



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A PRESUNÇÃO RELATIVA DA RECUSA NA REALIZAÇÃO DO TESTE DE DNA NAS
AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE

Christiane Elisabeth de Menezes Santos

Rio de Janeiro
2017

CHRISTIANE ELISABETH DE MENEZES SANTOS

A PRESUNÇÃO RELATIVA DA RECUSA NA REALIZAÇÃO DO TESTE DE DNA NAS
AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A PRESUNÇÃO RELATIVA DA RECUSA NA REALIZAÇÃO DO TESTE DE DNA NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE

Christiane Elisabeth de Menezes Santos

Graduada em Direito pela Universidade
Candido Mendes de Ipanema. Advogada.

Resumo – o artigo enfoca a presunção relativa de paternidade advinda da negativa do réu em submeter-se ao exame de DNA. No passado, em razão da incerteza do contexto probatório, a presunção relativa mostrou-se a melhor opção para o deslinde da demanda. A evolução científica, contudo, forneceu métodos mais precisos de detecção do vínculo biológico, culminando na descoberta do DNA. Amparando-se nesta descoberta e em princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana, faz-se mister analisar o cabimento da mudança de tal presunção para absoluta, quando da recusa do suposto pai na realização do aludido exame.

Palavras-chave- Direito de Família. Investigação de Paternidade. DNA. Presunção *juris tantum*.

Sumário- Introdução. 1. Os hodiernos fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da ação investigatória e a sua presunção relativa no ordenamento jurídico nacional. 2. A revolução do DNA nas provas da ação investigatória e a permanência da presunção relativa de paternidade. 3. Da necessidade da presunção absoluta de paternidade quando da recusa na realização do teste de DNA. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho focaliza a temática da investigação de paternidade, no que tange à presunção relativa da recusa na realização do teste de DNA pelo investigado, a qual não proporciona a melhor solução para a demanda, pois caracteriza um desrespeito ao direito do investigante de ter reconhecida sua origem biológica.

A figura paterna assume, inclusive hodiernamente, um essencial papel na sociedade, de forma que a sua ausência impossibilita ao filho usufruir de um dos mais preciosos aspectos da dignidade da pessoa humana, qual seja, o reconhecimento da sua filiação.

Dessa forma, o não reconhecimento espontâneo da paternidade carece de especial atenção no Direito pátrio. Diversas saídas foram elaboradas para resolver a questão, não só pela ação de investigação de paternidade em si, como, também, por adoção de novos meios probatórios, mormente, o exame de DNA, a fim de esclarecer a origem biológica do investigante.

Destarte, para pacificar os conflitos sociais provocados pela ausência da figura paterna, adveio a figura da presunção relativa de paternidade, quando da recusa do investigado a ser

submetido ao supracitado exame de DNA.

Contudo, tal solução se mostra polêmica, porquanto não permite que diversos casos investigatórios sejam corretamente solucionados, ao ensejar uma suposta segurança jurídica em detrimento de uma paternidade responsável.

Objetiva-se, então, discutir a ação investigatória de paternidade no atual ordenamento jurídico pátrio, bem como os meios probatórios utilizados, com foco no exame de DNA e na recusa de sua realização pelo investigado, a qual enseja presunção relativa de paternidade. Constata-se que tal presunção não é a mais adequada para efetivar o direito à filiação do investigante.

O primeiro capítulo comprova que a ação investigatória, no atual ordenamento jurídico pátrio, vem efetivar o direito ao reconhecimento da filiação biológica, um dos relevantes aspectos da dignidade do investigante como ser humano.

O segundo capítulo analisa os meios probatórios a serem utilizados na solução da demanda investigatória, com enfoque na realização do teste de DNA e na presunção relativa de sua recusa pelo investigado.

O terceiro capítulo defende a necessidade de mudança na presunção relativa de paternidade, advinda da recusa pelo investigado a submeter-se ao exame em apreço, figurando a presunção absoluta como a melhor saída para o deslinde da demanda.

Inquestionavelmente, a evolução de qualquer conhecimento é descontínua. Faz-se mister, entretanto, estabelecer um recorte epistemológico, que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, com a finalidade de assegurar que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

Assim, a pesquisa será desenvolvida pelo método descritivo e explicativo, vez que pretende apontar diversos doutrinadores, bem como jurisprudências e, ao final, será explanado o pensamento da pesquisadora a respeito do tema em apreço.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende valer-se da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), acrescida à pesquisa de campo em entrevista com desembargadora.

1. OS HODIERNOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DA AÇÃO INVESTIGATÓRIA E A SUA PRESUNÇÃO RELATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Com o advento da Constituição de 1988¹, houve verdadeira revolução no ordenamento jurídico pátrio, num fenômeno que, inclusive, ensejou a constitucionalização de todos os ramos do Direito. No tocante ao Direito de Família, as relações jurídicas foram significativamente transformadas.

A família passou a ser vista como multifacetada e complexa, protegida sob a égide dos diversos princípios constitucionais e direitos fundamentais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o artigo 1º, III, CRFB/88², em respeito aos novos arranjos familiares, o que ensejou uma mudança de paradigmas.

A legislação infraconstitucional, guiada pelos valores da Carta Magna e pela constante evolução social, amparou ainda mais a família moderna brasileira, a exemplo do Código Civil.

A visão hierarquizada transformou-se, e as relações passaram a ser focadas na igualdade, respeito e lealdade entre seus membros.

No atinente à prole, designações discriminatórias foram expressamente vedadas, consoante o artigo 227, § 6º, CRFB/88³. Todas as formas de filiação quedaram-se protegidas, fossem elas oriundas, ou não, de casamento, adotivas ou, até mesmo, socioafetivas.

O único diferencial remanescente é que a prole extramatrimonial deve ser reconhecida de forma voluntária ou judicial; e a matrimonial possui a presunção legal de paternidade, bem como a forma de impugná-la. Lembrando, no entanto, não haver, por proibição constitucional e infraconstitucional, diferença de direitos.

Percebe-se que a filiação com origem no casamento possui a mencionada presunção de paternidade, chamada de presunção *pater ist est*, pois deduz-se que o filho concebido por mulher casada é de seu marido, em razão do dever de fidelidade conjugal.

¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. 2010. 347 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/pt-br.php>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

³Vide nota 2.

Tal entendimento encontra-se positivado nos incisos do artigo 1597 do Código Civil, bem como nos artigos 1598, 1599, 1600 e 1602, todos do mesmo diploma legal⁴.

Em decorrência da inexistência de um meio preciso para detectar o vínculo paterno, vez que os exames, até então, serviam apenas para excluir a paternidade, fez-se necessária a mencionada criação legal para a resolução da situação.

Esta presunção preza pela estabilidade do núcleo familiar, porém, tem natureza de presunção relativa, *juris tantum*, porquanto admite prova em contrário, devido a, historicamente, não haver meios precisos de confirmação da paternidade.

Todavia, justamente por ser relativa, pode o marido afastá-la, utilizando-se da ação negatória, conforme o artigo 1.601 do Código Civil⁵. No tocante à prole havida fora do casamento inexistente a mencionada presunção legal embora já seja aceita para a advinda de união estável.

Constata-se que a perquirição da paternidade sempre mereceu importante papel na sociedade, havendo, inclusive hodiernamente, embasamento jurídico para sua propositura. Tal embasamento figura na Carta Magna e na legislação infraconstitucional, tendo o legislador vedado qualquer discriminação atinente aos diversos tipos de arranjos familiares e de filiação.

A família, na modernidade, não foca apenas no aspecto genético, mas também na solidariedade e nos laços de afeto, sendo imperativo seu estudo por meio de uma visão ampla.

Assim, a demanda investigatória, nos dias que correm, não é pautada simplesmente na descoberta do verdadeiro liame biológico do indivíduo.

Tem-se o seu atual fundamento em valores constitucionalmente protegidos, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de personalidade e o princípio do melhor interesse do filho.

Some-se ao anteriormente elencado a paternidade responsável e a não discriminação da prole. Por conseguinte, é assegurado ao investigante o direito à convivência familiar e ao conhecimento da própria origem, em livre propositura, não importando o estado civil do pretenso genitor.

Ademais, a investigação de paternidade pode ser calcada em diferentes e importantes fatores, tais como, pesquisa de doenças hereditárias, necessidade de um doador compatível.

⁴ BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

⁵Vide nota 4.

A filiação, conforme reza o artigo 1.603 do Código Civil⁶, é comprovada pelo registro de nascimento. Ausente o nome do genitor, inexistindo o reconhecimento voluntário e sendo a filiação extramatrimonial, poderá o pretense filho ajuizar ação investigatória, haja vista não haver a presunção legal de paternidade. Acrescenta, Maria Berenice Dias⁷:

o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível (ECA 27). O fato de esse dispositivo se encontrar em lei que rege direito de crianças e adolescentes não significa que não se estenda a todos, quer por se tratar de direito fundamental à identidade, quer por não ser admissível tratamento discriminatório com relação a filhos (CF 227§6º)

A concepção, nas ações que envolvem a investigação da paternidade biológica, é a causa de pedir, a qual ocorre, corriqueiramente, sem observadores. A comprovação do direito afirmado torna-se espinhosa, existindo apenas as alegações da genitora e, quiçá, provas circunstanciais.

As demandas investigatórias, tendo em vista esta peculiaridade, não seguem a usual distribuição processual de encargos probatórios, havendo a inversão dinâmica do ônus da prova, decorrente da mencionada dificuldade da parte autora em comprovar o alegado.

Por ser demanda de família, a ação investigatória é ação de estado, envolve direitos indisponíveis. Busca-se, a fim de embasar da melhor forma possível a solução, a chamada verdade real. Consequentemente, pode o magistrado determinar a produção probatória, de modo a esclarecer a questão, utilizando-se de todos os meios legais de provas, bem como os moralmente legítimos.

Contudo, mais uma dificuldade se apresenta no tocante a tal produção de provas: no que pese o dever das partes em colaborar com a justiça, não se pode constranger o investigado à realizá-las, mormente as genéticas, tendo o mesmo que colaborar de livre vontade. A integridade física é amparada na Constituição, tratando-se, igualmente, de direito da personalidade do suposto genitor.

A presunção advinda da negativa do réu, em submeter-se à perícia médica, está expressa nos artigos 231 e 232, do Código Civil⁸. Em sendo o direito indisponível, todavia, não ocorrem os efeitos da revelia, ou seja, não são consideradas verdadeiras as alegações autorais, caso o réu quede silente e não colabore com o juízo.

A supracitada recusa, nas ações investigatórias, pode chegar a ser interpretada em favor do suposto filho; porém, deve analisada como um todo, na demanda. Isto porquanto, pela

⁶Vide nota 4.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.425.

⁸Vide nota 4.

imprecisão da perícia, esta não seria prova irrefutável e, tampouco, seria traduzida em confissão do investigado, pela mencionada inoportunidade dos efeitos da revelia.

Por todo o anteriormente exposto, percebe-se que, para o julgamento da ação investigatória, o Judiciário brasileiro adotou a presunção relativa de paternidade.

Tal pautou-se na dificuldade da parte autora em comprovar o alegado, bem como na omissão do investigado em colaborar com o processo, sendo a melhor solução para tempos passados, quando não existia, ou era de difícil acesso, o exame de DNA.

Acerca do tema, elucida Mônica de Faria Sardas⁹: "o direito à filiação é um dos atributos da dignidade humana assegurado constitucionalmente; toda pessoa tem o direito de buscar sua paternidade, daí a relevância em ter meio de prová-la e não ser impedido por uma recusa não fundamentada".

A presunção relativa não se mostra a melhor solução para o deslinde da demanda, devido à descoberta do DNA. O desrespeito ao físico do investigado não mais se sustenta, pois uma mera amostra de saliva é o suficiente à produção de prova genética. Inclusive, o mencionado exame, por sua eficácia, traz prova cabal do direito do investigante.

2. A REVOLUÇÃO DO DNA NAS PROVAS DA AÇÃO INVESTIGATÓRIA E A PERMANÊNCIA DA PRESUNÇÃO RELATIVA DE PATERNIDADE

No que tange às ações investigatórias, o Direito apoiava-se na criação de presunções legais, as quais eram relativas, para solucionar a questão, a qual permaneceu mesmo após a revolucionária descoberta do exame de DNA, conforme ver-se-á adiante.

A perícia médica, em tempos passados, era considerada como meio probatório subsidiário, pois não havia maneira efetiva de esclarecer o vínculo com o investigado. Buscou-se respaldo em características transmitidas hereditariamente, tais como a coloração da íris, redemoinhos dos cabelos, dentre outros aspectos físicos. A semelhança isoladamente, todavia, não era admitida.

O exame hematológico foi também utilizado. Inicialmente, contudo, era eficaz apenas para excluir a paternidade, no caso em que o filho e o suposto genitor não se encaixassem no

⁹ SARDAS, Desembargadora Mônica de Faria. Entrevista manuscrita concedida na 20ª Câmara Cível, TJ/RJ, em 31 de agosto de 2016.

mesmo grupo sanguíneo. Os tipos e caracteres sanguíneos, bem como o fator Rh, são passados de geração para geração e a evolução de tais métodos desembocaram na descoberta do sistema de histocompatibilidade humana, dotando a perícia de maior precisão.

Os avanços científicos continuaram, tendo seu ápice na Universidade de Cambridge, em 1953, com a descoberta estrutural do ácido desoxirribonucleico, o DNA. Este trata-se de um conjunto molecular cujo conteúdo possui as informações necessárias para constituição e manutenção dos organismos e, em parte, é transmitido aos descendentes¹⁰.

Em 1985 foi aprimorado o estudo do DNA, o que permitiu identificar o indivíduo por meio da carga genética com precisão praticamente absoluta, porquanto as suas sequências de recombinações químicas são únicas. Tal demonstrou enorme valia nas demandas investigatórias.

A prova da origem biológica, antes tão discutível, tornou-se precisa, seja para afastar, como para confirmar a paternidade, colocando em plano subsidiário as demais provas.

O Judiciário brasileiro, para lidar com essa descoberta científica e incorporá-la aos processos de investigação de paternidade, aplicou, também, ao caso de recusa em realização do teste de DNA, a presunção relativa de paternidade.

A negativa do réu sempre prejudicou a produção de provas, o que culminava na improcedência da demanda. No presente, o ordenamento jurídico reza que a omissão do suposto pai a submeter-se ao exame, induz à presunção relativa de paternidade, a qual enseja a procedência da ação, devendo, então, ser analisado com todo o contexto probatório.

A visão que manteve a presunção relativa, quanto à recusa em realizar o exame de DNA, seria justificada pela dignidade da pessoa humana do investigado. Caso contrário, desrespeitar-se-iam seus direitos fundamentais, em seu viés intimidade e integridade física.

Acerca dessa polêmica, questiona Paulo Lôbo¹¹:

o STF fundamentou-se em garantias constitucionais do indivíduo (princípios e direitos de personalidade), para imunizá-lo do exame de DNA, determinado por ordem judicial (...) Abstraindo-se do resultado pretendido em ação de investigação de paternidade, ou de eventual interesse patrimonial, deve ser considerado o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana com relação àquele que busca conhecer sua origem genética (...) Se há colisão de direitos, com base no mesmo princípio constitucional, os critérios hermenêuticos do balanceamento ou ponderação dos interesses não recomendam que um seja totalmente sacrificado em benefício do outro.

A ideia da presunção relativa também estaria amparada pelo devido processo legal, o qual é desdobrado em ampla defesa, sendo que essa abarca o direito de não autoincriminação.

¹⁰MARCEL, Guellity. *Ácido desoxirribonucleico*. Disponível em: <<http://www.euquerobiologia.com.br/2014/04/o-que-e-dna.html>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

¹¹LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231.

Permite-se ao réu o direito de não colaborar com a investigação e não apresentar provas contra si, podendo recusar-se a ceder seu patrimônio genético.

Dito pensamento encontraria respaldo positivado no art. 5º, LIV, LV, LVI, LXIII, CRFB/88 e no art. 8º, 2, "g" da Convenção Americana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de São José da Costa Rica¹². Frise-se que a garantia da não autoincriminação é igualmente adotada pela jurisprudência pátria.

Cabal seria esse direito do réu, de modo que o silêncio não poderia ser usado em seu prejuízo. Os direitos e garantias fundamentais, além de vinculantes, possuem aplicação direta, podendo sofrer limitação somente por outras regras na Carta Magna.

Dessa forma, eventual norma infraconstitucional, trazendo presunção diversa da relativa sobre o direito do réu, quanto à produção de prova, estaria, então, violando uma regra de *status* constitucional.

Frisem-se vozes discordantes, explana Mônica Sardas¹³: "a comparação com o Pacto de São José da Costa Rica é mais pelo aspecto patrimonial, quem é pai deve prestar alimentos. Há, porém, ponderação de direitos: a dignidade da pessoa humana do filho se sobrepõe à recusa, que tem aspecto meramente patrimonial."

Assim, no que concerne ao uso do exame de DNA, como prova nas ações investigatórias, a recusa em fazê-lo foi objeto de discussões. Embora o direito subjetivo à inviolabilidade corporal e à intimidade devesse ser mitigado em prol do direito à filiação, o STF sedimentou o entendimento de não ser possível a imposição ao investigado a coleta de amostra sanguínea. Demonstra o julgado¹⁴:

discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas-preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório," debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

No entendimento esposado pelo STF, a condução "debaixo de vara" violaria garantias constitucionais implícitas e explícitas. Mesmo que o exame possa ser feito de maneira não invasiva, com tão somente um fio de cabelo do pretense pai ou amostra de saliva, não há como

¹² SILVA, Elvis Rossi da. *Presunção de paternidade: Há inconstitucionalidade na Lei 8.560/92?* Disponível em: <<http://investidura.com.br/ufsc/358-direito-de-familia/334411-presuncao-de-paternidadehainconstitucionalidade-na-lei-856092>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

¹³ Vide nota 9.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71373. Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/126-aerigos-abr-2003/3499-exame-compulsorio-do-dna>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

obrigá-lo.

O mencionado entendimento firmou, de forma polêmica, clamando basilamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que o pretense genitor poderia escusar-se em submeter-se ao exame genético. Este posicionamento, por outro lado, inviabilizaria, em diversos casos, o direito do investigador de descobrir sua verdadeira ascendência.

Persiste, então, a controvérsia na situação em que o suposto pai nega em colaborar com o juízo, pois a condução coercitiva auxiliaria para a satisfatória solução da demanda, conforme explanam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵:

registre-se, a propósito, a existência de posições doutrinárias recentes e arrojadas, analisando a recusa à perícia médica em ações filiatórias, à luz do balizamento constitucional. Assim, com esteio nos valores constitucionais, buscando prestigiar a dignidade humana, defende-se que o direito natural, constitucional, indisponível e absoluto à perfilhação suplanta valorativamente o direito à intimidade, tornando indiscutível a indispensabilidade da prova pericial emanada do exame DNA, dada a sua precisão científica.

Assim é que, a supracitada visão, igualmente pautada nos valores da Carta Magna e na proteção da dignidade da pessoa humana, defende a imprescindibilidade da prova pericial do DNA.

A unanimidade da 4ª Turma do STJ admitiu não ser justificável ignorar a realização do exame de DNA, pela eficácia do mesmo. O mencionado Tribunal, por conseguinte, criou a Súmula 301¹⁶, entretanto, esta reza que a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA enseja presunção *juris tantum* de paternidade. Atesta extrato da jurisprudência da Corte¹⁷:

inexistindo a prova pericial capaz de propiciar certeza quase absoluta do vínculo de parentesco (exame de impressões do DNA), diante da recusa do investigado em submeter-se ao referido exame, comprova-se a paternidade mediante a análise dos indícios e presunções existentes nos autos, observada a presunção *juris tantum*, nos termos da Súmula 301 /STJ.

A Lei n. 8.560/92, a qual regulamentou a investigação de paternidade dos filhos nascidos fora do casamento, na nova redação dada ao § 2º do seu art. 2º¹⁸, também trouxe expressamente a presunção relativa, no caso de não colaboração do genitor, em consonância com a mencionada Súmula. Não é, contudo, a solução ideal, conforme explicita Maria Berenice

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil 6- Famílias*. 7. ed. São Paulo: 2015, p.645.

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 301. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=281>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1137425. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RECUSA+DO+EXAME+DE+DNA>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

¹⁸BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 4 jan. 2016.

Dias¹⁹ sobre a não colaboração do réu:

o silêncio ou a ausência à perícia deveria autorizar a expedição do mandado de registro e a imposição do encargo alimentar. Caso queira alegar a inexistência do vínculo, ele que entre na Justiça buscando a desconstituição do registro. Até ser devidamente anulado ele é o pai, devendo assumir todos os encargos decorrentes.

Conseqüentemente, a presunção relativa de paternidade é a adotada pelos Tribunais pátrios, caso se dê a recusa do investigado em colaborar com o juízo, tendo sido levada, conjuntamente, em consideração, todas as outras provas produzidas pela parte autora.

Será ao réu possível, justamente por ser relativa, comprovar que não é o pai, cabendo-lhe o ônus probatório. A comprovação em apreço será feita, portanto, por outros meios, tais como provas testemunhais e documentais. Caso o magistrado conclua que o investigado não se desincumbiu do ônus de forma satisfatória, dar-se-á como procedente o vínculo biológico.

3. DA NECESSIDADE DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE PATERNIDADE QUANDO DA RECUSA NA REALIZAÇÃO DO TESTE DE DNA

Anteriormente à propagação do exame de DNA, o vínculo biológico entre o filho e o suposto genitor, tanto na ação investigatória, quanto na ação negatória de paternidade, apoiava-se em presunções legais, as quais eram relativas.

Essas, hodiernamente, foram relegadas a um segundo plano, devido à descoberta de outros meios de comprovação da paternidade, trazendo a necessidade de mudança, conforme será explanado.

Note-se que, nas antigas demandas, não se conseguiam suficientes provas, pois a prova pericial, até então, não reconhecia cabalmente a paternidade. Com o passar do tempo, contudo, o aperfeiçoamento científico revolucionou a produção probatória por meios cada vez mais precisos de identificação genética, culminando no DNA.

A grande demanda pela realização do exame, que foi trazido ao território pátrio em 1988, confirmou o seu essencial papel em solucionar o real vínculo biológico das partes. O seu enorme percentual de certeza consagrou-o o mais confiável meio de prova nas ações investigatórias. Ademais, trouxe a clareza necessária para esvanecer quaisquer dúvidas, as quais

¹⁹ DIAS, op. cit., p.455.

os métodos antigos não haviam conseguido dissipar.

Simplificaram-se os processos judiciais para a comprovação da paternidade, inclusive restringindo-se as teses defensivas a serem alegadas pelo suposto pai. Assim, a confirmação da paternidade possibilitada pelo progresso científico, também, inegavelmente, corroborou a paternidade responsável.

O investigado que recusar imotivadamente a colaborar com a feitura do teste de DNA, terá a presunção de ser o verdadeiro pai. Inclusive, o STJ veio sumular esse pensamento.

É de tal monta a utilização desse teste que sua feitura pode ser realizada em juízo, inclusive, depois de a sentença haver transitado em julgado, numa flexibilização da coisa julgada, pois esta não alcança a prova genética não realizada.

Efetiva-se o direito ao reconhecimento da filiação, em prestígio da verdade real, a qual está ligada ao direito à identidade.

A descoberta do DNA, juntamente aos princípios constitucionais, mormente ao princípio da dignidade da pessoa humana, levaram o Judiciário a tratar de forma peculiar as demandas investigatórias por meio de presunções legais e mitigando a coisa julgada.

Ressalte-se que, em se tratando de presunção relativa, admite-se prova em contrário, o que não se mostra adequado na ação investigatória, pois, quanto à paternidade, o DNA é capaz de excluí-la totalmente, ou, então, de atestá-la com margem de erro inferior a um por cento. Conforme explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁰:

a importância do exame DNA, destarte, é indiscutível no âmbito da filiação, permitindo, com precisão científica, a determinação da origem. Efetivamente, o exame DNA consegue, praticamente sem margem de erro (certeza científica de 99,999%), determinar a paternidade.

A proteção da dignidade do investigante, então, não é devidamente garantida pela presunção relativa de paternidade, quando da recusa do investigado à submeter-se ao exame de DNA. O mencionado exame, por todo o anteriormente exposto, destaca-se como prova inequívoca para a resolução da questão.

Some-se a isso que, o investigado, ao não colaborar com o exame genético, não comprovou o fato extintivo do direito autoral, qual seja, de não ser o verdadeiro genitor. Ademais, o direito à identidade trata-se de uma matéria de ordem pública.

Outro fator que respalda a mudança é que os contestáveis meios probatórios usados, a exemplo de provas documentais ou testemunhais, os quais ensejaram originalmente a presunção

²⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p.588.

relativa, mostram-se, hoje em dia, desimportantes. Apenas voltam a figurar como enfoque principal na ação, quando não forem conseguidas amostras genéticas do suposto pai.

Faz-se mister rever o pensamento a respeito da aludida presunção, sendo o mais adequado a sua transformação em absoluta. A permanência como relativa, a qual exige análise do contexto probatório, é perversa pois, muitas vezes, inexistem outros meios de prova, impossibilitando atingir uma sentença de procedência.

O investigador, dessa forma, verá ceifado não só seu direito à identidade, mas também, o sustento financeiro. O genitor eximir-se-á de sua responsabilidade perante o filho, o qual já fora rejeitado desde o início, pelo não reconhecimento espontâneo e pela falta de colaboração com o juízo para o reconhecimento judicial.

Assim, não obstante a falta de elo emocional e o abandono afetivo, o qual por si só já acarreta diversos transtornos, tampouco terá o filho o suporte econômico ao qual faz jus, por meio de pensão alimentícia ou terá garantido o seu direito à herança. Apenas à genitora caberá a sua criação e sustento, numa conta desigual.

A despeito da corrente que sustenta ser a presunção relativa a melhor, ou até mesmo que não devesse existir presunção nenhuma, pois violar-se-iam preceitos constitucionais do investigado, tais como o direito à intimidade e à inviolabilidade física, tal mentalidade não é a mais correta.

A visão que traz o direito da não produção de provas contra si para a seara de Família, tampouco é adequada, porque não se trata de ato ilícito, e sim, de paternidade.

Ademais, é preciso dar efetividade ao princípio da paternidade responsável. Conforme corrobora Maria Berenice Dias²¹ acerca da recusa do réu em colaborar com os procedimentos investigatórios:

não têm qualquer significado a palavra da mãe nem a do filho (...) Mais uma vez resta escancarado o exagerado protecionismo ao homem, que acaba sendo o grande beneficiado. Afinal, sempre teve direito ao livre exercício da sexualidade, como prova de virilidade, alvo da admiração e da inveja de todos. A sociedade é conivente com sua postura irresponsável, pela qual paga, ou deveria pagar, o próprio Estado, que precisa cumprir o comando constitucional de assegurar a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes a cidadania.

O melhor interesse do filho deve sempre ser prioridade, permitindo-lhe o descobrimento de sua origem biológica, pela demanda investigatória, sendo-lhe assegurados todos os direitos que o reconhecimento judicial enseja.

Para tal ser concretizado, necessária é a transformação da obsoleta presunção relativa,

²¹ DIAS, op.cit., p.455.

quando da recusa na realização do DNA, em absoluta, conforme corrobora Mônica Sardas²²: "tal presunção deveria ser absoluta, é direito do investigador de ver reconhecido um dos aspectos da dignidade da pessoa humana, que é a filiação."

CONCLUSÃO

O Direito de Família abarcou as relações de parentesco entre seres humanos. Por conseguinte, tal ramo do Direito não se ateve somente às normas escritas, tendo sido, igualmente, moldado pelas transformações na sociedade e pelos princípios constitucionais.

A Constituição de 1988 revolucionou o tema pois trouxe visão ampla no que tange às entidades familiares, prezando pela dignidade da pessoa humana e tratou, sem discriminação, de todas as espécies de filiação.

A proteção à prole, contudo, era frequentemente desrespeitada pelo genitor, quando do nascimento de filho extramatrimonial, pois não realizava o reconhecimento espontâneo, restando a questão a ser resolvida pela via judicial.

No atinente às ações investigatórias de paternidade, notou-se que o contexto probatório, de início, era mormente composto por provas testemunhais ou documentais, sendo que a perícia médico-legal era subsidiária, pois faltava-lhe a precisão necessária para o deslinde do caso.

Os exames hematológicos, até então existentes, tampouco eram dotados de eficácia necessária para a elucidação do vínculo de parentesco.

Assim sendo, devido à escassez de meios exatos para comprovar a paternidade, o legislador amparou-se em criações legais acerca da paternidade, as quais eram relativas, admitidas provas em contrário.

Tempos depois, a ciência progrediu a ponto do descobrimento do exame de DNA, o qual permitia comprovar a paternidade com precisão de praticamente cem por cento.

Tal exame ensejou transformação nas demandas investigatórias, pois flexibilizou a coisa julgada e culminou em nova produção legislativa e sumular sobre o tema, as quais, porém, mantiveram a presunção relativa quando da recusa do suposto pai na realização do exame.

²² Vide nota 9.

Faz-se, então, imprescindível outra inovação jurídica, de modo que seja transformada a mencionada presunção em absoluta, a fim de acompanhar o aperfeiçoamento científico e melhor atender à demanda existente no Judiciário para a correta elucidação da questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

_____. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 71373. Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/126-aerigos-abr-2003/3499-exame-compulsorio-do-dna>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1137425. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RECUSA+DO+EXAME+DE+DNA>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 301. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=281>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Civil 5 - Família e Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil 6- Famílias*. 7. ed. São Paulo: 2015.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; _____. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família: As famílias em perspectiva

constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil 5. Direito de Família e Sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. 2010. 347 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/pt-br.php>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

MARCEL, Guellity. *Ácido desoxirribonucleico*. Disponível em: <<http://www.euquerobiologia.com.br/2014/04/o-que-e-dna.html>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. V.5. Atualização Carlos Alberto Barbosa Moreira. São Paulo: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
_____. *Divórcio: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Direito de Família*. 28. ed. V.6. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARDAS, Desembargadora Mônica de Faria. Entrevista manuscrita concedida na 20ª Câmara Cível, TJ/RJ, em 31 de agosto de 2016.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Coleção Prática do Direito 2: União Estável*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Elvis Rossi da. *Presunção de paternidade: Há inconstitucionalidade na Lei 8.560/92?* Disponível em: < <http://investidura.com.br/ufsc/358-direito-de-familia/334411-presuncao-de-paternidade-hainconstitucionalidade-na-lei-856092>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. V.6. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Côrrea da. *Direito Civil: Direito de Família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

