

O DIREITO DO FILHO AO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE FRENTE À RECUSA DO SUPOSTO PAI AO EXAME DE DNA

THE RIGHT TO RECOGNITION OF THE SON OF PATERNITY IN RELATION TO THE ALLEGED FATHER REFUSES TO TAKE DNA

¹NETO, G.R.S.; ²SILVA, J. F. DA

¹Bacharel em Direito e pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil – Projuris.

²Professor Esp. das Faculdades Integradas de Ourinhos-FIO/FEMM.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a ação de investigação de paternidade, precipuamente no tocante a escusa do suposto pai ao exame de DNA. Busca-se trazer um breve conceito de família, bem como demonstrar a importância do poder familiar na vida do filho, seja ele civilmente capaz ou não. Por ser objeto desta pesquisa, fez-se um questionamento sobre a ausência do pai na vida do filho, bem como o porquê da pretensão deste em ter a paternidade daquele reconhecida. Deste modo, surge a ação de investigação de paternidade que é o meio pelo qual o filho pode exercer seu direito de filiação. A referida ação, contemporaneamente, vem ganhando enfoque devido ao exame de DNA, uma vez que tal exame tem-se mostrado imprescindível para obtenção da verdade dos fatos. Mas quanto a este procedimento surgem diversos questionamentos acerca de sua operabilidade, sobretudo no que se refere ao direito do suposto pai a não submeter-se ao exame. Diversos fundamentos para sua dissensão serão abordados, como dispositivos legais e princípios constitucionais. Por fim, pretende-se elucidar qual direito deve prevalecer, o do filho, em ter seu pai reconhecido, ou o do suposto pai, a se recusar a fazer o exame de DNA.

Palavras-chave: Direito à Filiação. Exame de DNA. Investigação de Paternidade. Poder Familiar.

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze in more detail the action of paternity, especially in regard to DNA testing. Seeks to bring a brief concept of family as well as demonstrate the importance of family power in the life of the child, whether or not capable civilly. Being the object of this research, it became a question on the absence of the father in the son's life, as well as why the claim of the child to have the paternity of his supposed father recognized. Thus arises the action of paternity that is the means by which the child can exercise his right of filiation. Such action, simultaneously, gaining focus due to the DNA test, because this test has proven essential to get the true facts. But as for this examination several questions arise about their operability, especially with regard to the right of the alleged father not to undergo the examination. Several grounds for his dissent will be addressed, as legal provisions and constitutional principles. Finally, we intend to elucidate which law should prevail, the son having recognized his father, or the alleged father refuses to do the DNA test.

Keywords: Action of Paternity; DNA Test. Entitled to filiation. Family Power.

INTRODUÇÃO

O trabalho aqui desenvolvido procura analisar o direito do filho ao reconhecimento da paternidade, diante dos motivos que podem levar o suposto pai, em uma ação investigatória, a se negar a fazer o exame de DNA.

Busca-se com esse tema demonstrar qual direito deve ser amparado, o do filho, em saber quem é seu pai biológico e, assim, ter reconhecida sua paternidade e,

consequentemente, poder usufruir de seus proveitos familiares e legais ou, o direito do suposto pai, a não se submeter ao exame.

Por sua vez, este trabalho se justifica por abranger um tema muito discutido na atualidade, porque a depender do caso concreto, a recusa ao exame de DNA pode ser razoável. E por mais que se diga que a pretensão do filho seja a mais autêntica, tendo em vista sua vulnerabilidade, não se deve, sobretudo, afirmar com tanta veemência, afinal, o direito existe para ambos, tanto para o filho, quanto para o suposto pai.

Como esboçado acima, num primeiro momento, clama-se para que se dê proteção ao filho que fora abandonado, que se desenvolveu ou se desenvolve sem saber quem é seu pai biológico, embora possa estar em outra família, inclusive, com um pai adotivo.

Importante esclarecer, que esse direito, tantas vezes dito, abrange não somente o afeto, mas também o direito de família compreendido no Código Civil, que concederá ao filho os benefícios que não pode ter, por desconhecer quem é seu pai biológico.

Por outro lado, encontra-se a figura do suposto pai, o qual se recusa a submeter-se ao exame de DNA. Muitos podem ser os seus motivos, toleráveis ou não, todavia, a abstenção ao exame é permitida, uma vez que não é obrigatório.

A súmula 301 do STJ estabelece que a recusa do pai ao exame de DNA gera presunção relativa de paternidade, ou seja, caberá ao suposto pai comprovar que não possui qualquer descendência com o filho.

Entretanto, o que se questiona sobre a presunção *juris tantum* contida no enunciado nº 301 do STJ, está relacionado à sua aplicabilidade, ou seja, a depender da situação, a recusa do suposto pai ao exame de DNA não pode ser justificável? E ainda assim, resultará em presunção relativa?

Outra questão recai sobre a inobservância de alguns princípios constitucionais, como por exemplo, o direito de não produzir provas contra si mesmo, tal princípio pode ou deve ser levado em consideração?

Outrossim, a questão problema aqui levantada engloba justamente o apontado acima. Em que pese à existência da súmula 301 do STJ, é preciso cautela. Afinal, seu enunciado deve ser interpretado em consonância com o caso concreto, levando-se em

consideração todo o Código e os princípios que lhe são subsidiários, ou apenas em decorrência da negativa ao exame?

Neste passo, em linhas gerais, busca-se aqui intercalar toda a matéria legal concernente ao tema, a fim de que se possa estabelecer um entendimento relevante e fundamentado acerca das pretensões pleiteadas pelo filho e pelo suposto pai.

MATERIAL E MÉTODOS

Para o pleno desenvolvimento deste trabalho foram consultados livros dedicados ao tema, bem como obras voltadas para assuntos correlatos. Após a coleta, foram fichados e catalogados, analisados e interpretados às luzes das teorias pertinentes. Também realizou-se pesquisa a partir de fontes eletrônicas disponíveis na Internet, como forma de complementar os materiais coletados, permitindo o confronto entre dados tradicionais e eletrônicos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O conceito de família, tradicionalmente, é tido como um grupo de pessoas (pai, mãe e filhos) unidas pelo casamento ou pela união estável. Entretanto, atualmente, já se tem uma nova concepção de família, não necessariamente esta, a tradicional, por exemplo, a união de casais homoafetivos, ou a família monoparental, contudo, tal questionamento, para este trabalho, não é pertinente.

À família é transmitido o afeto, o carinho, os sentimentos de amor, onde cada integrante tem sua obrigação como pessoa. Aos pais cabe exercer o poder familiar, assim definido como “um conjunto de regras legais concedidas aos pais para criação, orientação e proteção dos filhos, que não terminam com a separação, o divórcio ou o fim da união estável” (BERTONCINI; SAKAGUCHI, 2011, p. 123).

Logo, cabe aos pais cumprirem com seus deveres perante a sociedade, transmitindo aos seus filhos ensinamentos, cuidados, virtudes, ao passo que ao filho cabe receber essa proteção e fazer com que seja assimilada. Sendo estes representados e posteriormente assistidos por seus genitores. Isso porque a lei não concede discernimento suficiente aos filhos menores, cabendo aos pais (pai e mãe) exercerem suas vontades.

Portanto, “toda entidade unida pelo afeto, com o objetivo de vida comum e que demonstre ser de caráter público, contínuo e duradouro, deverá ser reconhecida como família. A família, em qualquer um de seus modelos, é considerada como base da sociedade” (SALLES, 2010, p. 173).

Neste passo, a Constituição Federal, expressamente em seu art. 226, consolidou a importância da família face à sociedade, constituindo-a base e concedendo-a proteção especial por parte do Estado.

Segundo, Carlos Roberto Gonçalves:

Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado (GONÇALVES, 2013, p.17).

Assim sendo, urge destacar a importância da família, uma vez que se mostra o suporte dos filhos e da sociedade. Todavia, a falta de um dos integrantes, como o pai, pode interferir no desenvolvimento do filho? E mais, em prol desse desenvolvimento, da importância dada à família e dos reflexos legais que ela traz, como por exemplo, direito à sucessão e a alimentos, tem o filho, o direito de saber quem é seu pai biológico?

Vejamos no decorrer deste trabalho.

O Código Civil estabelece, em seu artigo 1.634, sete incisos que norteiam o poder familiar, ou seja, o poder que deve ser exercido pelo pai e pela mãe perante seus filhos.

Devem os pais a seus filhos, conceder-lhes criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; representá-los até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento e exigir que lhes prestem obediência; ou seja, conceder-lhes as mínimas garantias para que possam alcançar a maturidade e, por conseguinte, construírem suas próprias vidas.

Desta forma, ensina Orlando Gomes:

O ente humano necessita, durante sua infância de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha regência de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais. A

eles confere a lei, em princípio, esse ministério, organizando-o no instituto do poder familiar (*apud* GONÇALVES, 2013, p. 415).

Assim sendo, vital torna-se a presença dos pais na vida do filho, principalmente, quando este ainda é considerado incapacitado frente aos atos da vida civil.

Mas, insta salientar, embora o pátrio poder seja, segundo o artigo 1.630 do Código Civil, atinente apenas aos filhos menores, não quer dizer que atingida à maioridade civil os pais devam abandonar o filhos ante a sociedade, pelo contrário, cumprida a maioridade, os pais não respondem mais por seus filhos civilmente (a não ser que não possuam total discernimento), mas no que tange a manutenção da família, ao afeto, aos direitos hereditários, estes devem perdurar por toda a vida, afinal, “a família é fundamental para a formação da sociedade, da humanidade e do Estado” (BERTONCINI; SAKAGUCHI, 2011, p. 119).

Como se pode perceber, segundo abordado acima, os pais formam o alicerce primordial para o desenvolvimento dos filhos. “Sabe-se que os pais são os principais responsáveis pela formação dos filhos e que a boa relação familiar entre a criança/adolescente e seus genitores contribui sobremaneira para seu adequado desenvolvimento” (ROLLIN; *apud* GOMES, 2011, p. 297).

Mas e quando o pai é ausente (fala-se em ausência do pai e não da mãe, por ser o objeto de estudo deste trabalho), somente com os cuidados e atenção da mãe, o filho será capaz de se desenvolver como ser humano? “É importante que o filho menor possa se relacionar com essas duas figuras (pai e mãe), porquanto a ausência, o desprezo ou a mera indiferença, seja da figura paterna, seja da figura materna, interferirão, no mais das vezes, de forma danosa em sua formação” (ROLLIN; *apud* GOMES, 2011, p. 298).

O artigo 1.631 do Código Civil preceitua que durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais, na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. O artigo 1.633, do mesmo diploma legal, estabelece que o filho, não reconhecido pelo pai, fica sob o poder familiar exclusivo da mãe e se a mãe não for conhecida ou capaz de exercer o poder familiar, dar-se-á o menor a um tutor.

Ou seja, o Código Civil traz expressamente a possibilidade do poder familiar ser exercido apenas pela mãe ou, quando for o caso, por um tutor, caso o pai seja ausente do seio familiar. Contudo, ainda que haja previsão legal, conquanto a lei estabeleça diretrizes de como lidar com isso, tal dispositivo não reflete a vida do filho em si, pois embora esteja protegido legalmente, não mais terá a figura paterna em seu lar.

A respeito, pondera Arnaldo Rizzardo:

Cada genitor preenche uma gama específica de necessidades da prole. A mãe atua, sobretudo, nos cuidados mais primários, como o afeto aconchegante e o acompanhamento diário; já o pai, embora não dispensado de tais atribuições, desempenha importante papel quanto à segurança e firmeza da personalidade (*apud* GOMES, 2011, p. 298).

Muitos podem ser os motivos da ausência da figura paterna. Embora abordado o conceito de família, nem sempre ela é constituída. Este suposto filho pode, por exemplo, ser consequência de um breve relacionamento, que não teve seus laços matrimoniais constituídos, ou até mesmo de uma única noite que os dois (mãe e suposto pai) passaram juntos, enfim, dentre vários outros motivos, que faz com que surja a dúvida acerca da paternidade. E assim, o suposto pai passa a ter a convicção de não ter gerido a prole.

Quanto a esta indagação, preceitua o artigo 1.601 do Código Civil que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível, ou seja, estando com dúvidas acerca de sua paternidade, a lei ordinária dá ao pai o direito de “confirmar” a identidade genética do filho, não devendo simplesmente abster-se da paternidade, isto é, não é a dúvida que o exime de ser pai, mas todo o conteúdo probatório, levados ao Poder Judiciário e, posteriormente, corroborado por uma sentença.

Entretanto, convém notar outrossim, ainda que a criança se desenvolva sem a presença do pai, ou se desenvolva na presença de um pai adotivo, tem a criança/suposto filho direito de saber quem é seu pai biológico? Mesmo que o suposto pai tenha a persuasão de não ser o genitor? E mais, pode o pai ser obrigado a se submeter, em uma investigação de paternidade, ao exame de DNA?

A ação de investigação de paternidade caracteriza-se por uma ação proposta pelo suposto filho ou seu representante, quando este é menor, face ao suposto pai, a fim de ter a filiação deste reconhecida.

Nestes termos, o artigo 1.606 do Código Civil estabelece que a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz e ainda esclarece, em seu parágrafo único, que se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

Na ação de investigação de paternidade, enseja o reconhecimento forçado ou involuntário, em virtude de sua sentença judicial, sendo uma sentença declaratória, que declara 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. 06).

É direito do filho, consubstanciado pela legislação vigente, ter conhecimento do seu pai biológico. Desse modo, pouco importa os motivos do suposto pai em não assumir a paternidade, o direito do filho é latente.

Assim, a ação de investigação de paternidade torna-se o meio necessário para se chegar ao fim pretendido, a fim de que o filho possa ter sua filiação confirmada e assim gozar dos benefícios hereditários e demais garantias asseguradas pela lei. Em outras palavras, “a averiguação da paternidade tem muita importância na vida do filho, autor da ação, porque, se positivo, o filho passa a ter o direito ao nome, educação, alimento, sucessão e a convivência familiar” (BEZERRA, 2009, p. 06).

Atualmente, impossível tratar da ação de investigação de paternidade, sem referir-se ao exame de DNA, afinal, é o procedimento mais eficaz para alcançar um resultado contundente acerca dos fatos.

A par disso, segundo Carlos Roberto Gonçalves:

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 à possibilidade de erro (*apud* BEZERRA, 2009, p. 06).

Desse modo, inquestionável a importância de tal exame, bem como a mudança significativa que causou no universo jurídico, uma vez que, embora seja um meio de prova, proporciona uma exatidão genética de quase cem por cento.

Entretanto, é preciso ter cautela. Conquanto traga uma porcentagem elevada, não se deve desconsiderar a porcentagem que não garante o mesmo material genético, ou seja, ainda que os avanços da medicina digam que não, todos estão propensos ao erro. “Difícil falar se o exame de DNA representa a ‘última palavra’ no campo de prova pericial para determinar ou não a paternidade de alguém. Na velocidade científica hodierna, difícil é cravar qualquer afirmação neste sentido” (GIORGIS; *apud* DE LAZARI, 2013, p. 328).

Assim, levanta-se a seguinte questão: o exame de DNA é considerado um meio de prova, ou uma prova em si mesmo?

Afinal, em que pese à elevada precisão do referido exame, este não pode ser usado isoladamente e, tão somente, como único meio de prova. O exame de DNA deve ser utilizado como instrumento probatório que será analisado juntamente com as demais provas constantes nos autos. Do contrário, haverá uma grave ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Não se pode reduzir a ação em mera aprovação de teste de laboratório, sendo imprescindível outros elementos para construir a persuasão racional, pois o exame pelo DNA, embora relevante e suficiente para convalidar outras suspeitas sobre a paternidade, não é prova infalível nem incontestável, sob pena de tornar a Judiciário uma seção homologatória dos gabinetes genéticos (GIORGIS; *apud* DE LAZARI, 2013, p. 328).

Por conseguinte, é indubitável que o exame de DNA deva ser analisado de forma ampla, como mais um elemento probante, capaz de auxiliar na convicção do magistrado. Porém, não deve ser utilizado como um fim em si mesmo, ou seja, não pode o juiz desconsiderar a porcentagem mínima de imprecisão do exame, bem como as demais provas que instruem a demanda.

O princípio jurídico segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, bastante relevante quando se discute sobre a Lei Seca, ganhou um enfoque muito grande no que diz respeito ao exame de DNA, ou melhor, ao fato do suposto pai ter que se submeter a dado exame.

Preceitua tal princípio que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, cabe ao autor, quem alegou o ocorrido, comprovar o feito, não pode o réu, ora requerido, ser compelido a produzir prova contra sua inocência.

No que tange à inviolabilidade da intimidade, tem-se aqui o princípio constitucional referente à intimidade do suposto pai, ou seja, a Carta Magna garante expressamente em seu art. 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade e a vida privada da pessoa, ou seja, não pode a pessoa ser exposta perante a sociedade sobre algo que reflete sua vida particular.

Logo, ao reportar-se ao exame de DNA, em virtude da grande repercussão que lhe é peculiar, seja perante a família, ou sua comunidade, este, conseqüentemente, causará uma transgressão à intimidade do requerido.

Destarte, há ainda o princípio da intangibilidade do corpo humano, que preceitua que o corpo humano é intangível, ou seja, ele não pode ser submetido a procedimentos que possam vir a comprometê-lo.

Mas quanto a esse princípio, hodiernamente, há uma grande ressalva, visto que o exame de DNA não precisa ser, necessariamente, feito pela extração de sangue do requerido. Devido aos avanços da medicina, um fio de cabelo ou até mesmo a saliva, podem ser suficientes para se provar algo.

Além de ser o meio mais eficaz, requer pouca quantidade de sangue, saliva, pele, fio de cabelo, etc., não necessitando que as células estejam vivas para a coleta do exame, podendo ser feito em crianças, bebês e até em feto, não tendo limite de idade para sua análise. É possível ainda, testar avós, irmãos, quando o suposto pai está morto ou não se dispõe em fazer o teste. (BEZERRA, 2009, p. 07).

Em virtude de tais conceitos, talvez o correto seja interpretá-los de forma mais sistemática. Ainda que sejam fundamentações aceitáveis, não são suficientes para, por si só, justificarem a recusa ao exame de DNA.

A recusa deve ser clara. Logo, ainda que sua dissensão gere presunção relativa de veracidade, a justificação coesa e evidente pode suprir a falta do exame.

Neste passo, a título de exemplo, imagine o filho que aciona o Poder Judiciário, anos depois, após descobrir que seu suposto pai, a quem sequer se importava em conhecer, é um homem rico e que esta prestes a morrer. Neste caso, é correto o filho

pleitear a ação apenas para fins de enriquecimento? A recusa do suposto pai, neste caso, não parece ser justificável?

Ora, um exemplo concreto, dentre outros possíveis, que pode ocorrer no dia-a-dia, diante dos quais a recusa ao exame de DNA parece ser plausível.

Posta assim a questão, é preciso insistir no fato de que embora muitos sejam os argumentos, deve-se prepor um direito ao outro, ou seja, ou o filho/requerente ou o suposto pai/requerido, terá sua pretensão acolhida.

No que tange ao acolhimento do DNA alguns princípios norteadores e dispositivos legais tornam-se essenciais. Neste diapasão pode-se citar, por exemplo, o artigo 339 do Código de Processo Civil que dispõe que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Por sua vez, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

A seguir, alguns dispositivos legais que dão suporte à propositura da ação de investigação de paternidade.

Importante ainda ressaltar a aplicação dos artigos 231 e 232 do Código Civil. O primeiro dispõe que aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa, ou seja, não pode o suposto pai, sem motivo justificado, se negar a fazer o exame de DNA e, posteriormente, querer se valer de sua recusa como forma de produzir prova a seu favor. O legislador, prevendo tais hipóteses foi claro ao escrever tal artigo, caso contrário, seria muito fácil a qualquer pessoa que fosse investigada se recusar a fazer os exames que lhe fossem necessários.

É lógico que o réu desidioso não pode alegar que a parte autora não comprovou a paternidade vindicada quando este se recusou a realizar o teste de DNA, que é o exame médico necessário ao deslinde da ação de investigação de paternidade. O dispositivo legal apenas retrata o antigo brocardo romano de que ninguém pode se prevalecer da própria torpeza (*noeminem allegare potest sui cuique turpitudinem*) (GOMES, 2007, p. 03).

Por sua vez, o artigo 232 esclarece que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame, ou seja, a recusa

injustificada pode fazer com que o juiz interprete-a favorável a parte contrária, isto é, em uma investigação de paternidade, por exemplo, se o suposto pai se negar a fazer o exame de DNA, esta recusa pode ser considerada como prova de reconhecimento de paternidade, caso não justifique convincentemente o motivo da recusa.

Neste passo, Rafael José Nadim de Lazari argumenta:

Não se pode, todavia, é fazer uma interpretação unilateral do art. 232 do Código Civil para afirmar que o dispositivo só consagra o direito do filho-requerente contra a recusa do suposto pai. Analisar dispositivo desta maneira é algo tão parcial e equivocado quanto afirmar que existe alguma regra de que as crianças devem sempre, necessariamente, ficar com a mãe em caso de divórcio, *p.ex.* (DE LAZARI, 2013, p. 334).

À vista disso, não se deve analisar a norma legal de forma meramente literal, pelo contrário, deve-se contextualizá-la no caso concreto, a fim de que se alcance a melhor interpretação possível. A simples recusa ao exame não deve servir de único embasamento ao juiz.

“A Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça, almejando controlar a enxurrada de ações em que havia recusas de requeridos ao exame de DNA, dispôs que em ação investigatória, a negação do suposto pai a submeter-se ao aludido procedimento apuratório genético induziria presunção “*juris tantum*” de paternidade” (DE LAZARI, 2013, p. 330). Logo, quando o suposto pai se nega a fazer o exame, tal negativa será considerada prova relativa de veracidade, isto é, até que se prove o contrário, ele será considerado pai biológico do requerente.

A respeito desta presunção, ela deve ser sempre adotada? Ou seja, a simples recusa ao exame de DNA, sempre vai resultar em presunção relativa de paternidade?

E se uma mãe ajuizasse ação de investigação de paternidade em nome de seu filho contra cinco supostos pais, *p. ex.*? Em caso da recusa dos cinco, haveria cinco presunções de paternidade? E se uma prostituta, de múltiplos parceiros, ajuizasse ação investigatória contra qualquer deles, e este se recusasse ao exame? A situação se resolveria presumindo-o – ainda que relativamente – pai? E o caso de mulheres que manejam ação investigatória em nome de seus filhos contra artistas/esportistas famosos/bem-sucedidos economicamente? Bastaria uma recusa do cantor para torna-lo pai? E se, na data que se aduz a concepção, o artista comprovadamente estivesse em outro país ou em local diverso do indicado pela genitora, *p. ex.*, ainda assim deveria ser considerado pai? (DE LAZARI, 2013, p. 331).

A súmula 301 do STJ foi criada para resolver os entraves advindos da recusa do suposto pai ao exame de DNA. Todavia, como bem exemplificado acima, conceder a presunção relativa a todos os casos de recusa, não é agir com arbitrariedade? Ou seja, sequer há a preocupação com a parte contrária, de modo que as situações fáticas pouco importam frente a renúncia ao exame.

Assim sendo, a referente súmula deve servir, sim, de respaldo aos julgamentos envolvendo investigação de paternidade, de modo que o suposto pai deve justificar e comprovar o porquê da escusa ao exame de DNA, porém, é necessária precaução, afinal, conceder de plano a presunção de veracidade, a qualquer caso concreto, pode se tornar algo perigoso, sob pena de violar o *due process of law*.

Diante do tema em questão, muitas são as decisões dos tribunais que ilustram o exposto até aqui, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - NEGATIVA DO RÉU À SUBMISSÃO AO TESTE ENQUANTO VIVA A MÃE DO INVESTIGANTE - SÚMULA 301 DO STJ - PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE PATERNIDADE - PARENTALIDADE - PROVAS - PERFILHAÇÃO CONFIRMADA - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 232 do Código Civil estabelece que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. 2. A negativa, mediante ausência de qualquer justificativa, em comparecer ao exame de DNA tem os mesmos efeitos da recusa a submeter-se à perícia, implicando presunção juris tantum de paternidade, nos termos da Súmula n. 301 do STJ. 3. Possibilidade de reconhecimento da paternidade na hipótese em que o exame de DNA não foi realizado por culpa do investigado, notadamente quando presentes outros elementos probatórios, aptos à formação do convencimento do magistrado. 4. Resultado de exame hematológico que não exclui a paternidade, corroborado pela afirmação do próprio apelante, e das testemunhas ouvidas no feito, confirmando a existência do relacionamento amoroso havido entre ele e a mãe do investigante ao tempo da concepção, de forma exclusiva. 5. Recurso a que se nega provimento (TJ-MG - AC: 10003030084168002 MG, Relator: Áurea Brasil, Data de Julgamento: 30/01/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/02/2014).

A decisão supracitada faz menção à norma legal, onde a negativa do suposto pai em fazer o exame de DNA ocasiona a veracidade relativa dos fatos, de modo que caberá a ele juntar as provas necessárias para que possa justificar a escusa ao exame, bem como a não descendência com o filho.

Tal julgamento, frente à recusa injustificada do exame, levou em consideração as demais provas constantes nos autos, vez que reconheceu a paternidade do requerido em decorrência das provas apresentadas e, não apenas, baseando-se na negativa ao exame de DNA.

Assim, convalida-se exatamente o abordado no decorrer deste trabalho. Para que haja paridade, deve o juiz analisar a recusa juntamente com as demais provas, a fim de que se possa chegar a uma sentença coesa quanto à paternidade do agente.

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA - IMPOSSIBILIDADE - RECUSA - PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE PATERNIDADE. - Nas ações de investigação de paternidade, é direito do suposto pai se recusar à realização de exame de DNA. Tal fato induz presunção iuris tantum de paternidade, que vem sendo privilegiado em detrimento da verdade real, - Recurso desprovido (TJ-MG - AI: 10024110244928001 MG, Relator: Eduardo Andrade, Data de Julgamento: 14/05/2013, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/05/2013).

O exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, não é obrigatório. A recusa induz presunção relativa de paternidade.

E não poderia ser diferente, afinal, torna-se incoerente obrigar alguém a produzir uma prova, ainda mais quando ela é em seu desfavor. Quanto à veracidade relativa, deve-se ter cuidado, pois como já explanado, a depender do caso concreto, não é adequado concedê-la unicamente em decorrência do decline ao exame.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AFASTADA A PATERNIDADE. COISA JULGADA. ADVENTO DO EXAME DE DNA. PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SE RENOVAR A INVESTIGAÇÃO. PRIMADO DOS CÂNONES DA CERTEZA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Encontra-se sedimentado neste STJ o entendimento no sentido da impossibilidade de se renovar a investigação de paternidade em virtude do advento do exame de DNA, afastando a coisa julgada formada em processo anterior, onde não foi reconhecida a alegada paternidade. 2. As razões do agravo regimental não infirmam os fundamentos da decisão agravada. 3. Agravo regimental não provido (STJ - AgRg no REsp: 363558 DF 2001/0127738-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/02/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2010).

Como se percebe, a decisão acima faz menção a situações que passaram a ocorrer depois da disponibilidade ao exame de DNA.

Acontece que muitas decisões foram proferidas sem o laudo do aludido exame, desta forma, após o seu advento e sua constância nas investigações de paternidade, os filhos que não obtiveram êxito nas ações, passaram a requerer nova investigação.

Como se depreende do acórdão acima, a decisão é de que não será feita nova investigação de paternidade, com base no exame de DNA, tendo em vista a coisa julgada e o direito adquirido do requerido. Contudo, tal entendimento não é majoritário. Assim, surge o tema da relativização da coisa julgada, que embora não seja o foco deste trabalho, se faz necessário um breve comentário.

As decisões que transitaram em julgado, sem o laudo do exame pelo DNA, seja por ser muito custoso à época, ou por não ser muito acessível, estão sendo intentadas novamente, ou seja, algo que já foi julgado, já gerou direito adquirido, volta a ser questionado, no caso, em virtude do advento de um exame que possui uma margem muito grande de acerto, embora não de cem por cento.

As decisões quanto a isso divergem, e muito. Afinal tem-se de um lado o direito que se tornou intrínseco da pessoa, o qual seguiu todos os trâmites processuais até se obter a sentença favorável, do outro, tem-se aquela ação, julgada apenas em decorrência dos fatos, sem sequer possuir uma prova contundente. Neste caso, não pode o filho pleitear uma nova ação, devido ao advento do exame de DNA? Afinal de contas, será uma forma de efetivar o direito já adquirido do pai ou, agora, um novo direito, o do filho.

Contudo, embora tal questionamento desperte muitas dúvidas, principalmente porque questiona a segurança jurídica, não será aprofundado neste trabalho, cujo objetivo principal é: analisar o direito do filho ao reconhecimento da paternidade frente à recusa do suposto pai ao exame de DNA.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade da ação de investigação de paternidade é conceder ao filho o direito de ter reconhecida a paternidade de seu pai.

Em meio a esse direito, surge, por outro lado, o direito do suposto pai em se abdicar da realização do exame de DNA, seja porque está convicto da não filiação ou porque não quer produzir provas contrárias a si próprio (fundamentação com amparo constitucional).

Entretanto, em decorrência das constantes recusas ao exame, o STJ criou a súmula 301, como forma de solucionar o problema, uma vez que converte a renúncia em presunção relativa de veracidade.

O exame de DNA, na ação de investigação de paternidade, é um meio necessário e eficaz de se alcançar a verdade real acerca da paternidade ou não do requerido. Saliente-se a clareza e transparência de tal exame, visto que devido aos avanços da medicina, assenta, com uma precisão de quase cem por cento, a relação sanguínea entre duas pessoas, no caso, pai e filho.

Tornou-se assim, a prova basilar nas ações de investigação de paternidade, de modo que sua recusa, pelo requerido, como já apontado, induzirá presunção *juris tantum*, ou seja, o suposto pai terá que justificar a escusa, bem como provar a sua não paternidade por outros meios de prova, tais como, testemunhas, documentos, entre outros.

Contudo, deve ser levado em consideração o tratamento que é dado ao exame, ou seja, ele deve ser tratado tão somente como uma prova, que juntamente com as demais constantes nos autos, auxiliará o juiz em seu convencimento acerca da paternidade do suposto pai.

No entanto, percebe-se que o laudo advindo do exame de DNA tem se tornado o norteador das decisões dos magistrados. Seu resultado tem sido suficiente para constatar, ou não, a paternidade do requerido. O que não pode ocorrer.

Afinal, a legislação infraconstitucional, bem como a Carta Magna, apoiam-se no devido processo legal para regular todas as petições dirigidas ao judiciário. Assim, independentemente dos mecanismos altamente eficazes para se buscar a verdade dos fatos, torna-se imperioso o respeito ao contraditório e a ampla defesa.

Por fim, ante o exposto, sem nenhuma pretensão de exaurir o tema, pois em razão de sua amplitude sempre haverá questionamentos, conclui-se que: o filho tem a garantia legal de ter reconhecido o seu direito de filiação e a ação de investigação de

paternidade é o instrumento necessário. O exame de DNA tem-se mostrado eficiente, contudo, não é obrigatório. É, sem dúvidas, uma prova de extrema relevância, que pode agregar, e muito, no convencimento do juiz, entretanto, não deve receber outro tratamento, que não de prova.

REFERÊNCIAS

BERTONCINI, Carla; Waldizia Marques Osti Sakaguchi. **Guarda compartilhada ou conjunta** in SIQUEIRA, Dirceu Pereira; Murilo Angeli Dias dos Santos. **Estudos contemporâneos de Direito: desafios e perspectivas**. Bauru – SP: Canal 6 Editora, 2011.

BEZERRA, Larissa Cavalcante. **Ação de Investigação de Paternidade e o Direito personalíssimo da criança em confronto com o Direito do suposto pai**. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2534>. Acesso em 22 de julho de 2014.

DA SILVA, Keith Diana. **Família no Direito Civil brasileiro**. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:< <http://www.fmr.edu.br/mpi/045.pdf>>. Acesso em 24 de julho de 2014.

DE LAZARI, Rafael José Nadim. **Reflexões sobre a “presunção negativa de filiação”**: O lado obscuro do parágrafo único, do art. 2º A, da lei nº 8.560/92, e suas implicações nos direitos da personalidade in FRÓES, Carla Baggio Laperuta; Sarah Caroline de Deus Pereira; Iara Rodrigues de Toledo. **Estudos acerca da efetividade dos direitos da personalidade no Direito das famílias: Construção do saber jurídico & Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

GOMES, Fernando Roggia. **A responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:< <file:///C:/Users/Gera/Downloads/33-70-1-SM.pdf>>. Acesso em 25 de julho de 2014.

GOMES, Luis Fernando Ferreira. **Os efeitos do enunciado nº 301 do STJ: presunção de paternidade ou simples vestígio da verdade?** Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:< <http://jus.com.br/artigos/10345/os-efeitos-do-enunciado-n-301-da-sumula-do-stj>>. Acesso em 25 de julho de 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Investigação de Paternidade – entenda os detalhes nas diversas situações. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:<

<http://advocaciafamilia.jusbrasil.com.br/artigos/114569946/investigacao-de-paternidade-entenda-os-detalhes-nas-diversas-situacoes>>. Acesso em 24 de julho de 2014.

SALLES, Cunha Rodolfo. **O Direito à identidade genética e o estado de filiação: análise dos critérios definidores do vínculo de filiação e o Direito ao conhecimento da origem biológica.** Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:< file:///C:/Users/Gera/Downloads/37-140-1-PB.pdf>. Acesso em 29 de julho de 2014.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Exame de DNA: Faculdade ou obrigatoriedade? Indício, presunção ou prova?** Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:<http://www.cgvadogados.com.br/sites/default/files/Exame_de_DNA-Faculdade_ou_Obrigatoriedade_Indicio_Presuncao_ou_Prova.pdf>. Acesso em 22 de julho de 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 4.2.10.

TORREZAN, Lucas Peres. **A problemática da recusa do exame de DNA nos casos de investigação de paternidade.** Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:< <http://torrezanefelipe.wordpress.com/2010/03/30/a-problematica-da-recusa-do-exame-de-dna-nos-casos-de-investigacao-de-paternidade/>>. Acesso em 22 de julho de 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 1ª Câmara Cível. Relator: Eduardo Andrade. Data do julgamento: 14.5.13.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 5ª Câmara Cível. Relator: Áurea Brasil. Data do julgamento: 30.1.14.