

Direito ao conhecimento da origem genética x violação do direito da personalidade

Rhaquel Tessele

Aluna de pós-graduação em Direito das Famílias e Sucessões na Faculdade Legale

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.12

RESUMO

Com a publicação da Lei nº 14.138, permitindo nos casos de ação de investigação de paternidade, que se realize o exame de pareamento do código genético (DNA) em familiares do suposto pai, na qual trouxe uma significativa alteração a legislação já existente. Neste contexto o presente estudo tem como escopo analisar a ação de investigação de paternidade no contexto dos direitos da personalidade da criança e de seu suposto pai. Para tanto, serão escrutadas as peculiaridades da ação investigatória da paternidade. Abordando-se os direitos de filiação e paternidade. A temática apresenta controvérsias que despertam importantes discussões, especialmente nas hipóteses de negativa de paternidade. O estudo de referidas questões se mostra relevante, pois se discute o direito à dignidade da criança, sobretudo quando da busca da identidade biológica, do mesmo modo que expõe a questão dos direitos assegurados ao suposto pai e aos demais integrantes da família.

Palavras-chave: inovação legislativa. direitos fundamentais. investigação de paternidade

ABSTRACT

With the publication of Law No. 14,138, allowing in cases of paternity investigation action, the genetic code (DNA) pairing test be performed on relatives of the alleged father, in which he brought a significant change to existing legislation. In this context, the present study aims to analyze the action of paternity investigation in the context of the rights of the personality of the child and his/her supposed father. To this end, the peculiarities of the investigative action of paternity will be seceded. Addressing the rights of parenthood. The theme presents controversies that arouse important discussions, especially in the negative hypotheses of paternity. The study of these questions is relevant, because the right to the dignity of the child is discussed, especially when seeking biological identity, in the same way that it exposes the issue of the rights guaranteed to the supposed father and other members of the family.

Keywords: legislative innovation. fundamental rights. paternity investigation.

INTRODUÇÃO

A ascendência biológica sempre teve importância na sociedade, ganhando maior relevância nos tempos modernos, através da regulamentação jurídica do conhecimento da origem genética através da ação de investigação de paternidade. Nesse caminho evolutivo, a descoberta da paternidade biológica permeou diversos planos, partindo de simples presunções da sua existência até as mais modernas técnicas científicas que contribuem para a determinação precisa da ascendência.

É direito de qualquer indivíduo conhecer seus ascendentes biológicos por herança genética, para ter o nome de seus genitores, em seu registro de nascimento. E em hipótese de o possível pai recusar a reconhecer sua filiação biológica, ele poderá ser acionado Judicialmente, em Ação de Investigação de Paternidade.

Esta ação será movida pelo filho, ou caso o mesmo seja menor ou incapaz, representado

por sua mãe, em desfavor do suposto pai que se recusa a reconhecer a paternidade de maneira amigável. Sendo confirmada a filiação, o filho terá direito de que o sobrenome do genitor conste em seu registro de nascimento e o pai passará a arcar com todos os deveres legais relacionados à paternidade.

O reconhecimento da identidade genética, para aqueles indivíduos que não a tiveram por livre e espontânea vontade do seu genitor, é possibilitada desde os tempos romanos. E chegou aos tempos modernos, evoluindo quanto às restrições no tocante à capacidade e ao objeto, culminando, na atualidade, na livre investigação da sua origem e reconhecimento jurídico da relação de parentesco, inclusive isenta de qualquer ato discriminatório. A evolução patente das ações de investigação de paternidade se torna ainda mais evidente quando se pensa nos meios de prova capazes de provar a filiação.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, deixou-se para trás velhas concepções, considerando a família independente de casamento, conferindo aos filhos todos os direitos, proibindo qualquer discriminação que fosse relacionada à filiação. Desta maneira sendo filho de uma relação matrimonial ou extramatrimonial, o pai tem o dever de promover e respeitar o bem de todos

A filiação, conforme aduz o art. 1.603 do Código Civil, 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.

A presunção relativa - *iuris tantum* - de paternidade, em caso de negativa de se realizar o exame de DNA, cuida-se de entendimento Sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *iuris tantum* de paternidade”.

Essa presunção é relativa pois ela pode, a qualquer tempo, ser afastada, seja por exame de DNA, seja por prova inconteste de infertilidade, por exemplo. Saber a identidade pessoal é de suma importância, pois abrangem uma pluralidade de valores que vão além da identidade genética, como a identidade moral, política e cultural, definindo as características subjetivas de cada ser humano, que se manifestam no nome, nas impressões digitais e nos demais traços que lhes são peculiares, individualizando-o perante seus pares.

O DIREITO DE FILIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Atualmente, a família como instituição mater pode ser apontada como o reflexo das transformações pelas quais o ser humano tem forjado a sua existência, temporalmente circunstanciada. Nela evidencia-se uma sorte de perplexidades que o futuro insinua ou apresenta como inexorável, afirmando a emergencial redefinição do humano e de suas produções culturais

O direito, nesse caso, se situa na ponteira da articulação entre o ser humano perplexo e a necessidade de normatização do real para a concretização e o balizamento ético das demandas, dos sonhos e dos desejos. Exatamente pela posição que o direito ocupa, posição de articulação e de expressão da significação dos planos real, imaginário e simbólico, é que ele se coloca atualmente em algumas situações específicas como se estivesse operando em um vácuo jurídico em que parece que a única luminária que se mantém acesa na imensa abóbada de inter-

rogações é precisamente a intangibilidade da dignidade da pessoa humana.

Não custa advertir que, apesar desse cenário, a filiação é o liame derivado da noção de filia, evocando a amizade, o amor e, especialmente, a responsabilidade recíproca. Desse entendimento advém a ideia de paternidade responsável. A filiação é, em algum momento, parte da agenda de todos os seres humanos, sendo um conceito em constante construção. Trata-se de uma dinâmica que se amplia a partir da pessoa que, no decorrer de sua existência, desenvolve a sua personalidade e a sua identidade pessoal, carecendo de uma espécie de reconhecimento social para afirmar-se como cidadão, como partícipe e como codetentor dos direitos humanos e fundamentais

Dada a relevância dessa modalidade de vínculo, bem como a partir da inescusável referência ao aspecto patrimonial a ele correlato, a família constituiu-se, no decorrer da história da humanidade, como fonte primeira da ideia de identidade. O traço identitário resultante do reconhecimento no seio familiar, destarte, foi sempre fonte de intensa normatização e obteve distintas formas de proteção. A busca pela certificação dos laços consanguíneos intrafamiliares foi historicamente alvo de suposições e também de uma série de afirmações que se delineavam desde a utilização de critérios baseados em credences e em superstições⁵ até o apogeu do uso pós-moderno das tecnologias da identificação genética

Perante esta mudança na sociedade, em que muitas vezes a única responsável pela criação dos filhos é a genitora, veio a Constituição Federal no seu artigo 226 parágrafos 3º e 4º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] §

3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecido a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.(BRASIL, 1988)

O direito de filiação, com a Carta Magna, tornou-se fruto do princípio fundamental da República brasileira, exposto na Constituição, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando os direitos indisponíveis do autor da ação de investigação de paternidade (direito à filiação).

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À FILIAÇÃO

No Brasil, a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental do ordenamento jurídico – positivado no art. 1º, III, da CF de 1988 (BRASIL, 1988), considerado base de nosso Estado democrático de direito, expressando o respeito, a proteção e a intocabilidade essenciais a todos os seres humanos. De modo que não há como aceitar atos e condutas que possam violar tal princípio.

Na filosofia, o princípio da dignidade se associa à ideia do virtuoso, bom e justo, com os valores de segurança, justiça e solidariedade, tornando-se referência dos demais direitos e garantias do homem nas Constituições dos Estados democráticos e nos documentos de órgãos internacionais (REBOUÇAS, 2020).

No plano conceitual, segundo Piovesan (1998, p. 143), a dignidade da pessoa humana

seria:

O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. [...]. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

Assim, como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada norteadora de “todas as normas jurídicas existentes, uma vez que têm influência direta no conteúdo e no alcance das normas” (RIZZATO NUNES, 2002, p. 5), inclusive, é um princípio fundamental “maior”, norteador dos direitos e das garantias constitucionais para a proteção das pessoas.

Dessa maneira, a dignidade humana se coloca no patamar principiológico na CF de 1988 (BRASIL, 1988), com caráter fundamental, que se irradia por todo o ordenamento jurídico e determina todas as diretrizes de elaboração, interpretação e aplicação das demais normas. Atua como espécie de “bússola” dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) na execução das normas e na elaboração de políticas públicas.

Resta evidenciar a vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana com as relações familiares, em particular com os aspectos inerentes à filiação.

Os direitos humanos infantojuvenis têm como referência a doutrina da proteção integral estabelecida pela CF de 1988 (BRASIL, 1988) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069 (BRASIL, 1990). Nesse passo, é imperativo reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, sendo o Estado, a sociedade e família responsáveis pela proteção e garantia, com prioridade absoluta, dos direitos humanos fundamentais dessa população. Isso implica que o escopo maior de proteção se irradia a partir da dignidade da pessoa humana.

O direito à filiação, por ser um direito humano inerente ao aspecto conformador da dignidade da pessoa humana, goza de garantias individuais, que também devem ser asseguradas pelo Estado, como agente precípua, capaz de implementar políticas públicas para que todos tenham direito ao seu reconhecimento paterno. Para tanto, no caso de resistência injustificada por parte do pai biológico, nosso sistema jurídico dispõe da investigação de paternidade como medida judicial, independente do beneficiário ter sido concebido ou não no âmbito de uma relação conjugal reconhecida

São constitucionalmente proibidas quaisquer designações discriminatórias quanto à filiação. Portanto, todos os filhos gerados por um indivíduo são legítimos, independente de terem sido concebidos ou não mediante relação oficialmente reconhecida pelo Estado. A concepção, ainda que indesejada, não pode resultar em negligência no reconhecimento de paternidade, o que impõe uma mácula desarrazoada ao ser humano, devido à sua condição de impotência diante dos fatos que resultaram em sua concepção e sua identidade como pessoa humana.

O princípio da dignidade humana trouxe importantes reflexos à família, com aspectos que orientam a promoção da igualdade com equidade, mediante critérios de moderação com imparcialidade e equivalência para tornar iguais os direitos em determinada situação, considerando as nuances da realidade. Desse modo, entre homens e mulheres, nas relações afetivas

que resultaram em filho(s), deve-se garantir o reconhecimento desse(s) novo(s) ser(es), pouco importando a qualidade de tais relações afetivas, pois, no contexto social contemporâneo, coexistem os mais diversos padrões de família (união estável, incluindo uniões homoafetivas, ou famílias monoparentais).

Dessa maneira, o direito à filiação é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, garantia fundamental assegurada por nossa Carta Magna, razão pela qual o ordenamento jurídico pátrio garante esse direito (como se tem decidido reiteradamente em nossos tribunais, nas mais diversas instâncias).

Vale lembrar que, antes da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o direito à filiação tinha outros aspectos. Os filhos havidos fora da relação do casamento não tinham a possibilidade de inserir-se na linhagem de parentesco consanguíneo paterno para que pudessem acessar, além do direito à filiação, o direito ao nome, à convivência familiar, aos alimentos e à herança, dentre outros. Infere-se que o direito à filiação suscita o reconhecimento de outros direitos de ordem social e patrimonial.

Historicamente, a filiação serviu para assegurar a preservação da família tida como “legítima”. Em virtude disso, os filhos havidos no casamento e aqueles concebidos em relações extraconjugais eram divididos em categorias, como explica Lopes:

Os advindos do matrimônio legalmente constituído eram tidos como legítimos, possuindo assim uma relação jurídica correlata à situação de fato, ligando aquele filho àquele pai, já que a paternidade era presumida nesse caso. Todos os outros nascidos fora de um matrimônio eram considerados de uma categoria inferior – os naturais – que recebiam rótulos conforme sua concepção: adulterinos, incestuosos, bastardos. Nesse caso o pai era sempre “incerto”. A essa segunda categoria era negado qualquer tipo de direito, já que nosso ordenamento continha a proibição do reconhecimento destas crianças.

Essas modelos de filiação permaneceram válidas durante grande parte do século XX. Entretanto, mudanças graduais nas leis acabaram por desvincular o estado de filiação da situação conjugal dos pais, além de equiparar direitos entre os filhos concebidos em uma união oficialmente reconhecida ou não.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Decreto n. 4.377 (BRASIL, 2002b, art. 5º, caput e b) – estabelece orientações semelhantes:

Os Estados-Partes tornarão todas as medidas apropriadas para: [...] b) Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.

E, ainda:

Artigo 16 1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: [...] d) Os mesmos direitos e responsabilidades como pais, qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial; [...] (BRASIL, 2002b, art. 16, caput e d).

Com o advento da Constituição Federal a família adquire importância jurídica, também se tornando alvo de proteção em sua diversidade de composição. O art. 226 da CF de 1988 (BRASIL, 1988) aduz que a família tem proteção especial do Estado, de modo a evitar violações

e trazer garantias à família. Há preocupação no Código Civil de 2002 – Lei n. 10.406 (BRASIL, 2002a) –, que contempla um livro específico sobre o tema, intitulado “Direito de Família”; e, ainda, há outras legislações esparsas que versam sobre tal proteção.

Direito ao conhecimento genético

O refreamento do direito à filiação integral, concebido na perspectiva que ora se expõe, é caracterizado por óbices extraídos da leitura do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo e consubstanciam-se nas seguintes temáticas: (a) a recusa do suposto pai em submeter-se ao exame pericial em DNA e (b) a ausência de lei que regulamente e fiscalize a implantação de laboratórios de análise em DNA para fins de atribuição de paternidade.

O viés ético permeia as reflexões sobre este refrear e, é com esta conotação que se propõe redescobrir o sentido do Direito para o ser humano que busca realizar, integralmente, seu processo de descoberta e autoconhecimento com a revelação de sua ascendência genética paterna.

Neste sentido, impõe-se a defesa da ideia de que o sistema jurídico necessita atender a vida do ser humano e que isto somente será possível, no atual contexto, se o comportamento humano dentro das relações privadas e a codificação jurídica que molda tais relações forem revistos, a partir de uma nova ética.

A primeira reflexão que se propõe fazer diz respeito à recusa do suposto pai a contribuir com a revelação da verdade biológica por meio da análise do exame pericial em DNA. No sistema jurídico brasileiro, a legitimidade da recusa nasceu de um entrave estabelecido entre dois direitos: de um lado, o direito do filho de conhecer sua ascendência genética por meio da análise em DNA, e de outro, o direito do suposto pai negar-se à realização da perícia.

Trata-se de uma hipótese colisão de direitos fundamentais. De um lado, como conteúdo da tutela da dignidade humana do filho - o direito à integridade psíquica que se perfaz com a revelação de sua origem genética, o direito à paternidade responsável, o direito à tutela de sua personalidade humana que se consubstancia, dentre outros aspectos, no direito à filiação integral ou à biparentalidade genética. De outro, também inseridos no conteúdo da tutela da dignidade humana, o direito do suposto pai à integridade física, à liberdade, à intimidade e à vida privada, além da tutela invocada em relação ao princípio da legalidade.

Desta colisão de direitos fundamentais, prevaleceu no sistema jurídico brasileiro o direito do investigado que se consagrou, em julgamento histórico da Suprema Corte em 10 de novembro de 1994 (HC 71.373-4) como prevalente e, em razão disso, tornou-se o primeiro e mais veemente óbice ou refreamento à revelação da verdade científica da filiação, impedindo o conhecimento da ascendência genética por meio do exame pericial em DNA.

Não obstante a decisão em comento ter respeitado as prerrogativas do suposto pai, é importante destacar que ela patenteia no Direito brasileiro a importância da descoberta da ascendência genética paterna, reforçando o debate teórico da construção de um direito fundamental da pessoa humana de conhecer sua origem biológica. O julgado histórico e fundante da Suprema Corte de 1994, ao contrário do que se pudesse pensar, não finda o debate sobre o tema, mas sim inicia toda uma jornada de discussões e reflexões teóricas e empíricas, tais como a solução da colisão de direitos fundamentais, os efeitos da recusa legítima do suposto pai, a presunção

de paternidade por confissão ficta, a inversão do ônus da prova na investigação de paternidade, até chegar-se ao Código Civil que, em seus artigos 231 e 232 contempla a matéria em exame.

Voltando-se, então, para tal ponderação e analisando o conteúdo da invocada tutela da dignidade humana do filho e do suposto pai que firmam o conflito em exame, tem-se no conteúdo da dignidade do filho a busca da revelação da sua ascendência genética paterna para a aquisição de um direito imanente à sua condição de pessoa - a filiação integral e o status de filho -, que contribuem para a formação integral de sua personalidade a partir da identidade pessoal de seus ancestrais.

De outro viés, o conteúdo da dignidade do suposto pai revela-se pela proteção à sua integridade física, à sua intimidade e vida privada ao impedir que se extraia uma gota de sangue, a raiz de um cabelo, saliva ou qualquer outro material de onde se possa extrair DNA, exercitando seu direito de liberdade com base, inclusive, no princípio da legalidade.

A partir da problemática ora exposta, o que se pretende pontuar aqui é a defesa de uma nova forma de conceber o direito ao estado de filiação, para dele emergir uma releitura do sistema jurídico brasileiro no sentido de se fazer prevalecer o direito do filho, em decorrência da premissa teórica de que se está diante de um direito de caráter humanitário e personalíssimo, não mais meramente funcional ou instrumental, de forma a atribuir à descoberta da origem biológica uma relevância maior do que ao 'atentado' à integridade física evitado pelo suposto pai, estabelecendo-se uma hierarquia entre os valores em jogo para proteger aquela das partes que, por certo, não pode ser responsabilizada pelo fato de seu nascimento.

Corroborando a ideia que ora se lança, cumpre destacar que o direito à revelação da ascendência genética e o estado de filiação tem, no contexto atual do sistema jurídico brasileiro, conotação pública, de onde justificar-se que, na hierarquia de valores, prevalece o interesse do filho em relação ao interesse do suposto pai, cujo pleito de proteção à integridade física pode parecer mero interesse particular se contraposto ao direito ao estado de filiação integral, o qual, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar do ser humano, configura, acima de qualquer dúvida, interesse de toda a coletividade.

Esse interesse público, além de estar demonstrado no Brasil pela edição das leis ordinárias já referidas (Leis nº 8.069/90 e 8.560/92), após a consagração constitucional do princípio isonômico da filiação - artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988 - é asseverado pelo advento da prova pericial em DNA, que fez surgir, pela primeira vez no Direito, a possibilidade de se substituir a verdade ficta ou presumida, decorrente de provas indiciárias ou subjetivas, a exemplo da prova testemunhal, pela verdade científica ou biológica com resultado seguro às partes, seja apontando pela exclusão ou pela inclusão de paternidade, evolução esta que não pode ser desconsiderada nos dias atuais na avaliação das provas em demandas investigatórias de paternidade.

O patrimônio genético não é totalmente insensível no seu futuro às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas evitar o incesto, possibilitar a aplicação da proibição de núpcias entre parentes, mas responsabilmente, estabelecer uma relação entre o titular do patrimônio genético e quem nasce". A prevalência do direito do filho deve-se, ainda, à consideração ao direito natural da individualidade e da diversidade, que servem com fundamento para outro direito, o da identificação - pessoal (eu comigo) e social (eu com outros).

Neste viés, tal direito deve fazer com que os direitos fundamentais do investigado cedam em favor daquele - sujeição que encontra respaldo no processo de ponderação e nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Dessa sujeição, abre-se uma outra reflexão deste estudo, que perpassa, também, pelo viés ético: a implementação no Direito brasileiro da obrigatoriedade de submissão à prova genética em DNA, já que se está a tutelar um direito fundamental e de relevância pública, de forma a contribuir com o desvelar da verdade biológica e com o livre desenvolvimento da personalidade, abandonando o jogo de presunções e da verdade ficta que sempre assombrou as lides investigatórias de paternidade. Essa obrigatoriedade encontra fundamentos que afastam a hipótese de torná-la uma regra jurídica que possa se caracterizar como uma afronta à dignidade da pessoa do investigado, a qual permanece preservada, mas é relativizada no processo de ponderação e por razões que justificam a própria obrigatoriedade.

O primeiro desses fundamentos refere-se ao reconhecimento da hegemonia da prova pericial em DNA, notadamente quando utilizada como fonte da verdade genética da filiação. Na sociedade contemporânea, o DNA passou a ser história e destino na vida de quem vem ao mundo sem conhecer sua ascendência genética, e desvelá-la torna-se um direito fundamental na construção da identidade pessoal.

Reconhecimento dos filhos

O reconhecimento dos filhos é o ato jurídico no qual é declarado, voluntária ou involuntariamente, a existência de um vínculo de filiação em favor daquele que não tenha em seu favor a presunção de paternidade.

É de extrema importância o reconhecimento da filiação para que a pessoa possa ter notícia dos seus vínculos de parentesco e familiares, atendido o preceito constitucional do art. 227, caput, que garante à pessoa o convívio familiar. Além disso, o reconhecimento identifica o membro do grupo social como integrante de certa família, garantindo-lhe o direito de ser assistido, adotar o sobrenome dos genitores etc. (RODRIGUES, 2008, p. 115).

Faz-se necessário o reconhecimento em razão da existência da filiação extramatrimonial, ou seja, aquela que não se funda em prévia presunção de paternidade

Havido o reconhecimento do filho, os efeitos se operam retroativamente, já que o reconhecimento apenas atesta uma situação jurídica que sempre existiu, embora ainda não se encontrasse devidamente comprovada. E, por isso, o filho reconhecido somente poderá residir no lar conjugal, quando se tratar de filho advindo de uma relação alheia ao casamento, se houver a anuência do consorte, para se evitar maiores traumas familiares para os dois lados, isto é: ao cônjuge e membros da família daquele que reconheceu seu filho e ao filho reconhecido, que pode ser rejeitado e maltratado pelos outros. Aquele que reconhecer o filho menor terá o direito de exercer a guarda em relação a ele, salvo se for reconhecido por ambos os genitores, sem que entre eles haja sido firmado um acordo quanto à guarda e direito de visita, caso em que será ela conferida em favor daquele que tiver melhores condições, observadas as regras relativas à proteção dos filhos menores ou maiores e incapazes. (RODRIGUES, 2008, p. 116).

O reconhecimento de filiação pode ser realizado por qualquer dos genitores, a qualquer tempo, em conjunto ou por ato individual. Assim, um não depende do auxílio do outro para reconhecer o seu filho. A garantia adjudicada pelo legislador civil visa atender ao princípio de caráter constitucional, conferindo ao menor, especialmente, o direito de saber suas origens

A primeira forma pela qual pode ser realizado o reconhecimento dos filhos é pelo ato voluntário. Manifestando de forma solene, declarando-se como filho pessoa que ainda não tinha prova de filiação.

Qualquer que seja a forma de reconhecimento, a oponibilidade erga omnes somente se inicia com a alteração do Registro Civil, mediante averbação do reconhecimento. No entanto, o reconhecimento produz efeitos retroativos, já que tem efeito declaratório de uma situação jurídica que sempre existiu (Rodrigues, 2008, p. 119).

O reconhecimento somente pode ser manifestado por um dos meios previstos no art. 1.609 do CC. Como se trata de ato solene, a inobservância da forma prevista em lei acarreta a nulidade absoluta do ato, na forma do art. 166, IV, do CC.

Em seu primeiro ato, o reconhecimento pode ser feito no registro de nascimento. Por esta forma, o reconhecimento deve ser somente posterior ao nascimento do filho para ser eficaz. A segunda forma de reconhecimento se dá por escritura pública ou ato particular a ser arquivado em Cartório. A escritura pública é lavrada perante o Tabelião de Notas, conforme o art. 215 do CC. Trata-se de ato formal, exigindo a presença de duas testemunhas.

A terceira forma do reconhecimento voluntário se dá por testamento, não havendo restrição quanto à modalidade de testamento.

Por fim, a última forma do reconhecimento se exterioriza pela manifestação direta perante o juiz, ainda que esse não seja o principal e único objeto da declaração.

O reconhecimento involuntário, forçado ou judicial, se dá através da ação de investigação de paternidade. Tal ação tem por objetivo demonstrar o vínculo de filiação entre o pai e seu filho. Trata-se de direito personalíssimo e indisponível.

Dispõe efetivamente o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90): “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”.

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A ação de Investigação de Paternidade é o meio pelo qual o filho poderá pleitear seu reconhecimento filial por meio do Poder Judiciário, para que se estabeleça o possível vínculo jurídico entre pai e filho.

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

O direito brasileiro evoluiu com mudanças ocorridas na sociedade e em sua cultura, como já citado anteriormente. As novas normas dão maiores proteções e igualdade às famílias estabelecidas extraconjugual, diferentemente do Código Civil de 1916, que distinguia os filhos havidos fora do matrimônio, definindo-os como adulterinos e incestuosos.

Trata-se de direito personalíssimo e indisponível. Dispõe efetivamente o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90): “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”.

Os efeitos da sentença que declara a paternidade são os mesmos do reconhecimento voluntário e também ex tunc: retroagem à data do nascimento (CC, art. 1.616). Quando se trata

de ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, tem aplicação a Súmula 277 do Superior Tribunal de Justiça “Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação”.

Em algumas situações, todavia, existindo prova robusta relativa à filiação (por exemplo, exame de DNA), entendemos ser possível a fixação dos alimentos antes mesmo da sentença, por meio de medida cautelar ou tutela antecipada, no início do processo ou mesmo no curso da instrução probatória. E assim se tem orientado a doutrina e a jurisprudência. (RODRIGUES, 2004, p. 328).

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

Hoje, a ação pode ser ajuizada sem qualquer restrição (ECA. art. 27), isto é, por filhos outrora adulterinos e incestuosos, mesmo durante o casamento dos pais. A moderna doutrina, secundada pela jurisprudência, tem reconhecido legitimidade para a propositura, representado pela mãe, não só em face do que dispõe o parágrafo único do art. 1.609 do Código Civil, como também por se tratar de pretensão que se insere no rol dos direitos da personalidade e na ideia de proteção integral à criança, consagrada na própria Constituição Federal. (GONÇALVES, 2015, p. 360).

A sentença que julga procedente ação de investigação de paternidade faz coisa julgada também em relação aos demais filhos do investigado, ainda que só este tenha sido parte no processo. A ação de investigação de paternidade pode ser ajuizada, sem restrição, por qualquer filho havido fora do casamento. O art. 363 do Código Civil de 1916 exigia a prova de um dos seguintes fatos: a) que ao tempo da concepção sua mãe estivesse concubina com o pretendido pai; b) que a concepção coincidissem com o rapto de sua mãe pelo suposto pai, ou de suas relações sexuais com ela; c) que existisse escrito daquele a quem se atribuía a paternidade, reconhecendo-a expressamente. Bastava à prova, pelo menos, de uma dessas hipóteses.

Hoje, no entanto, com o exame de DNA, é possível afirmar-se a paternidade com um grau praticamente absoluto de certeza. A incerteza trazida aos autos pela exceção oposta pelo réu já não conduz, necessariamente, à improcedência da ação, pois mesmo comprovado o plurium concubentium, tal exame demonstrará, com elevado grau de certeza, quem é o verdadeiro pai. Por essa razão, o Código Civil de 2002 não especifica os casos em que cabe a investigação da paternidade. Poderá ser requerido, assim, como único meio de prova, o exame hematológico.

Ninguém pode ser constrangido a fornecer amostras do seu sangue para a realização da prova pericial. No entanto, a negativa do réu pode levar o juiz, a quem a prova é endereçada, a interpretá-la de forma desfavorável àquele, principalmente havendo outros elementos indiciários.

Presunção de paternidade

A Lei 8.560/92 foi alterada pela lei 12.004/2009 regulamentando a investigação de paternidade, determinando que a recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, gera a presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (BRASIL, 2009)

Este entendimento já era predominante no judiciário, especificamente a partir do ano de 2004 quando o STJ editou a Súmula 301 pacificando o entendimento de que a recusa na realização do exame de DNA gera presunção juris tantum de paternidade. Isso quer dizer que essa presunção não desonera o autor de comprovar a existência do íntimo relacionamento do suposto

pai com a sua mãe, cabendo ao magistrado apreciar todas as provas constantes nos autos a fim de proferir a sentença.

Desse modo, fica claro que na ação de investigação e paternidade, todos os meios legais são válidos para fins comprobatórios, desde que sejam moralmente legítimos, conforme regra do parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.004/09, de onde se lê: “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”

Portanto, a recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA, não é suficiente para a declaração da paternidade, será necessário a comprovação do efetivo relacionamento do casal e indicativos de que mantiveram relacionamento sexual no período compatível com a gravidez.

Novidades acerca da Lei 14.138 /21

Promulgada em abril de 2021 a Lei 14.138 acrescentou o §2º ao artigo 2º-A da Lei 8.560/1992, que regulamenta a investigação de paternidade. Diante disto o referido artigo passou a seguinte redação *in verbis*:

§ 2º Se o suposto pai houver falecido ou não existir notícia de seu paradeiro, o juiz determinará, a expensas do autor da ação, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais próximo aos mais distantes, importando a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

Mesmo podendo se interpretar de forma contrária, sempre foi permitido realizar o teste de DNA com parentes do que supostamente venha a ser o genitor da criança ou mesmo de quem pretenda ter seu vínculo reconhecido, esteja o mesmo em local incerto ou morto.

A grande novidade que destaca-se, é a possibilidade da aplicação da presunção de paternidade nos casos de recusa da realização do exame de pareamento do Código genético (DNA) pelos parentes do suposto pai.

No Brasil, no que pese o fato de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si, em sede de ação de investigação de paternidade, havendo a recusa do suposto pai (investigado) em realizar o exame de DNA, é possível a presunção da paternidade ser aplicada, em observância ao que fora sumulado pelo STJ, vejamos:

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. (Súmula 301 STJ, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425)

Com o advento da lei 14.138/2021, a possibilidade de presumir-se a paternidade pela não realização do exame pericial por conta da recusa da parte investigada foi estendida aos casos em que, essa recusa, é dos parentes do investigado. Questão polêmica, frise-se!

Cabe ressaltar, e isso é importante, que a presunção precisa ser corroborada por um acervo probatório trazido aos autos pelo autor da demanda - o investigante.

Em síntese, a recusa não é garantia, por si só, de que a ação terá um desfecho exitoso e a paternidade será reconhecida, porquanto é necessário, invariavelmente, a análise de todo o contexto de provas que se tem nos autos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe bases para diversas questões elencadas pelo Direito Civil e outros tantos ramos do direito, contudo, ainda está longe de resolver todos os dilemas jurídicos atuais e os que ainda estão por vir, em especial aqueles oriundos das novas possibilidades por meio do avanço científico.

Dentro do Texto Maior, por exemplo, temos as bases do direito de família, prevendo a igualdade de direitos entre cônjuges e companheiros, bem como entre filhos, independentemente de suas origens.

Não restam dúvidas quanto ao entendimento de que a negativa de o suposto pai em se submeter ao exame de DNA gerar a presunção *juris tantum* de paternidade, conforme entendimento da Súmula 301 do STJ e da Lei Federal 12.004/09 que alterou a Lei 8.560/92 acrescentando que gerará a presunção da paternidade, em ação de investigação de paternidade, se recusar a se submeter a exame de DNA a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Cabe salientar que com a promulgação da Lei 14.138, publicada em 19 de abril de 2021, não houve significativas alterações acerca da presunção da paternidade, visto que a legislação já permitia o exame de DNA em parentes do suposto pai caso este estiver em local não sabido ou seja ele falecido.

A grande mudança, foi relativa a poder ser aplicada presunção de paternidade caso este parente se recuse a fornecer material genético para tal exame.

Sendo assim, essa negativa não gera presunção absoluta, ficando o suposto parente com a prerrogativa de negar a suposta paternidade, caso não haja elementos que provem o relacionamento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, seção 1, 16 set. 2002b.

BRASIL. LEI 8.069. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de julho de 1990

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, seção 1, 11 jan. 2002a.

BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, seção 1, 30 dez. 1992.

BRASIL. LEI Nº 14.138, DE 16 DE ABRIL DE 2021. Acrescenta § 2º ao art. 2º-A da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, para permitir, em sede de ação de investigação de paternidade, a realização

do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes do suposto pai, nos casos em que específica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14138.htm. Acesso em 20 de out. 2021

BRENDLER, K. M.; BOLZ, F. Projeto quem é meu pai? e sua relação com o direito à filiação. Curitiba: Edunisc, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto Direito Civil Brasileiro - Vol. 6 - Direito de Família - 14ª Ed. 2017. Ebook

LOPES, Lucas Marques. A chancela da simultaneidade familiar através do reconhecimento da união estável putativa no ordenamento jurídico brasileiro. 2015.

PIOVESAN, F. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: MARCÍLIO, M. L.; PUSSOLI, L. Cultura dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 1998.

REBOUÇAS, Glauber Dantas. E agora, juiz?: o poder judiciário entre uma constituição utópica e uma sociedade distópica. 2020.

RIZZATO NUNES, L. A. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÚMULA N. 301 - Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito de família. 14 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019.