e sensível à realidade se perfaça” (2004, p. 47). Isso decorre da ideia de que, o Direito deve se apoiar na realidade social, seguindo as transformações da vida humana, tornando-se um discurso normativo capaz de interagir com a sociedade, sendo aberto, plural.

O conceito de filiação hoje não deve abranger tão somente as informações biológicas, mas também as relações de parentesco socioafetivas, de maneira que não se faz mais necessário provar e determinar a legitimidade ou não dos filhos. Isso quer dizer que nem sempre a procriação natural corresponde à filiação como fato jurídico. “Há que se abandonar a maior ênfase atribuída ao biologismo da paternidade e considerá-las no âmbito da proteção e carinho dedicados a alguém que, por opção, acolheu uma pessoa como filho.” (PEREIRA *apud* PEREIRA, 2004, p. 313). Dessa forma, a verdadeira relação de filiação deve ser buscada levando-se em consideração, não só a verdade biológica, mas também a união desta com a ordem sociológica e afetiva que envolve os pais e os filhos,

Maria Helena Diniz entende que a filiação também pode compreender uma relação socioafetiva, porém, estabelecida somente entre adotante e adotado.

Afirma Sílvio Venosa (2011), que a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos, nela compreendendo todas as relações, e ao mesmo tempo a sua constituição, modificação e extinção, tendo como sujeitos os pais com relação aos filhos. Ainda conforme o mencionado autor, o direito de filiação inclui também o pátrio poder, ou

poder familiar, que os pais exercem aos seus filhos menores, assim como os direitos de proteção e de assistência.

O estado de filiação manifesta-se na paternidade ou maternidade, ou seja, na relação do pai e da mãe relativamente aos filhos. É através da paternidade, expressão utilizada de forma genérica, que aos pais

[...] transporta-se as obrigações e direitos destes em relação aos seus filhos, de modo que para cada um deles e para ambos simultaneamente geram-se efeitos jurídicos, constitutivos de suas obrigações de prover-lhes a subsistência material e intelectual. (FACHIN, 2004, p. 47)

Segundo Lúcia Maria Teixeira Ferreira (2002) a relação de parentesco entre pais e filhos, ou seja, a filiação, em seu conceito jurídico, deve ser analisada sob uma perspectiva ampla, no sentido de ter o afeto e a responsabilidade um papel relevante, dessa forma a nova modalidade de filiação, nos dias atuais, pode ser designada como filiação social.

Para o direito, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2004), a paternidade decorrente da filiação, deixa de ser objeto de investigação científica, assumindo as condições de uma aceitação.

Paulo Nader (2009), ao expor considerações sobre a relação entre a filiação e a tecnologia, afirma que os avanços da ciência favorecem a investigação da verdade real, fazendo com que a origem genética afaste-se da dúvida. Afirma, além disso, que a definição da origem genética:

[...] é importante face os múltiplos direitos e deveres decorrentes do parentesco, especialmente de primeiro grau e, ainda, pela necessidade que os seres humanos possuem, sobretudo de natureza psicológica, emocional, de conhecer a identidade de seus pais. (NADER, 2009, p. 265)

Classificar a filiação como sendo matrimonial ou extramatrimonial não é, algo correto, pois se parte do pressuposto da existência ou não do casamento entre os pais, acabando por ocasionar discriminação entre aqueles que nasceram ou não durante a união matrimonial.

Para ser enquadrado como filho legítimo levava-se em consideração, na legislação anterior, Código Civil de 1916, o casamento válido ou putativo, mais precisamente, filho legítimo era aquele que provinha do casamento.

A discriminação era patente, a legislação enquadrava os filhos em várias espécies de categorias, filhos legítimos e ilegítimos. A ilegitimidade na filiação podia envolver aqueles filhos que foram concebidos por pessoas que tinham entre si, ou não, algum impedimento matrimonial. Dentro desse contexto Paulo Nader (2009, p. 266), expõe que “anteriormente, os filhos havidos fora do casamento, além de acoimados, pejorativamente, de ilegítimos, não possuíam iguais direitos aos concebidos no casamento, então chamados legítimos”. Explica ainda que esse tratamento desigual entre os filhos havidos ou não durante o casamento se dava em razão do grande interesse em estimar o casamento, existindo uma grande proteção contra acontecimentos que pudessem atingi-lo. Ao mesmo tempo em que havia essa proteção ao casamento, havia por outro lado, uma condenação ao filho, que era humilhado diante da distinção feita em relação à legitimidade ou não da filiação.

Em relação ao tratamento desigual realizado pela legislação anterior, no que tange à filiação percebe-se que:

[...] as relações denominadas espúrias, adulterinas ou concubinárias nenhum direito possuíam. Os filhos havidos fora do casamento sempre foram alvo de enorme gama de pechas de conteúdo pejorativo e discriminatório. Seu destino era a invisibilidade, pois não podiam buscar o reconhecimento da própria identidade. (DIAS *apud* FACHIN, 2004, p. 43)

O instituto da filiação estava intimamente ligado ao casamento, o que presentemente não existe, pois há, além da filiação decorrente do casamento, a filiação decorrente do vínculo socioafetivo, ou seja, filiação que não derivou de uma relação de parentesco consanguíneo, mas de vínculo afetivo e isso é resultado da crescente preocupação dos juristas com a integridade psíquica do indivíduo, que tem consequentemente como plano de fundo a dignidade da pessoa humana.

No vínculo afetivo, dentro da filiação, é o afeto, o desejo, a vontade de ser pai/mãe a característica determinante da relação. Sílvio Venosa (2006, p. 235) lembra que esta “paternidade emocional, denominada socioafetiva pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genética.” Deste modo, o que se leva em

conta na formação do vínculo de filiação pela afetividade, é o apego emocional que pais e filhos demonstram apesar de não serem ligados pelos laços sanguíneos.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, especialmente no tocante ao Direito de Família, fez com que esse campo do direito civil recebesse impactos e transformações. Essa constitucionalização trouxe à tona o princípio constitucional da igualdade, em relação ao tratamento dos filhos havidos na constância ou não do matrimônio, o que foi acolhido pelo novo Código Civil de 2002.

O princípio da igualdade quando adotado plenamente, entre todos os filhos, acarretou mudanças no antigo modelo familiar mais ligado ao patrimônio e menos ao afeto. Dessa maneira, a ligação íntima que se fazia entre a família e o patrimônio foram sendo superadas. Tais avanços encontram respaldo nas mudanças fáticas da realidade social: a efemeridade das relações, a destituição da família, novos modelos de relacionamento, entre outros aspectos, favoreceu uma maior aceitação dos filhos de relações fora da instituição do casamento. Ademais, aos poucos foi se reconhecendo a legitimidade dos direitos dos filhos tidos como “ilegítimos”, equiparando-os, assim, aos filhos “legítimos”.

Observou-se com a nova legislação e as mudanças nos âmbitos culturais e sociais, um deslocamento da análise do fenômeno, que deixou de ser amparado exclusivamente em bases legais e patrimoniais, para ser compreendido mediante o princípio da igualdade, da constitucionalização do Direito Civil, da dignidade da pessoa humana, tendo este como foco. Neste sentido, o reconhecimento das necessidades de afeto, dos direitos inerentes à filiação, foi sendo incorporado ao Direito Material.

Em que pese a ampliação dos direitos dos filhos tratados como “ilegítimos”, tornou-se impositivo o resguardo legal de tais direitos a fim de combater os efeitos da discriminação antes existentes. Nesse sentido, Sílvio Venosa destaca que:

[...] se, por um lado, desapareceu o tratamento discriminatório, por outro, os direitos dos filhos provindos de fora do casamento devem ser obtidos por meio dos instrumentos legais ora postos de forma ampla à disposição no ordenamento. Este é o atual desafio no direito de filiação. (2011, p. 225)

A família, ante o contexto atual, no que tange às relações advindas dos pais para com os filhos, deve gravitar em torno de um vínculo de afeto, de mútua compreensão e cooperação. A socioafetividade ganha espaço na sociedade contemporânea, deixando de ter

apenas aquele conteúdo de cunho econômico, patrimonialista para abranger a ética, a cooperação, não havendo dessa forma espaço para qualquer discriminação.

Nesse sentido, as relações sociais modernas, os novos modelos de famílias decorrentes da evolução humana, foram deixando de lado a discriminação dos filhos em razão de sua origem. A distinção entre filhos legítimos e ilegítimos é compreendida, atualmente, como uma distinção discriminatória, pelo fato de que, além de violar direitos fundamentais como o da igualdade, deixa à margem aqueles que mais precisam de uma proteção como é o caso dos filhos, mais precisamente as crianças, que ainda não encontraram sua verdadeira paternidade.

Nas relações de filiação, o julgador, deve observar este instituto sempre pautado no afeto, e oferecer a mesma proteção dada às relações biológicas entre pais e filhos, porque não há na Carta Magna, qualquer primazia entre a afetividade e a consanguinidade. O que deve prevalecer é a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os filhos, princípios estes garantidos constitucionalmente, diante disso observa-se que tanto os filhos havidos na constância do casamento como aqueles havidos fora do casamento têm os mesmos direitos e qualificações.

Ainda nesse sentido, tem-se que:

[...] a efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. (OLIVEIRA, 1995 *apud* FACHIN, 2004, p. 54)

O Direito de Família, observado dentro da nova ótica social, deve ser definido com satisfatória flexibilidade, absorvendo os novos direitos que com ela se relacionem. Compreendendo esses novos direitos, conforme explicita Luiz Edson Fachin (2004), como aqueles que se incorporaram, de forma pluralística, aos sujeitos como os direitos da criança e do adolescente, o direito à integridade genética, o direito das mulheres, os direitos da família, os inerentes à perfilhação e à paternidade ou maternidade.

Inserido no contexto da sociedade moderna e nas novas formas de constituição das famílias, assim como numa percepção crítica dos atos e fatos jurídicos, Paulo Lôbo ensina que a verdade da filiação não depende da herança genética para existir, afirma que:

[...] na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. Portanto, não pode haver conflito com outro que ainda não se constituiu. (LÓBO, 2004, p. 02)

Nesse âmbito, por maior que seja a comprovação da verdade da filiação tecnicamente, por meio do exame genético, nem sempre a procriação como fato natural satisfaz à filiação como fato jurídico. O jurista e o legislador procuram o possível para fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica, sempre observando os fatos de ordem sociológica e afetiva que englobam essa problemática. Buscam uma maior aproximação da verdade biológica com a verdade jurídica, pois através desta é que se torna satisfatório o direito do filho em ter um pai.

Assim, quanto mais próximo o juiz chegar à filiação biológica mais certeza terá o filho de sua origem, essa aproximação de verdades acontece para que o filho tenha uma verdade real em relação à sua origem, sendo esta, atingida com o processo investigatório. Sempre tendo em mente, que a filiação socioafetiva também existe e está em igual nível com a biológica, pois não há distinção na legislação entre elas e, além disso, os efeitos da filiação decorrente do afeto podem suprir toda a falta que os efeitos da filiação biológica podem ter.

1.1 O direito de filiação na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002

Grande marco na evolução do Direito de Família é a Carta Magna de 1988, tanto em relação à definição das entidades familiares quanto na fixação do princípio da isonomia entre os filhos.

No âmbito da constitucionalização do direito de família se tem que o artigo 1º, inciso III, da atual Constituição da República traz como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Ainda nesse contexto o artigo 3º, inciso IV, também da Constituição Federal, definiu como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

outras formas de discriminação e o artigo 5º, *caput*, prescreve que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Segundo Fernando Alcântara Castelo:

Ao constitucionalizar o direito de família, o constituinte trouxe distintos avanços à sociedade, como a ampliação das entidades familiares, a proibição ao atraso social, o princípio da proteção, a igualdade entre homens e mulheres e em especial, a igualdade entre os filhos. (2011, p. 20)

Atualmente, diante da legislação pátria, pode-se reconhecer tanto o filho natural como o “adulterino” ou o “incestuoso”, expressões não mais usadas no vocabulário jurídico brasileiro por consequência do princípio constitucional que os torna iguais, ou seja, o princípio da igualdade.

Assim tanto os filhos matrimoniais ou extramatrimoniais terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, conforme o artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 [...]

§ 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.

Estabeleceu a Carta Magna igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, o que existia no Código Civil de 1916.

Diante do que expõe a Constituição Federal não haverá, portanto, tratamento desigual entre os filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, no que tange a atribuição de direitos e benefícios em relação a estes.

Essa garantia constitucional destinada aos filhos decorre do princípio da igualdade e, sobretudo do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, passou-se a

priorizar, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, com ênfase na função social da família, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges e entre os filhos (LENZA, 2010 *apud* CASTELO, 2011, p. 20).

Portanto, com o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, a dignidade da pessoa humana que fundamenta todo o sistema constitucional brasileiro, propaga seus efeitos sobre todo o sistema normativo, em particular no que se refere à proteção dos indivíduos, seja individual, seja coletivo trazendo, conseqüentemente, avanços fundamentais também ao direito de família, uma vez que está fortemente ligado a esse campo do Direito Civil.

Ainda sobre a constitucionalização do Direito Civil, consoante Fernando Castelo, citando Dias é imperioso demonstrar que os princípios constitucionais tornaram-se fontes normativas (2011, p. 25). Neste sentido, os princípios servem de parâmetro normativo para aferição da legitimidade de toda e qualquer norma jurídica infraconstitucional, acarretando a inconstitucionalidade de todos os dispositivos que lhes são adversos. Passando a existir, portanto, a proibição de retrocesso social, como garantia constitucional.

O Código Civil de 2002, ao reconhecer a existência de parentesco nas relações socioafetivas, estendeu as possibilidades fáticas de filiação. Na legislação infraconstitucional referida, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações.

O novo Código Civil de 2002, diante da nova conjuntura social existente à sua época,

[...] procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Incorporou as mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio de legislação esparsa, apesar de ter preservado a estrutura do código anterior. Mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados, ou seja, operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional. (OLIVEIRA; DIAS, 2009 *apud* CASTELO, 2011, p. 24)

Consoante o referido autor:

[...] o grande avanço do atual Código Civil foi excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Isto por que foram sepultados todos aqueles dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos

discriminatórios. Deste modo, as referências desigualitárias entre o homem e a mulher e as adjetivações de filiação foram todas expurgadas. (DIAS, 2009 *apud* CASTELO, 2011, p. 24)

Traz o novo Código Civil o princípio da igualdade dos filhos, que é revelado no artigo 1.596: “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”.

Além da Constituição Federal e do Código Civil de 2002 o direito de filiação e do reconhecimento desta, está amparado em outros textos normativos como no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990) em seu artigo 3º e na Lei que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento (Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992).

Isso evidencia que há uma preocupação legal tanto na norma constitucional quanto na norma infraconstitucional, em consolidar os direitos de filiação, especificamente os direitos dos menores, tendo como principal amparo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, além do princípio constitucional da igualdade.

1.2 Diferentes formas de reconhecimento de filiação

O reconhecimento de filhos, previstos no Código Civil, diz respeito àqueles havidos fora do casamento. Os filhos que nasceram na constância do matrimônio não precisam ser reconhecidos, já que decorre do casamento dos pais a presunção de paternidade, entretanto aqueles que nasceram fora da relação matrimonial necessitam do reconhecimento, pois não são beneficiados pela presunção legal de paternidade. Nesse último caso deve-se provar além do vínculo biológico e do vínculo de parentesco a socioafetividade entre eles e isso só se dá através do reconhecimento.

Também denominado de perfilhação, segundo Paulo Nader o reconhecimento “é o ato pelo qual alguém declara sua condição de pai ou de mãe de pessoa nascida fora do casamento” (2009, p. 283).

Esse ato declaratório, revelado através da declaração de paternidade ou maternidade, pode se dar pela livre manifestação de vontade, ou por meio de uma decisão judicial, quando em resposta à ação de investigação de paternidade ou maternidade onde o Poder Judiciário se manifesta quanto à declaração da situação de fato. Por meio do reconhecimento se declara a paternidade ou maternidade preexistente.

Consoante Larissa Bezerra (2009, p. 10), “o reconhecimento espontâneo é o mais comum, sendo um ato solene e público, de modo que alguém declara uma pessoa como seu filho”, além disso, esse reconhecimento espontâneo pode ser realizado conjunta (pelos pais) ou separadamente. De acordo com o artigo 6º, do Provimento nº 16 (de 17 de fevereiro de 2012) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o reconhecimento espontâneo de filho poderá ser feito perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais, a qualquer tempo, por escrito particular, que será arquivado em cartório. O ato de reconhecer filho voluntariamente é irrevogável, isso se dá pelo fato de que através do reconhecimento se constitui um ato com eficácia retroativa.

No que se refere ao reconhecimento judicial ou forçado este é decorrente de uma sentença, fruto de uma ação de investigação de paternidade, onde o objeto da ação é o pedido de reconhecimento do autor, no que afirma ser filho do suposto pai, o requerido, podendo ser proposta a qualquer momento.

A ação de investigação de paternidade é personalíssima, de acordo com o artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990), entretanto o parágrafo único, do artigo 1.606, do Código Civil não impede que os descendentes possam dar continuidade à ação proposta, devendo, portanto observar os pressupostos legais de admissibilidade da ação, as presunções de fato.

É interesse direto dos filhos o reconhecimento da paternidade e maternidade, pelo fato de implicar a regularização do seu registro civil, além do exercício de direitos e deveres que decorrem da filiação. O reconhecimento dos filhos, realizado pelo pai ou pela mãe, gera efeitos pela simples manifestação de vontade de quem está reconhecendo. Apesar de ser ato voluntário, em relação ao maior de idade, para ser efetivado o reconhecimento, se faz necessário a concordância daquele. Dispõe o artigo 1614, Código Civil: “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.”

Ademais, o reconhecimento dos filhos interessa também às famílias, uma vez que torna iguais os filhos, além do interesse da sociedade que tem em sua composição a expressão da realidade, através do registro civil.

Segundo Paulo Nader:

Assumir a paternidade ou a maternidade constitui imperativo de ordem moral e dever jurídico. O direito ao registro civil, com a definição do nome dos pais, não apenas configura direito personalíssimo, mas também da personalidade. É um direito inerente à dignidade da pessoa humana, que não pode ser negado sob qualquer fundamento (2009, p. 284).

A perfilhação, forma de reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora do casamento é realizado conjuntamente entre a mãe e o pai gerando efeitos bilaterais. Este reconhecimento poderá ser alcançado no registro de nascimento, por escritura pública ou particular, a ser arquivada em cartório, por testamento e por manifestação direta e expressa perante o juiz conforme artigo 1.609, do Código Civil.

É pelo meio do reconhecimento dos filhos, concretizado no registro civil, que se oficializam as relações de parentesco, através dele se declara uma situação fática, da qual o direito tira conseqüências.

A respeito do reconhecimento dos filhos o artigo 1.609, do Código Civil de 2002 reuniu as situações previstas no artigo 357, do antigo Código Civil de 1916 àquelas do artigo 26 da Lei nº 8.069/90 e ainda as hipóteses do artigo 2º, da Lei nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Assim dispõe o dispositivo do atual Código Civil:

Art. 1609 O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I – no registro de nascimento;

II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório.

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV – por manifestação direta e expressa perante o Juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objetivo único e principal do ato que o contém.

As modalidades de reconhecimento estão relacionadas tanto em relação ao pai quanto em relação à mãe. Entretanto, é mais freqüente que seja realizado pelo pai, pois a maternidade se estabelece de forma mais perceptível, por meio da gravidez e pelo parto. Mas

também é possível que a maternidade não seja indicada no registro de nascimento, é o que acontece nos casos dos recém-nascidos abandonados, por exemplo. Disso decorre a idéia de que, segundo Sílvio Venosa “a maternidade é um fato; a paternidade, uma presunção” (2011, p. 252).

O parágrafo único do mesmo artigo 1609, do Código Civil expõe que o ato de reconhecimento dos filhos pode ser realizado antes do nascimento, como exemplifica o referido autor Sílvio Venosa nos casos em que há mais precaução do pai em temer a morte prematura do filho para assegurar a veracidade da paternidade, ou posterior ao falecimento dos filhos, se ele deixar descendentes. Nesse último caso, o reconhecimento da filiação beneficiará os descendentes reconhecidos (2011).

A forma mais comum de reconhecimento é o realizado no registro de nascimento. De acordo com Lei 8.560/92 a mãe pode indicar o nome do pai e essa indicação deverá ser objeto de averiguação oficiosa, procedimento este provocado pelo Oficial do Cartório. A paternidade ilegítima só é assentada no registro quando o pai comparece, por sua vontade ou por procurador, revela e assina com a presença de testemunhas.

O reconhecimento realizado por meio da escritura pública ou escrito particular pode ser realizado pelo pai ou por procurador com poderes para a realização de tal ato. Portanto, se realizado por este meio:

[...] deve conter os mesmos requisitos reclamados para a escritura pública, trazendo a qualificação do declarante, do filho, ou seja, é indispensável que seja possível aquilatar que se busca estabelecer a filiação. A perfilhação deve ser objeto específico do escrito, a fim de se manter a segurança e estabilidade. Admiti-la de modo incidente ou acessório, como se dá com a escritura pública, é ensejar manobras. (SÁ VIANA *apud* PEREIRA, 2004, p. 350)

De acordo com o artigo 29, § 1º, da Lei 8.560/92 o documento particular será levado ao registro civil para averbação, onde ficará arquivado.

Reconhecimento por testamento, ainda que incidentalmente manifestado, é ação personalíssima, não podendo ser revogado, conforme artigo 1620, do Código Civil. Em face da declaração de paternidade, realizada através do testamento e dirigida ao juiz, cabe a este determinar a averbação em registro, desde que não haja oposição, em relação ao filho maior.

A nulidade do testamento, que declara entre outras situações a paternidade, e das suas cláusulas não implica a nulidade do reconhecimento, pois não é possível a revogação

deste, ainda que realizado em testamento, segundo dispõe o artigo 1610, do Código Civil. Consoante Sílvio Venosa, só será atingida a declaração de paternidade realizada em testamento, se houver a nulidade total deste, como por exemplo, por vícios de vontade ou defeito na revelação específica de vontade (2011).

A declaração desempenhada perante o juiz e tomada por termo torna-se documento público, assim também se enquadra como uma das formas de reconhecimento de paternidade. Leva-se em consideração o caráter volitivo da declaração, não sendo forçosa. Quando realizada equivale a uma escritura pública, pelo fato de ser manifestada diante de quem possui fé pública. Nessa situação exige-se que sejam declarados os requisitos imprescindíveis à identificação do declarante e do filho.

O reconhecimento é ato indivisível, pois não há possibilidades de se reconhecer um filho apenas para determinados objetivos e para outros não. É também instituto de ordem pública, produzindo os efeitos definidos em lei, não sendo permitida qualquer restrição ou amplitude a esse reconhecimento.

1.3 Hipóteses de presunção de paternidade

As hipóteses de presunção de paternidade estão elencadas no artigo 1597, do Código Civil, são elas:

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.

Há presunção legal de paternidade, fundando-se em expectativas, presumindo matrimoniais os filhos concebidos na constância do casamento dos pais. A presunção de paternidade na constância do casamento é de grande importância, pois quando se torna

impossível a averiguação direta da paternidade esta se encontra introduzida na noção da presunção jurídica.

Essa presunção decorre da idéia de estabilidade e segurança familiar. Entretanto, é possível a discussão no que tange à presunção, tendo em vista que é relativa. A presunção é relativa, *juris tantum*, como já exposto anteriormente, pois pode ser contestada pelo marido, ou por seus ascendentes e descendentes, por meio de provas que demonstrem contrariamente esse fato.

O momento em que se tem como determinante a paternidade é na concepção. Como preceitua o inciso I, do artigo 1597, do mencionado Código, se presume concebido na constância da relação conjugal ou da união estável o filho que venha a nascer dentro de cento e oitenta dias. Parte-se do pressuposto que, conforme ensina Caio Mário, o período normal da gravidez é de 270 (duzentos e setenta) dias (2004).

A legislação presume ainda, como concebido na constância do casamento, o filho que venha a nascer dentro do prazo de trezentos dias, sendo este prazo computado a partir de quando se dissolveu a sociedade conjugal, seja pela morte, pela separação judicial ou extrajudicial, nulidade e anulação do ato solene.

É lícito ainda admitir como filho nascido na constância do matrimônio aquele que nasceu durante o período matrimonial.

Prescreve Paulo Nader no que se refere à relatividade da presunção de paternidade:

Justamente por serem presunções *juris tantum*, os critérios jurídicos de paternidade não vedam os procedimentos judiciais que visem a atribuir outra paternidade, mediante ação investigatória ajuizada pelo filho, nem a negatória, de iniciativa de quem é apontado como pai por lei (2009, p. 268).

No que se reporta à fecundação artificial homóloga se mostra conveniente expor que, por esta modalidade a concepção é originada pelo sêmen do marido com o óvulo da mulher, entretanto não se dá pelo método convencional e sim pelo modo da reprodução assistida ou pelo método artificial.

Ainda se considera como inseminação artificial homóloga a que se realiza em útero de outra pessoa, mas com os gametas do marido e da mulher, fenômeno mais conhecido como barriga de aluguel ou maternidade sub-rogada ou ainda maternidade de substituição.

Para a utilização do sêmen do marido, após a sua morte, na inseminação artificial homóloga, requer-se prévia e expressa autorização deste.

A nova conjuntura da sociedade, o avanço biotecnológico aliado ao desejo de ver realizado o sonho da maternidade e paternidade entre outros fatores ligados à célula familiar, fizeram com que a reprodução assistida ganhasse espaço. Por consequência disso, a legislação teve que se amoldar à nova ótica da sociedade, assim como ocorre em todos os casos, pois o direito acompanha a sociedade, suas mudanças.

Em sua obra, Direito de Família, Sílvio Venosa, afirma que, a nova legislação, em relação à presunção de paternidade, principalmente no que tange aos modos de reprodução assistida, não autorizam esse método nem o regulamenta, apenas busca uma solução ao aspecto da paternidade. Assegura ainda, que:

Com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário[...] Relegar temas tão importantes aos tribunais acarreta desnecessária instabilidade social. (VENOSA, 2010, p. 235)

O inciso IV, do artigo 1597, do Código Civil, refere-se aos embriões excedentários, que são aqueles embriões fecundados *in vitro*. “Se de um embrião excedentário vier a nascer um filho a qualquer tempo, mediante inseminação artificial homóloga, presume-se tenha sido concebido na constância do casamento.” (NADER, 2009, p. 270). Esse dispositivo envolve questões éticas, pois trata sobre o início da vida humana, seu surgimento fora do ventre materno. Surgem discussões, no tocante a esse dispositivo, pelo fato de atingir a vida em formação, uma vez que existem casos de descartes desses embriões, quando não empregados para o fim a que se reservava.

Ademais, a inseminação artificial heteróloga, de que trata o inciso V do referido dispositivo, é aquela realizada com o óvulo da mulher e o sêmen de outro homem que não o do marido, aplica-se esta possibilidade nos casos de esterilidade deste, incompatibilidade do fator Rhesus (Rh), doenças graves transmissíveis pelo marido, entre outros casos. Para ser realizada essa inseminação é necessária a autorização prévia do marido. Se realizada sem o consentimento do marido, este pode impugnar a paternidade, entretanto se foi efetuada com o

seu consentimento, há que se entender que não poderá questionar a paternidade que foi assumida previamente.

No que tange à procriação assistida, seja homóloga ou heteróloga, tendo em vista as discussões que as envolvem dentro do atual contexto social, e ainda pelas consequências que ela traz, faz-se imprescindível expor a reflexão de Sílvio Venosa:

Importante também que a lei determine que a procriação assistida somente seja permitida com expresse consentimento dos cônjuges mediante a comprovação de necessidade, oportunidade e conveniência. O mais recente Código omitiu-se a esse respeito, perdendo oportunidade de legislar sobre questão tão crucial. O rigor da lei é importante nesse sentido para que a sociedade não venha enfrentar problemas de difícil solução ética e jurídica no futuro. (2010, p. 240)

2 A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A Ação de Investigação de Paternidade, consoante os ensinamentos de Paulo Nader é o meio judicial pelo qual, o filho em cujo registro de nascimento não conste o nome de um ou de ambos os genitores, dispõe para obter a definição dos nomes daqueles e por consequência a regularidade no seu registro de nascimento (2009).

Ainda dentro deste âmbito, “É o meio que cabe aos filhos contra os pais ou seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento da filiação.” (VENOSA, 2010, p. 264)

Esse meio de impugnação judicial, que tem como objetivo de ver declarado no registro de nascimento o nome dos genitores, é imprescritível, logo o filho poderá em qualquer tempo propô-la, embora prescreva o seu direito patrimonial, tal como herança. É, ainda, inalienável e irrenunciável, pois uma vez filho nunca deixará de ser.

Esse meio de impugnação judicial, mais precisamente a ação de investigação de paternidade, após o curso do seu processamento:

[...] enseja o reconhecimento forçado ou involuntário, em virtude de sua sentença judicial, sendo uma sentença declaratória, que revela a existência ou não de uma relação de filiação, de modo que, às vezes a relação já existe antes da declaração, servindo a sentença apenas para regularizar uma situação de fato, conferindo alguns efeitos jurídicos. (BEZERRA, 2009, p. 12)

O artigo 1616, do novel Código afirma que “A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento [...]”. Sobre os efeitos da sentença, segundo Luiz Edson Fachin, há que se falar que estes têm idêntica eficácia do reconhecimento que é realizado voluntariamente (2004). A respeito da imutabilidade da sentença e da extensão da coisa julgada nos processos de investigação de paternidade imperioso se faz o entendimento de que:

[...] nas demandas que pressupõem um estado jurídico [...] a decisão da controvérsia estabelecida sobre esta relação jurídica integrará, apenas, o dispositivo da sentença e não será afetada pela coisa julgada material, salvo se for o objeto principal do pedido. (BRUNIER JR., 2000 *apud* FACHIN, 2004, p. 144)

Assim, as questões controvertidas concernentes ao estado jurídico de determinado indivíduo levados ao judiciário, com a finalidade de uma solução encontram apoio não só no entendimento estrito da legislação, mas também nos fatos sociais, nas mudanças as quais a sociedade está sujeita tendo sempre como objetivo a preservação do bem estar de cada indivíduo, inclusive e principalmente quando envolve filhos menores.

Os legitimados ativos para ingressar com a ação de investigação de paternidade são, além do filho menor representado, o Ministério Público e o nascituro, conforme artigo 1609, parágrafo único, do Código Civil. Este último pelo fato da legislação abarcar a criança desde a sua concepção adotando assim a Doutrina Jurídica da Proteção Integral. Apesar de se tratar de ação personalíssima, os herdeiros do investigante, que já ajuizou a ação, têm legitimidade para prosseguir nesta, salvo se o processo já se extinguiu, conforme dispõe o artigo 1606, do novo Código:

Art. 1606 A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único: Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

No que diz respeito à legitimidade passiva, preceitua o artigo 1615, do mencionado Código que qualquer pessoa pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade, desde que tenha justo interesse. Assim, deve figurar no pólo passivo dessa ação o suposto pai ou seus herdeiros. A mãe participará como representante ou assistente do filho menor. Assim sendo, qualquer pessoa que possa ser atingida pela sentença de reconhecimento de paternidade pode figurar no pólo passivo, seja no pedido da inicial ou requerendo seu ingresso como assistente litisconsorcial.

O direito de ingressar com a referida ação, para averiguar a verdadeira paternidade biológica do filho, é personalíssimo. Tem este o direito de saber sua identidade genética, sua origem natural, direitos estes decorrentes dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade garantidos constitucionalmente. Conforme nos ensina Paulo Nader, cabe ao postulante o ônus da prova, podendo alegar a ocorrência de fatos que contribuirá para a convicção do julgador (2009).

Ainda em referência ao citado autor, atualmente, o advento do exame de ácido desoxirribonucléico (DNA) é a solução mais avançada para identificar a paternidade, com um

grau de certeza quase absoluto. Entretanto, mesmo tendo o exame de DNA o poder de simplificar a fase probatória das ações que investigam a paternidade, não se deve deixar de lado a importância que os outros meios de provas têm (2009).

A tecnologia que hoje é oferecida ao poder judiciário, para a investigação e resolução não só das controvérsias discutidas no âmbito familiar, mas também na esfera criminal, cível empresarial, entre outros, faz com que a prova técnica coloque em segundo plano a prova das relações sexuais ou qualquer outra em relação à investigação da paternidade. Segundo o entendimento de Sílvio Venosa, não é possível afirmar com absoluta certeza, que se perfaz como prova definitiva da paternidade a perícia genética. É possível que existam outros meios de provas permitidas na legislação (2010).

2.1 O teste de DNA na Ação de Investigação de Paternidade

Das várias modalidades de exames que tentam resolver casos de dúvidas sobre a paternidade, nos dias atuais o teste de DNA (ácido desoxirribonucléico) é o método mais conciso para identificação de paternidade, dispondo de uma porcentagem de acerto que varia de 99,99% a 99,9999%, o que, na prática, tomadas as devidas precauções para a qualidade do teste, representa um número com elevadíssimo nível de segurança (BEZERRA, 2009).

Diante disso decorre o entendimento de que:

O exame de DNA é hoje, sem dúvida, a prova central, a prova mestra na investigação filial, chegando a um resultado matemático superior a 99,9999%. Faz-se mister, no entanto, que seja realizado com todos os cuidados recomendáveis, não só no tocante à escolha de laboratório idôneo e competente, dotado de profissionais com habilitação específica, como também na coleta de material. É fundamental que tal coleta seja acompanhada pelos assistentes técnicos indicados pelas partes e o material bem conservado e perfeitamente identificado. Se tais cautelas não forem tomadas o laudo pode ser impugnado, dada a possibilidade de erro. (GONÇALVES, 2006, *apud* BEZERRA, 2009, p. 13)

O exame de DNA apresenta a informação de todo o material genético hereditário de determinado indivíduo, isso faz com que além de se tornar muito mais fácil a comprovação da paternidade se tenha um grau de comprovação da verdade extremamente alto. Há quem

afirme que o exame de DNA na ação de investigação de paternidade torna esse processo mais justo, com mais exatidão nos resultados, trazendo a verdade ao Direito, inclusive nos casos em que é difícil a comprovação do ato sexual que resultou o nascimento do filho, autor da ação.

Consoante Caio Mário da Silva Pereira, o exame de DNA deve ser realizado “por profissionais competentes, cujas técnicas utilizadas são componentes essenciais para um inquestionável resultado.” (2004, p. 376).

Além de ter uma afirmação praticamente absoluta, o exame de DNA também apresenta uma grande facilidade para sua obtenção, conforme o referido autor: “O exame pode ser realizado com amostra colhida em qualquer parte do corpo (sêmen, raiz do cabelo, pele, placenta, etc.). O sangue, pela maior facilidade de obtenção, é o mais utilizado.” (PEREIRA, 2004, p. 377).

Acompanhado o que foi exposto anteriormente, no que se refere à facilidade da realização do exame de DNA e suas múltiplas possibilidades de ser pesquisado, interessante a linha de pensamento que destaca:

[...] embora a integridade física configure verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, torna-se abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade. (MORAES *apud* PEREIRA, 2004, p. 369)

Não obstante, apesar do exame de DNA trazer a quase que absoluta certeza em relação à paternidade impugnada, torna-se imperioso o entendimento de que a complexidade dos casos concretos, decorrentes da evolução social inerente ao ser humano, aliado à incidência dos avanços na técnica, deve ser observado pelo magistrado quando do julgamento da ação investigatória. Portanto, dentro deste contexto, “A paternidade não pode ficar adstrita a uma simples questão biológica. O juiz – que é o perito dos peritos, afinal – não deve se transformar num autômato, num mero homologador de laudos.” (VELOSO, 2002 *apud* FACHIN, 2004, p. 118). Assim a tecnologia, que se demonstra favorável às ações investigatórias e que se concretiza através do exame de DNA, não pode ser levado como o único meio capaz de apurar a paternidade impugnada.

Para assegurar ainda mais a ideia de que, não se deve apenas restringir ao exame de DNA a certeza de que ele é o único meio para a averiguação da paternidade, estabelece os artigos 130 e 131, do Código de Processo Civil (CPC):

Art. 130 Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131 O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Ainda nesse sentido, no que tange à exatidão dos resultados obtidos com o exame de DNA, afirma Sílvio Venosa:

Hoje a maior dificuldade do juiz não é definir a paternidade biológica, mas encontrar a melhor solução dentro do contexto da família socioafetiva, questão não menos tormentosa. Está aí, portanto, a eterna luta do Direito pela verdade fática e pela verdade axiológica. [...] Novos aspectos da ética ou da chamada bioética devem ser levados em conta. Haverá sempre um eco a perseguir o magistrado. (2011, p. 270)

Imprescindível também o entendimento de que:

O que a evolução histórico-cultural comprovou, e de forma inquestionável, é que a função paterna está irremediavelmente ligada ao amor de um pai pelo seu filho. Fora desta relação pode haver laço biológico por si só insuficiente a criar qualquer vínculo de paternidade, incapaz de gerar uma relação paterno-filial. (LEITE, 2000 *apud* VENOSA, 2011, p. 270)

Atualmente, consoante Larissa Bezerra, com a exatidão que o exame de DNA proporciona, permite-se ao julgador um juízo de forte probabilidade da paternidade, capaz de eliminar um homem de ser o pai biológico de um indivíduo ou de firmemente incluí-lo como tal, dessa forma, tem o magistrado um maior grau de certeza e um veredicto mais justo, o que faz com que se torne fundamental a utilização do exame de DNA, inclusive pelo fato de que também possibilita uma economia de tempo e dinheiro (2009).

Desta maneira, considerando-se o exame de DNA, sob a perspectiva de que traz grande veracidade à paternidade impugnada, entende-se que, como já exposto anteriormente, este não deve ser reputado como o único meio para solucionar a dúvida que existe na investigação da paternidade de determinado indivíduo. A paternidade declarada na respectiva ação não traz apenas o nome de um pai ao registro de nascimento, mas também altera o contexto familiar, o modo de vida das pessoas envolvidas, entre outras consequências dentro do âmbito da família. Portanto, necessário se faz analisar também o caso concreto e não apenas a certeza da paternidade genética, que é atingida através do teste de DNA, mas também a realidade socioafetiva das pessoas envolvidas, uma vez que a declaração da paternidade alcançará todas estas, abarcando os seus sentimentos, as frustrações, as esperanças.

2.2 A súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça e o parágrafo único do artigo 2º-A, da Lei 8.560 de 29/12/1992

Conforme expõe Larissa Bezerra (2009), como consequência da grande quantidade de recursos, que tinham como objetivo criar empecilhos e retardar as garantias e obrigações para que não fosse realizado o exame de DNA, foi editada a súmula 301, pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), em 23 de novembro de 2004 que dispõe: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz a presunção *juris tantum* de paternidade.”

Segundo a referida autora, a recusa em realizar o teste de DNA, aliado aos fatores colhidos dentro do processo da ação de investigação de paternidade que apontavam para a probabilidade da respectiva paternidade, fundamentaram os artigos 332 e 333, inciso II, do Código de Processo Civil, que assim dispõem:

Art. 332 Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Art. 333 O ônus da prova incumbe [...]

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Dessa forma, observa-se que a recusa do suposto pai na ação de investigação de paternidade faz com haja a inversão do ônus da prova, ou seja, aquele que se recusa a realizar o exame de DNA deve se incumbir de provar a inexistência da relação de parentesco entre ele e o suposto filho que está sendo impugnada na referida ação.

Dispõe o artigo 333, do Código de Processo Civil:

Art. 333 O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil uma parte o exercício do direito.

Decorre desse artigo que ao autor cabe provar a paternidade de que se está impugnando, no entanto se há fato que modifique, impeça ou extinga o direito do autor cabe ao réu ônus da prova. Ressalte-se que se o autor não provar o fato que constitui seu direito, não poderá o réu, ou seja, o suposto pai, provar contrariamente esse fato, pois não houve provas da constituição dos fatos alegados pelo autor, podendo aquele sair vitorioso na ação de investigação de paternidade.

A súmula 301 do STJ trouxe vários questionamentos, pois atingia alguns princípios constitucionais ou em favor da criança, legitimadamente ativa na ação, ou em favor do suposto pai, fazendo com que a verdade genética, alcançada pelo resultado do exame de DNA, entrasse em conflito com o direito do suposto pai em ter sua integridade física não atingida, além do direito à privacidade.

Dentre os vários entendimentos, imperioso demonstrar a tese de que:

[...] a parte não é obrigada a submeter-se ao exame, nem que tal fato gere presunção absoluta de paternidade ou maternidade. A solução mais razoável diante da negativa, seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, é o da inversão do ônus da prova. O investigando que se recusa a participar do exame hematológico assume o dever de provar a exclusão de sua paternidade ou maternidade. (NADER, 2009, p. 298)

Observa-se que verificada a recusa, à realização do exame de DNA, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 557365/RO, 3ª Turma, de relatoria da ministra Nancy Andrighi (2005) é no sentido de que:

[...] Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de um relacionamento amoroso à época da concepção, ou ao menos, a existência de um relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples ‘ficar’, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual.

Ainda se faz necessário demonstrar que, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 368) “a recusa pode ser interpretada desfavoravelmente, jamais traduzida em prova cabal, ou confissão, tendo em vista que a perícia hematológica é apenas uma prova complementar, e não o fundamento da sentença”.

Os artigos 231, 232, do novo Código Civil e o artigo 334, inciso IV, do Código de Processo Civil, prescrevem:

Art.231 Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232 A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Art. 334 Não dependem de provas os fatos [...]

IV- em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Esses dispositivos, se analisados conjuntamente, na ação investigatória de paternidade em que o suposto pai se recusa a realizar o teste de DNA, levam à conclusão de que a simples recusa é suficiente para demonstrar a presunção da paternidade.

Neste âmbito é relevante o seguinte entendimento de Marcos Vinicius Silva Martins:

[...] o Novo Código Civil vem sintetizar os avanços jurisprudenciais, [...] no sentido de que a parte que se recusa imotivadamente a se submeter à perícia médica deve ter contra si o peso da presunção daquilo que o exame pericial poderia provar. A par de outras repercussões em esferas jurídicas distintas, sem dúvida haverá grande

ressonância no campo das ações judiciais que questionam a paternidade, onde o exame de DNA se tornou a prova máxima e decisiva. (2003)

Entretanto, mesmo que seja presumida a paternidade pela recusa à realização do exame de DNA, deve-se observar que essa presunção é relativa e não absoluta. A presunção da paternidade deverá ser analisada não só pela recusa do pai a se submeter ao exame, mas também pelo conjunto probatório.

Segundo, Larissa Bezerra (2009) o direito ao silêncio que o suposto pai tem na ação de investigação de paternidade, utilizado muitas vezes para justificar a recusa ao referido exame, não pode prejudicar o direito do investigante e nem das outras pessoas interessadas. Por outro lado não pode o uso do exame de DNA ser discriminado, pois nessa ação há dois conflitos de interesses, mais precisamente conflitos de princípios constitucionais, tanto o do menor que tem o direito de ter um pai, direito este personalíssimo, quanto o do suposto pai em ter seus direitos intangíveis. É justificável o que dispõe a súmula 301, do STJ, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente visa priorizar o melhor interesse do menor, protegendo dessa forma o bem maior, inclusive a coletividade que também é parte interessada.

Sob a ótica dos conflitos que envolvem os princípios constitucionais, garantidos tanto ao menor quanto ao investigado, a recusa à realização do teste de DNA mostra que os direitos concernentes à filiação, garantidos constitucionalmente, devem ser priorizados, dessa forma não se exclui o direito do investigado apenas coloca-se com prioridade os direitos do melhor interesse do menor, parte autora na ação.

Nesse sentido e em relação à recusa à realização do exame de DNA, que leva à presunção de paternidade, interessante expor o seguinte entendimento:

[...] decisão entendendo a não-obrigatoriedade de sujeitar-se à coleta de sangue, para o exame de DNA, traria conflito entre o direito da identidade genética e à investigação de paternidade da criança e o direito à privacidade e à intangibilidade corporal do suposto pai e, além disso, a Constituição Federal, no artigo 227, exige que o Estado garanta a criança o direito à convivência familiar, que se dá na bilateralidade maternidade/paternidade. Daí os efeitos pessoais e patrimoniais da confissão ficta; quem não deve, não perderá a oportunidade de provar que não é pai. (DINIZ, 2002 *apud* BEZERRA, 2009, p. 18)

A Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992 regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e traz em seu artigo 2-A, parágrafo único a seguinte redação:

Art. 2-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.

Diante do que expõe o dispositivo acima citado, observa-se que a presunção de paternidade, diante da recusa à realização do exame de DNA, é relativa e não absoluta. Tem-se como presunção relativa, pois este exame genético não deve ser considerado como o único meio capaz de provar uma relação de parentesco tão íntima como a filiação, apesar de trazer um elevado grau de certeza. Consequentemente, do contrário, a simples recusa do suposto pai em realizar o teste traria a absoluta certeza de que ele é o verdadeiro pai.

Em vista disso, devem ser observadas as relações socioafetivas que envolvem as partes na ação de investigação de paternidade, o contexto sob o qual os indivíduos vivem, além das mudanças que ocorrem nos tempos atuais, a efemeridade das relações afetivas, os sentimentos e acima de tudo os direitos aos quais as partes envolvidas fazem jus na referida ação.

Não basta apenas que o investigado recuse a se submeter ao exame de DNA para que seja presumida a paternidade, é necessário que a análise do contexto probatório apresente fatos suficientes para que reste comprovada a paternidade do suposto pai. As provas documentais e testemunhais, não perdem importância nas ações de investigação de paternidade com o advento do exame de DNA, ao contrário, devem ser produzidas, por ambas as partes, porque amparam os fatos constitutivos do direito do autor e norteiam o objetivo perseguido pelo réu em sua defesa, dando ao julgador, subsídios para uma decisão mais concisa e segura e consequentemente uma maior aproximação da verdade real.

Ademais, a presunção que existe nos casos de recusa é relativa, ou seja, admite prova em contrário até quando não for contraditada por outra prova, portanto quando se presume a paternidade não há que se falar em sobreposição de valores ou de interesses. Nesse caso há conflito de interesses tanto da parte autora, em ver revelado a sua origem, sua verdadeira paternidade, como da parte ré, que alega interesse individual da parte em ver

resguardada a intimidade, além da proteção à sua inviolabilidade corporal, bem como o direito de não produzir provas contra si, dessa forma são analisadas todas as provas colhidas no decorrer do processo de investigação para que se conclua, diante da recusa, se é verdadeira ou não a paternidade.

A negação para a realização do teste de DNA e conseqüentemente a presunção relativa da paternidade faz com que, conforme expõe Fernanda Fetzner (2010), o melhor interesse do menor e o direito deste à paternidade tenham uma maior proteção no ordenamento jurídico, entretanto a verdade da paternidade não pode ser substituída por uma mera presunção frente à negativa do investigado.

Quando os conflitos de interesses são levados ao judiciário para a busca de uma solução sempre existe a possibilidade de que alguns direitos sejam analisados com maior relevância do que outros direitos, entretanto sempre devem sopesados à luz do caso concreto, das provas obtidas no processo e principalmente à luz da Constituição Federal, além da legislação infraconstitucional.

A relatividade da presunção deve ser vista segundo preleciona Marcos Vinicius da Silva Martins:

[...] muito embora o interesse da enorme maioria das partes que se recusam a se submeter ao exame seja evitar a prova a que o exame visa, também há casos de recusas legítimas, amparadas por uma situação fática que, por si só, já aponta de modo determinante em uma direção, ou quiçá por uma preocupação real da parte de resguardar sua intimidade, em casos de doenças congêneres, por exemplo. Por outro lado, devemos ressaltar, em uma interpretação gramatical do texto da lei, que o artigo 232 fala que a recusa poderá suprir a prova. Essa expressão "poderá" abre a possibilidade de que aquele que se recusou ao exame prove consistentemente, por outros meios, que a presunção firmada é errônea. Assim, será o julgador que, com base na situação fática levada aos autos, deverá decidir se a presunção firmada pelos dispositivos do Novo Código Civil merece ou não sobreviver. (2003)

Atualmente, as ações de investigação de paternidade se apóiam seguramente nos resultados dos exames de DNA para confirmarem a paternidade, deixando de lado a importância e a força que os outros meios de provas têm.

É de grande relevância o seguinte entendimento:

[...] os julgamentos estavam valendo-se da presunção pela recusa para dar celeridade aos processos de investigação de paternidade. Era preciso haver um mínimo de

prova para aquele que se recusou a fazer o DNA ser presumido pai da criança, bem como testemunhas de que a mãe da criança teve algum tipo de ligação com o suposto pai, fotografias, correspondências ou e-mails. Enfim, algo que indicasse que o réu poderia, de fato, ser o pai da criança. (MURANO *apud* FETZNER, 2010)

Deste modo é certo que, se não houvesse a recusa por parte do suposto pai em realizar o exame genético, seria muito mais fácil chegar a uma conclusão próxima da verdade real e biológica no tocante à paternidade impugnada. Porém nem sempre isso acontece e quando há negativa para a efetivação do exame de DNA não se deve simplesmente tê-la como único meio para provar e decidir um processo de investigação de paternidade que envolve direitos personalíssimos conflitantes. É necessário que o julgador faça um sopesamento dos direitos e valores envolvidos, sempre à luz da Lei Maior e das provas colhidas, sendo estas de grande relevância.

2.3 Relativização da coisa julgada na investigação de paternidade

Na ação de investigação de paternidade, conforme ensina Sílvio Venosa a sentença tem eficácia declaratória, pois declara uma situação preexistente, qual seja o nascimento, além de ter efeitos *erga omnes*, ou seja, contra todos (2011).

A coisa julgada tem seu conceito no artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que dispõe: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.” Assim, assegura a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e a segurança jurídica das sentenças que são proferidas nos processos judiciais.

Há que se falar, na legislação pátria, em coisa julgada material e coisa julgada formal, conforme Paulo Nader: “A primeira não pode ser objeto de nova apreciação judicial, enquanto à segunda é vedada a rediscussão da matéria no mesmo processo.” (2010, p. 299). Portanto, de uma forma geral, com a coisa julgada material não se pode entrar com nova ação sobre o mesmo objeto, já com a coisa julgada formal pode ser discutida a matéria julgada, desde que seja interposta uma nova ação.

Antes do surgimento do exame de DNA as ações de investigação de paternidade eram julgadas e fundamentadas nas provas testemunhais e documentais que

estavam à disposição do julgador, entretanto o grau de certeza, quase que absoluto, que esse exame genético traz, fez com que surgissem novas ações tentando novas sentenças sempre em busca da verdade real.

Nesse sentido, importante expor o entendimento de Paulo Nader, que afirma: “No conflito entre os valores tutelados pela Constituição Federal haverá de prevalecer, de acordo com o *princípio da razoabilidade*, o de maior importância para a pessoa humana, inequivocamente, *in casu*, o respeito ao direito da personalidade.” (2010, p. 301)

Apesar de existir na doutrina atual aqueles que defendem a relevância da dignidade da pessoa humana, que os direitos personalíssimos de determinado indivíduo devem se sobrepor às meras formalidades que o processo judicial exige, confirmando assim, a possibilidade da relativização da coisa julgada nos processos investigatórios, existem aqueles que defendem em primeiro lugar a segurança jurídica que a coisa julgada traz, defendem dessa forma o que dispõe o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Importante é a análise da relativização da coisa julgada nas ações de estado, pois se coloca em questão fundamentos que são capazes de alterar a decisão, anteriormente acobertada pela intangibilidade da coisa julgada. Isso pode acontecer, pois não se tem coisa julgada material, além disso, nessas ações alguns pontos importantes são observados como “o legítimo interesse do investigante de saber a verdade sobre sua paternidade e a alegação da coisa julgada onde não existiram elementos de convicção do julgador” (PEREIRA, 2004, p. 372). Nesses casos em que há o conflito entre o direito da criança em ter um pai e elementos insuficientes para que provem a paternidade, deve-se observar que a sentença, da ação investigatória, não será abarcada pelo manto da coisa julgada material, já que se trata de ação que envolve o estado da pessoa, no caso, da criança.

É relevante ressaltar, que ao mesmo tempo em que se deve considerar a segurança jurídica das decisões, que transitaram em julgado e fizeram coisa julgada, devem-se observar também as ações que tratam do estado da pessoa. Deste modo, segundo Sílvio Venosa, nas ações de estado o que se analisa em primeiro plano é o valor da justiça acima da segurança jurídica, há que se levarem em conta as particularidades do direito de família e os avanços científicos que trazem uma maior probabilidade de certeza nas decisões (2011).

Nesse sentido, não tem a coisa julgada, nas ações de investigação de paternidade, um valor absoluto. Ainda consoante Sílvio Venosa:

Não há como se impingir à sociedade e a alguém uma paternidade irreal, se lastreada em coisa julgada questionável por meio dos nossos instrumentos probatórios disponíveis. A verdade real axiológica suplanta, nesse campo, os estritos limites tradicionais das regras de processo, que nem mesmo a elasticidade da ação rescisória pode resolver. (2011, p. 268)

Por ser relativizada a coisa julgada, há possibilidade de se intentar ação rescisória nos casos em que não foi realizado o exame de DNA, entretanto deve ser observado o prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença, conforme o artigo 485, do Código de Processo Civil. Nessa linha de pensamento é valioso o seguinte entendimento:

[...] não se pode acobertar com o manto de coisa julgada ações nas quais não foram exauridos todos os meios de provas, inclusive científicos (como o DNA), seja por falta de condições das partes interessadas, por incúria dos advogados, por inércia do Estado-Juiz. Em outras palavras não faz coisa material a decisão judicial em ações filiatórias nas quais não se produziu a pesquisa genética adequada, seja por que motivo for. (FARIAS *apud* PEREIRA, 2004, p. 375)

Nas ações de investigação de paternidade direitos personalíssimos estão em conflitos, portanto princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, do direito à identidade social, direito à paternidade, direito à filiação, entre outros, não podem ser colocados à margem, havendo a sobreposição dos direitos que a coisa julgada abarca, qual seja, o da segurança jurídica. Os direitos inerentes ao ser humano não devem ser relativizados quando conflita com princípios processuais. Resta claro que os direitos personalíssimos são de maior valor quando está em confronto com meros procedimentos inerentes ao julgamento de determinada ação. Há nesse caso a prevalência do direito real sobre o direito formal.

Conforme entendimento de Cristiane de Souza Bortolotto, com a relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade, protege-se um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o que faz com que o Estado Democrático de Direito possa se estabelecer (2005).

2.4 O papel do Ministério Público

Nas ações de investigação de paternidade o Ministério Público pode atuar como legítimo ativo. Consoante Rizzardo:

A hipótese acontece quando a mãe efetua o registro do filho, sem o comparecimento do pai, cabendo, então, ao oficial do registro civil colher, junto a ela, dados referentes à identificação do pai, e remetê-los, com cópia da certidão do registro de nascimento, ao juiz diretor do foro, ou da vara de registros públicos, onde houver. (2004, p. 459)

É o que propõe o artigo 2º, da Lei 8560 de 1992 que dispõe:

Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

A legitimidade do Ministério Público nas ações de investigação de paternidade é extraordinária (substituto processual), uma vez que essa ação é personalíssima, indisponível, entretanto é dada ao Ministério Público a possibilidade de atuar como autor. Afirma Carlos Roberto Gonçalves que essa legitimidade extraordinária se dá “em defesa dos interesses do investigando” (2010, p. 341). Nesse âmbito, proposta a ação investigatória pelo Ministério Público, poderão os interessados pedir seu ingresso como assistentes litisconsorciais, já que apresentam interesse direto com o objeto da ação, qual seja a investigação da paternidade.

A fundamentação para considerar legítima a atuação do Ministério Público nas ações investigatória encontra respaldo nos artigos 6º, do Código de Processo Civil, que prescreve: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”, no artigo 81 do mesmo código: “O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.”, além do artigo 127, da Constituição Federal, que diz: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa

da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Aduz ainda o parágrafo 4º, do artigo 2º, da Lei 8560/92, no que se refere ao procedimento em que o *Parquet* é legitimado para propor a ação, no reconhecimento extrajudicial:

Art. 2º [...] § 4º Se o suposto pai não atender no prazo de 30 (trinta) dias a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

Em relação ao procedimento oficioso, segundo Sílvio Venosa: “Se o Ministério Público tiver elementos suficientes, deverá propor a ação.” (2011, p. 265). Portanto, diante de todos os dispositivos acima expostos observa-se que a legitimidade extraordinária conferida ao *Parquet*, como substituo processual é legal, uma vez que encontra respaldo nas legislações infraconstitucionais e principalmente na Constituição Federal, sempre em defesa do melhor interesse da criança e do adolescente.

3 DIREITO À PATERNIDADE

O direito à paternidade encontra respaldo na legislação infraconstitucional, mais precisamente no artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que preceitua: “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.”

A paternidade é um direito da personalidade, ou seja, é direito inerente a qualquer pessoa, dessa forma não prescreve nem se pode dispor desse direito. Uma vez filho nunca deixará de ser, portanto se não for proposta enquanto vivo o suposto pai, poderá haver a propositura da ação de investigação de paternidade contra os herdeiros daquele, principalmente para efeitos sucessórios.

Em relação à imprescritibilidade do reconhecimento do estado de filiação, dispõe a súmula 149, do Supremo Tribunal Federal que prescreve: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”

O direito à paternidade está ligado à ideia de que todo pai tem o direito, apesar de em muitos casos ser considerado como um dever, de reconhecer o seu filho e, conseqüentemente, sustentá-lo, educá-lo, dar uma proteção e amparo não só financeiro, mas acima de tudo um amparo afetivo. Quando se reconhece a paternidade, ou seja, quando de efetiva esse direito à paternidade muitos problemas vão deixando de existir. Esses problemas não são apenas sociais, mas também problemas que atingem a criança, quando, por exemplo, não tem o reconhecimento do seu verdadeiro pai.

A paternidade relação de parentesco que está intimamente ligada à filiação, não é apenas aquela relação advém dos dados genéticos, mas também é aquela relação que decorre da socioafetividade, da afinidade que determinado indivíduo tem com outra pessoa, tendo este como um pai. Nesse sentido importante destacar:

[...] paternidade é uma função exercida, ou, um lugar ocupado por alguém que não é necessariamente o pai biológico. Neste sentido, o lugar de pai pode ser ocupado por outra pessoa como o irmão mais velho, o avô, o namorado etc. Isto não significa que a paternidade biológica não deve mais ser considerada pelo Direito. Ao contrário, o laço biológico foi e continuará sendo, no campo jurídico, fonte de responsabilidade civil, especialmente para fins de alimentos e sucessão hereditária. [...] Um pai, mesmo biológico, se não adotar seu filho, jamais será o pai. Por isto podemos dizer

que a verdadeira paternidade é adotiva e está ligada à função, escolha, enfim, ao Desejo (PEREIRA, 2002).

A paternidade deve ser vista não só pelo sentido da genética, ou seja, pai não é apenas o biológico, mas é principalmente aquele, que educa, que tem participação na vida do filho, que o sustenta seja material ou afetivamente, aquele que empresta o seu nome para interferir e interditar a relação que se estabelece entre a mãe e o filho.

Portanto, é com a efetivação do direito à paternidade, ou seja, com o direito que todo pai tem de ter um filho reconhecido e de conseqüentemente ampará-lo, que se efetiva também os direitos personalíssimos.

3.1 Efeitos do reconhecimento dos filhos

Segundo Paulo Nader “Com o reconhecimento de paternidade *lato sensu*, estabelecem-se relações jurídicas entre o progenitor e o filho, bem como entre este e os novos parentes próximos.” (2009, p. 291)

Ainda consoante o referido autor, essas relações jurídicas que decorrem do ato do reconhecimento “seria o fato natural da paternidade, e o reconhecimento seria a prova do acontecimento fático.” (NADER, 2009, p. 290)

O ato de reconhecimento dos filhos, como já exposto em capítulo anterior, tem efeitos *erga omnes*, ou seja, contra todos, além disso, também apresenta efeito declaratório. Há ainda efeitos de cunho pessoal e patrimonial.

A identificação da paternidade ainda apresenta efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*. Desse modo, a partir da declaração da paternidade as conseqüências advêm não apenas a partir da data do ato do reconhecimento, mas também desde o dia do nascimento, mais precisamente, da concepção, pois é assegurado na legislação pátria o direito ao nascituro. Entretanto, segundo entende Caio Mário, esses efeitos encontram limites, assim devem ser respeitadas as situações jurídicas constituídas definitivamente (2004).

Importante ressaltar que esses efeitos existem a partir do reconhecimento tanto voluntário ou espontâneo, como no reconhecimento judicial. No que tange ao reconhecimento judicial necessário se faz expor o que dispõe o artigo 1616, do atual Código Civil: “Art. 1616

A sentença que julgar procedente a ação de investigação de paternidade produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento [...]"

Ainda sobre o assunto em comento, inclusive sobre os efeitos pessoais que o reconhecimento da paternidade pode atingir, destaca-se o que prescreve os artigos 1611 e 1612, do Novo Código Civil:

Art. 1611 O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Art. 1612 O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos os reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

Com a leitura dos artigos acima citados tem-se que “ao filho nascido fora do casamento são atribuídos direitos, faculdades e deveres de ordem pessoal e patrimonial.” (PEREIRA, 2004, p. 353)

Resta evidenciado, que apesar dos efeitos conferirem faculdades, direitos e deveres aos filhos, o princípio do melhor interesse da criança sempre deve ser posto como um objetivo a ser atingido e nunca deixado à margem.

No que tange ao poder familiar e a guarda do menor, abarcada no artigo 1612, já citado anteriormente, há o sábio entendimento doutrinário:

[...] O pátrio poder, hoje denominado poder familiar, não se confunde com a guarda do menor: o juiz pode, se achar melhor, conferir a guarda da criança a um dos pais e deferir o pátrio poder ao outro, embora não seja uma solução conveniente, na maioria das vezes. (RODRIGUES, 1999 *apud* VENOSA, 2010, p. 271)

Decorre ainda do ato de reconhecer a paternidade (judicial ou voluntariamente) o dever de alimentar, àquele que realizou tal ato, se for constatada a impossibilidade de o filho prover a sua sobrevivência. Isto decorre do poder familiar, ou seja, se o filho que foi reconhecido como tal, for menor, passará o pai a exercer os deveres que decorrem do poder familiar, assim como também terá os direitos inerentes a ele.

No que tange aos efeitos patrimoniais, em relação aos direito hereditários, afirma Caio Mário da Silva Pereira:

Aberta a sucessão, atende ele à vocação na classe dos descendentes e na qualidade de herdeiro necessário: antecede aos demais sucessores, e obsta a que o pai ou a mãe disponha dos bens por testamento ou doação; sem lhe rejeitar a “legítima”. (2004, p. 355)

Ainda segundo o referido autor tem-se que o reconhecimento possui alguns atributos tais como: irrevogabilidade, anulabilidade, validade *erga omnes*, indivisibilidade, incondicionabilidade, retroatividade.

Outro efeito que decorre do reconhecimento da paternidade atinge o nome do filho reconhecido, conforme Caio Mário, tem este o direito de ter o sobrenome dos pais no registro de nascimento, independentemente da origem da concepção, isso é consequência dos princípios da equiparação dos filhos e não-discriminação (2004).

3.2 O direito à filiação e o direito da personalidade enquanto direitos fundamentais

Os direitos fundamentais conforme José Afonso da Silva, em sua definição:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas; no qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados; é a limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem. (2008, p. 14)

São os direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, explícita ou implicitamente, que efetivam a solução dos conflitos levados ao judiciário. Norteiam os magistrados quando se deparam com interesses conflitantes, fazendo com que sob a análise do caso concreto, aliado às provas obtidas nos autos e à luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, se chegue a uma conclusão que garanta a harmonização dos respectivos direitos fundamentais garantidos às partes envolvidas. Essa conclusão harmoniosa, que se

concretiza através da sentença, deve sempre ser pautada na dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

No que se refere aos direitos da personalidade Carlos Alberto Bittar entende que estes são:

[...] os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos. (1995, p. 01).

Define Francisco Amaral, "direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual" (2001, p. 243). Esses direitos da personalidade são inerentes ao homem desde o seu nascimento, ou seja, basta nascer para adquirir esses direitos. São ainda direitos absolutos, com efeitos *erga omnes*, ou seja, contra todos.

Dentro deste contexto, artigo 11, do Código Civil de 2002 prescreve: “Com exceção dos casos prescritos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” São alguns dos direitos da personalidade os elencados no inciso X, do artigo 5º, da Carta Constitucional, que dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

No que tange à filiação, tema abordado em capítulo anterior, observa-se que “é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado.” (RODRIGUES *apud* GONÇALVES, 2010, p. 304). Nesse sentido, como a filiação envolve o estado de um determinado indivíduo, mais precisamente sua origem biológica e também afetiva, concretizando-se a partir da declaração de uma pessoa como pai de outra, está claro que esse direito de filiação é um direito personalíssimo. Isso se dá, pelo fato de que, a partir do momento em que o estado de uma pessoa está sendo discutido, estão também envolvendo seus direitos pessoais, seus direitos da personalidade, inerentes a ela desde o seu nascimento.

Portanto, no âmbito da ação de investigação de paternidade, observa-se que o direito de ter um pai ou uma mãe, ou direto à filiação, é direito da personalidade, imprescritível e indisponível, pois envolve o estado de uma determinada pessoa, mais

precisamente de uma criança, que acima de tudo, possui direitos a serem resguardados pela legislação pátria.

No que se refere aos direitos fundamentais “há de se considerá-los como prerrogativas que o indivíduo tem em face do Estado, constituindo-se numa inibição do poder estatal, que não os pode desrespeitar, devido à sua própria natureza.” (BASTOS *apud* ELIAS, 2009, p. 07). Este mesmo autor, ainda afirma que: “Do ponto de vista do direito privado, tais direitos são considerados como da personalidade” (2009, p. 07). Portanto, os direitos fundamentais, conferidos a todos os homens, se consideram, no campo do direito privado, em direitos personalíssimos, deste modo tanto os direitos fundamentais, quanto os direitos personalíssimos não podem ser violados, uma vez que advêm da Constituição Federal.

Ainda em relação aos direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais preleciona o referido autor, que aqueles:

São essenciais ao homem, porque sem eles não é possível integrar uma personalidade humana ou desenvolver sua potencialidade normal mínima. São, por isso, inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, São direitos absolutos, oponíveis a todos, que os devem respeitar, extinguindo-se somente com a morte. (MORAES *apud* ELIAS, 2009, p. 07)

Infere-se, portanto, que tanto o direito à filiação, quanto os direitos da personalidade são direitos fundamentais, principalmente quando esses direitos são discutidos em ações de estado (ação de investigação de paternidade, por exemplo), pois envolve a vida, a origem biológica de determinado indivíduo. Assim, nessas ações, os direitos inerentes ao ser humano devem ser observados sempre à luz da dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional pátrio.

3.3 A ponderação do direito personalíssimo da criança e do suposto pai na Ação de Investigação de Paternidade

Nas ações de investigação de paternidade há conflitos de interesses e de direitos garantidos constitucionalmente. Esses direitos envolvem tanto o da criança em ver reconhecido seu direito à filiação, ou seja, de ver declarado sua origem biológica, quanto o do

suposto pai, no que tange aos direitos fundamentais, o sacrifício que se impõe a ele, ou seja, os princípios que garantem a recusa ao teste genético.

O suposto pai, impugnado na ação investigatória, em sua fase probatória, demonstra que não é o pai da criança, investigante. Nesse âmbito,

Tem o Réu da demanda a garantia constitucional da ampla defesa, não podendo ser obrigado a produzir prova contra si próprio, consagrado como princípio da inocência. Como a prova cabe a quem alega o fato, *onus probandi*, o autor terá que provar o parentesco, com ou sem a colaboração do réu para obter a procedência do pedido, por ser direito indisponível, produzindo provas da exclusividade de sua genitora à época da concepção e do relacionamento amoroso entre ela e o réu, quando este se recusa a fazer voluntariamente o exame de DNA. (NOGUEIRA *apud* SCHONBLUM, p. 11)

Muitas vezes, há a recusa do investigado em realizar o teste genético, o que leva à presunção relativa da paternidade, conforme o disposto na súmula 301, do STJ. Importante salientar que, aquele que se nega a realizar o teste de DNA alega a violação à intimidade, o direito de não produzir provas contra si mesmo, afronta à dignidade pessoal, a falta de disposição legal à obrigação da realização do exame, entre outros direitos, muitos deles garantidos constitucionalmente.

Dentre estes direitos alegados para fundamentar a recusa, está o inculpido no inciso II, artigo 5º, da Constituição Federal que prescreve: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Este direito fundamental, já que se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, leva à conclusão de que, nenhuma norma pátria obriga o investigado, suposto pai, a realizar o exame de DNA. Entretanto, dispõe o artigo 339, do CPC: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.” Dessa forma, apesar de não haver obrigação para se realizar o exame de DNA, todos devem colaborar com a busca da verdade e consequentemente da justiça, principalmente quando se trata de ações de estado, que envolvem direitos personalíssimos.

Como já abordado em capítulo anterior, não é só a recusa que deve levar à presunção relativa da paternidade, mas todo o conjunto probatório realizado no curso do processo. A negativa em realizar o referido exame deve ser analisada em cada caso, pelo fato de que, em cada ação há situações diferentes, partes distintas. Portanto, a fundamentação da recusa ao teste de DNA, pode ser legal ou simplesmente procrastinatória.

No que se refere ao conflito travado entre os direitos da criança à filiação com os direitos que garantem a recusa ao exame genético, nas ações de investigação, interessante demonstrar o pensamento de Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum:

Trata-se de confrontar e averiguar prevalência ou preponderância entre os princípios que, [...] não encontra dificuldade pelo fato de a própria Constituição ter disposto, no *caput* do art. 227, sobre a “absoluta prioridade”, conduzindo à idéia de que o interesse da criança prevalece sobre os demais. (p. 13)

Assim dispõe o artigo 227 da Carta Magna:

Art. 227 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.

O direito a ter um pai, é direito personalíssimo e prevalece sobre os direitos que protegem a recusa à submissão do exame de DNA, pois é garantida àquele direito, absoluta prioridade, pelo que demonstra o citado artigo 227, da Constituição. Dessa forma, a busca pela verdade real, em relação à paternidade de um indivíduo, é valor que se sobrepõe aos direitos que baseiam a recusa ao teste genético.

O que se observa é que tanto o direito do suposto pai, quanto o direito da criança é garantido pela Constituição Federal, estes são direitos personalíssimos, inerentes a cada indivíduo, indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis. Portanto, nesses casos, o magistrado sempre à luz da Lei Maior, do caso concreto e das regras de valoração e julgamento, deve realizar a ponderação dos direitos conflitantes.

Essa ponderação de interesses, e conseqüentemente o sopesamento de valores deve existir, desde que não viole a lei, nem retire a eficácia do conteúdo de determinado princípio ou valor. Necessário demonstrar que a ponderação deve buscar uma justa conclusão, sempre à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, princípios constitucionais implícitos.

Nesse âmbito, consoante Roberto João Elias, em seus comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente e relação ao artigo 6º, prescreve: “[...] há de se atentar, especialmente, à condição peculiar da criança e do adolescente, tendo em vista o objetivo de dar-lhes integral proteção.” (2009, p. 07)

O referido autor ainda expõe:

Há de se ter em consideração que a criança e o adolescente são sujeitos especiais de direito e, destarte, todas as decisões devem direcionar-se à sua proteção integral. Os direitos dos pais, do tutor ou do guardião devem vir em segundo lugar. Enfim, deve-se observar o melhor interesse do menor, em cada ocasião, embora não se deva julgar *contra legem*. (ELIAS, 2009, p. 08)

Quando o magistrado declara a paternidade apenas pela negação à submissão do exame, viola princípios e direitos personalíssimos, amparados pela Carta Magna, pois o investigador, parte autora, nem demonstrou um mínimo que seja de veracidade e coerência em suas alegações. Nesse caso, apenas a negativa não é suficiente para a declaração da verdade real da paternidade. Logo, segundo Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum, o teste de DNA não pode ser compreendido como o único meio para comprovar a real paternidade, não pode ser imposto como o conjunto probatório em si, pois antes da existência da realização deste exame as decisões, das ações investigatórias, fundamentavam-se em todo conjunto de provas obtidas no processo.

Segundo Arnaldo Rizzardo:

A prova técnica presentemente, em vista da evolução da ciência, vai adquirindo preponderância frente a outros tipos. Isto, no entanto, não desmerece os elementos indiciários e a inquirição das testemunhas, que apresentam-se suficientes em certos casos. (2004, p. 475)

Ainda nesse contexto, insta salientar o seguinte entendimento: “[...] deve ser garantido aos litigantes o contraditório pleno para cognição profunda do magistrado, sobre a existência ou não, do fato gerador da pretensão deduzida em juízo, o que somente ocorrerá com a mais ampla dilação probatória.” (SCHONBLUM, p. 11). Portanto, apesar de não haver obrigatoriedade para a realização do teste de DNA, àquele que se recusa à realização de tal

exame, e não sendo presumida absolutamente a paternidade quando há negativa, não pode o juiz obrigar o suposto pai a realizar o teste, tendo em vista que este possui direitos garantidos constitucionalmente, que não podem ser violados. Entretanto, a negativa se mostra como um forte elemento para a formação da convicção do juiz.

Além disso, se houve recusa, deve o juiz, em vista do melhor interesse da criança e dos direitos personalíssimos que a envolvem, analisar todo o conjunto de provas que lhe são disponíveis para que julgue a ação com a maior probabilidade de se chegar a uma justa conclusão, à verdade real, sempre à luz da Constituição Federal e da ponderação dos valores.

Importante lembrar, que conforme João Roberto Elias, os direitos da criança devem ser vistos de uma forma especial, tendo em vista o objetivo de lhes dar proteção integral (2009). Assim, com a ponderação dos direitos e interesses conflitantes, deve-se observar que o direito à filiação tem muito mais importância que os direitos que fundamentam a recusa ao exame genético, entretanto todos esses interesses devem ser analisados sob os princípios constitucionais, como já exposto anteriormente. O fundamental, consoante Paulo Nader “é a manifestação de propósito do filho em ver afirmada a sua paternidade.” (2009, p. 296).

A família, célula mãe da sociedade e objetivo principal do investigante, mais precisamente da criança, não deve ser criada e nem destruída por uma simples decisão que envolve procedimentos judiciais, formais. Não tem a lei o poder de criar o afeto, a atenção de um pai para um filho. O principal objetivo que deve ser perseguido é a garantia da efetivação dos direitos inerentes a cada indivíduo, sem violações.

CONCLUSÃO

Na ação de investigação de paternidade direitos fundamentais entram em conflito, principalmente diante da recusa à realização do teste de DNA, de um lado o direito da criança em ver declarada sua paternidade, sua origem, e do outro, o direito do suposto pai em ver respaldado constitucionalmente sua negativa em realizar tal exame.

Nas ações que interferem sobre o estado da pessoa, sobretudo naquelas em que visam declarar a origem de determinado indivíduo, todos os meios de provas admitidas em direito devem ser observadas e levadas em consideração para se chegar a uma sentença justa. Isso acontece pelo fato de que a declaração de paternidade não é efêmera, ou seja, declarada a paternidade se estabelece um vínculo de parentesco entre as partes que não deixará de existir.

Apesar da admissão de vários meios de provas nas ações investigatórias, o exame de DNA é a prova que traz um resultado com quase absoluta certeza sobre a real paternidade que se investiga. Entretanto, tem o suposto pai o direito de se recusar a realizar tal exame, desde que prove durante a instrução probatória que não é o verdadeiro pai de determinado indivíduo que a impugna.

A súmula 301, do STJ, dispõe que essa recusa leva à presunção relativa da paternidade, fazendo com que seja invertido o ônus da prova. Dessa forma, é assegurado o contraditório nessas ações, fazendo com que o direito impugnado e comprovado pela criança, seja provado de forma contrária pelo investigado que se nega a realizar o exame genético.

Todavia, o parágrafo único, do artigo 2-A, da Lei 8560/92, afirma que a recusa do réu gerará presunção a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. Portanto, não é só a negativa em realizar o teste genético que leva à presunção *iuris tantum*, deve-se levar em conta todas as provas obtidas no processo, já que o exame de DNA não pode ser compreendido como o único meio para comprovar a real paternidade, ou seja, não pode ser imposto como o conjunto probatório e si.

No que tange aos conflitos de interesses envolvidos nas ações investigatórias, observa-se que direitos fundamentais e personalíssimos devem ser ponderados, de forma que, seja possível satisfazer a pretensão da parte que encontra seu direito respaldado pela legislação. Isso se concretiza a partir da aplicação dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e igualdade.

A ponderação, de direitos e valores conflitantes, deve ser realizada à luz dos princípios constitucionais, portanto o direito da criança em ter um pai se sobrepõe aos direitos

que garantem a recusa à submissão do exame genético. Aquele direito envolve o estado da pessoa, mais precisamente, sua origem genética, e não deve ser posto no mesmo nível de garantia aos direitos que protegem a inviolabilidade corporal, a intimidade, mesmo sendo estes garantidos pela Constituição Federal. Portanto, o superior interesse do filho, bem como seu direito de ver declarada sua origem genética, além do princípio da dignidade da pessoa humana, predominam nas ações investigatórias.

Importante lembrar que o direito busca sempre se adequar às mudanças inerentes à sociedade, dessa forma, se essas mesmas mudanças influenciam nas relações familiares a legislação deve segui-la. A família, base da sociedade, quando está envolvida em processos judiciais é analisada de forma cautelosa, pois há o envolvimento de interesses pessoais, afetivos, que podem mudar o modo de vida daquelas pessoas que a formam.

Nesse âmbito, o interesse da criança ganha relevância não só pelo fato de estar em formação e não poder suprir suas necessidades com autonomia, mas pelo fato de que seus direitos personalíssimos estão intimamente ligados a uma questão mais relevante, qual seja ao direito de saber e ver declarada sua verdadeira origem.

Portanto, diante dos princípios constitucionais e principalmente, de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, da dignidade da pessoa humana na ação de investigação de paternidade, observa-se que os direitos constitucionais que resguardam o direito da filiação são preponderantemente de maior valor quando está em conflito com os direitos constitucionais do suposto pai.

Apesar, do magistrado não poder em sua sentença impor o afeto, que decorre da paternidade, deve sempre observar o melhor interesse da criança, pois o objetivo do direito nesses casos é assegurar a todas as partes um amparo legal com justo julgamento e isso só acontece quando se sobrepõe o interesse do menor em ter um pai. O direito de ter um pai é personalíssimo, inerente a qualquer indivíduo e não pode ser frustrado diante dos direitos que resguardam os interesses do suposto pai na ação investigatória.

REFERÊNCIAS

A prova na investigação de paternidade. 2007. Disponível em: <<http://www.jurua.com.br/entrevistas3.asp?id=33>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

Agora é lei: recusa em fazer teste de DNA presume paternidade. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93003>. Acesso em: 05 jun. 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEZERRA, Larissa Cavalcanti. **Ação de investigação de paternidade e o direito personalíssimo da criança em confronto com o direito do suposto pai.** 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2534>. Acesso em: 05 jun. 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BORTOLOTTO, Cristiane de Souza Rodrigues. **O Exame de DNA e sua Influência nas Ações de Investigação de Paternidade.** Direito & Justiça. 2005. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/570/400>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.** Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Brasília, DF, 29 dez. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em: 05 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 557365/RO (2003/0105996-8). Relator: Min. Nancy Andrighi. 07 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/32574672/djmt-24-11-2011-pg-398>. Acesso em: 10 nov. 2012.

CASTELO, Fernando Alcântara. **A igualdade jurídica entre os filhos: reflexo da constitucionalização do direito de família.** 2011. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/a.igualdade.juridica.entre.os.filhos.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **O direito dos filhos a seus pais.** Teresina: Jus Navigandi. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22355>>. Acesso em: 26 set. 2012.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FETZNER, Fernanda. **Investigação de paternidade: presunção relativa em caso de negativa à perícia em DNA**. 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/fernand_a_fetzner.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2012.

Filiação. 2010. Disponível em: <http://abadireitodefamilia.blogspot.com.br/2010/04/filiacao_21.html> Acesso em: 06 jun. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNIOR, Mauro Nicolau. **Investigação de paternidade procedente – coisa julgada material – prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade – exame de DNA negativo. Qual prevalece?**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1203412/negatoria-paternidade.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF, 2, 2004, Distrito Federal: **Anais**. Distrito Federal. 2004. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

MARTINS, Marcus Vinícius Silva. **Recusa à submissão a exame de DNA em processos de investigação de paternidade**. Teresina, ano 8, n. 64, 01 abr. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3987>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

MARQUES, Roberto Lins. **Considerações sobre um desconhecido direito de família e as dificuldades do advogado familiarista**. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13927/consideracoes-sobre-um-desconhecido-direito-de-familia-e-as-dificuldades-do-advogado-familiarista/3>>. Acesso em: 07 nov. 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NÓBREGA, Airton Rocha. **Das relações de parentesco do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento.** Disponível em: <<http://www.anobrega.adv.br/artepublicacoes/artigospdf/Do%20Reconhecimento%20de%20Filhos%20Havidos%20Fora%20do%20Casamento.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

OLIVEIRA, Cristina de Araújo; LIRA, Daniel Ferreira de. **Ação de investigação de paternidade e ação de investigação de ascendência genética:** aspectos materiais e processuais. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11622>. Acesso em: 08 nov. 2012.

PENHA, Juliana Alvarez. **Atuação do Ministério Público no reconhecimento da paternidade de crianças e adolescentes.** São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/825/802>>. Acesso em: 09 nov. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família:** uma abordagem psicanalítica, 2. ed. Belo horizonte. Del Rey, 2003. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=HwhAx1SKgxAC&pg=PA121&lpg=PA121&dq=VILLELA,+Jo%C3%A3o+Baptista.+A+desbiologiza%C3%A7%C3%A3o+da+paternidade.+Revista+da+Faculdade+de+Direito+da+UFMG.+Belo+Horizonte,+ano+XXVII,+n.+21,+1979&source=bl&ots=cUwctm0Xlz&sig=zZLTfc0WjSMA01XxdzyNtfX-bVs&hl=pt-BR&sa=X&ei=2ybOT_iHHYP28gS2stHfCg&ved=0CFQQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 05 jun 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Monica Pereira dos. **O Direito da filiação:** Os efeitos jurídicos decorrentes da aplicação da reprodução assistida heteróloga na vigência do casamento e após a morte do cônjuge varão. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/1_con_monica.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2012.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Exame de DNA:** faculdade ou obrigatoriedade? Indício, presunção ou prova?. Disponível em: <http://www.cgadvogados.com.br/html/downloads/Exame_de_DNA-Faculdade_ou_Obrigatoriedade_Indicio_Presuncao_ou_Prova.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 16. ed. 1998. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/4575219/Jose-Afonso-da-Silva-Direito-Constitucional>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

SOUZA, Daniela Ataíde. **O dever ético da família**. Disponível em: <<http://www.esmese.com.br/blog/artigos/487-o-dever-etico-da-familia>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ZENI, Bruna Schlindwein. **Conceituando a filiação**. 08 jun. 2010. Disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=989&Itemid=96 08/06/2010> Acesso em: 05 jun. 2012.

ANEXO A – LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-----|-------------------------------|
| CNJ | -Conselho Nacional de Justiça |
| CPC | -Código de Processo Civil |
| DNA | -Ácido Desoxirribonucléico |
| Rh | -Rhesus |
| STJ | -Superior Tribunal de Justiça |