



Centro Universitário de Brasília – UniCeub  
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais  
Curso de Direito

**CHRISTIAN RÉGIS MANTOVANI**

**MEIOS DE PROVA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE  
E CONSEQUÊNCIAS DA PRESUNÇÃO POR NEGATIVA AO EXAME  
DE DNA: UMA ANÁLISE DO PRISMA SOCIOAFETIVO**

Brasília  
2012

**CHRISTIAN RÉGIS MANTOVANI**

**MEIOS DE PROVA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE  
E CONSEQUÊNCIAS DA PRESUNÇÃO POR NEGATIVA AO EXAME  
DE DNA: UMA ANÁLISE DO PRISMA SOCIOAFETIVO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Me. Einstein Lincoln Borges Taquary.

Brasília

2012

**CHRISTIAN RÉGIS MANTOVANI**

**MEIOS DE PROVA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE  
E CONSEQUÊNCIAS DA PRESUNÇÃO POR NEGATIVA AO EXAME  
DE DNA: UMA ANÁLISE DO PRISMA SOCIOAFETIVO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.  
Orientador: Prof. Me. Einstein Lincoln Borges Taquary.

Brasília, 11 de Maio de 2012.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Einstein Lincoln Borges Taquary, Me.  
Orientador

---

Prof.  
Examinador

---

Prof.  
Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

*Direciono os meus agradecimentos à minha família pelo apoio moral durante a minha jornada e ao meu orientador pela disponibilidade e oportunidade conferidas a mim para a realização deste trabalho final de conclusão de curso.*

## RESUMO

O Direito de Família altera-se constantemente no ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência da aplicação oportuna dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 e especialmente em virtude do princípio da socioafetividade do Direito Civil, o qual indica à Carta Magna como proceder, com o intuito de que todos os indivíduos sejam tratados de maneira igualitária, fazendo com que a família socioafetiva tenha uma relevância tão importante quanto a família biológica, sem qualquer distinção ou discriminação. Desse modo, foi abordada na presente monografia a ação de investigação de paternidade, bem como os meios de prova admitidos e as consequências jurídicas da presunção de paternidade em decorrência da negativa em se produzir o exame pericial de DNA, que de tão importante na atualidade praticamente inviabiliza o exercício de defesa por parte do investigado, às vezes até ferindo os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o que o torna elevadamente polêmico e controverso na doutrina e jurisprudência brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Paternidade. Filiação. Socioafetividade. Exame de DNA. Investigação. Biológica.

## **ABSTRACT**

The family law subject changes constantly in the Brazilian legal system, due to the right application of the fundamental principles of the Constitution of 1988 and especially as a consequence of the principle of socioaffective of Civil Law, which indicates to Constitution how to proceed, in order that all citizens be treated equally, making the socioaffective family has the same relevance of the biological family, without any distinction or discrimination. Thus, has been discussed in the present monograph the action of paternity investigation, as well as the evidence admitted and the legal presumption of paternity as a result of refusal to produce the forensic examination of DNA, which is so important nowadays that almost derail the defense exercise of defendant, sometimes preventing constitutional principles of contradictory and full defense, which makes the test highly polemic and controversial in the Brazilian doctrine and jurisprudence.

**KEY-WORDS:** Paternity. Filiation. Socioaffective. DNA test. Investigation. Biological.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
<b>1 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE:.....</b>	<b>9</b>
1.1 Procedimento da ação.....	9
1.2 Recusa do investigado ao exame de DNA.....	15
1.3 Presunção de paternidade .....	20
<b>2 MEIOS DE PROVA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE... 29</b>	
2.1 Provas documentais .....	29
2.2 Provas testemunhais.....	31
2.3 Provas periciais.....	33
2.4 Confissão.....	38
<b>3 CONSEQUÊNCIAS DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE E A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA .....</b>	<b>40</b>
3.1 Recusa ao exame pericial .....	40
3.2 A investigação da paternidade socioafetiva.....	43
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>53</b>

## INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho são os meios de prova na ação de investigação de paternidade e as consequências da presunção por recusa ao exame de DNA. O objetivo geral é tratar sobre a ação em si, quais os meios de prova admitidos, com maior ênfase ao exame pericial de DNA. Mais especificamente, o trabalho visa analisar as consequências da presunção de paternidade por negativa ao referido exame pericial e fazer um paralelo entre a paternidade biológica e socioafetiva no ordenamento pátrio.

O problema exposto refere-se a aplicação automática do enunciado 301 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (a qual afirma que a negativa ao exame gera a presunção relativa de paternidade), sem a devida análise do conjunto fático-probatório do caso concreto.

As hipóteses são considerar todas as formas de prova e a possibilidade de se determinar a paternidade socioafetiva, quando possível, para aplicar a Súmula em questão de forma mais justa e equilibrada.

O marco teórico é a obra *Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos*, da autora Maria Cristina de Almeida. O método utilizado é o de indução, por meio de obras doutrinárias na área de Direito de Família e jurisprudência dos Tribunais estaduais e superiores.

A justificativa consiste em questionar o entendimento de que a ação de investigação de paternidade se resume a produção do exame de DNA, tendo em vista a importância dos demais meios de prova na análise da questão, sob o risco de se transformar o Poder Judiciário em mero homologador de laudos periciais e impedir o exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa por parte do investigado.

No primeiro capítulo, será abordado o procedimento da Lei de Ação de Investigação de Paternidade, a recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, além da presunção de paternidade.

No segundo, serão analisados os meios de prova na referida ação, abordando as provas documentais, testemunhais, periciais e a confissão, e o peso que cada uma possui na prática.

Por fim, o terceiro capítulo tratará das consequências pela recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA e fará uma comparação entre as paternidades biológica e socioafetiva no direito brasileiro.

## 1 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Este capítulo visa explicar e detalhar o procedimento da ação de paternidade, que é a busca da filiação não reconhecida voluntariamente e também o suporte inicial para o desenvolvimento do presente trabalho.

### 1.1. Procedimento da ação

O filho havido fora do casamento, em cujo nascimento não conste registro do nome do pai ou da mãe, possui o direito de promover a ação de investigação de paternidade ou maternidade, com o intuito de obter, de forma oficial, a definição de seus nomes e, conseqüentemente, a regularização do seu registro de nascimento.<sup>1</sup>

O reconhecimento voluntário poderá ser feito por simples declaração no cartório de Registro Civil, por escritura pública ou particular, por testamento, ou mediante declaração da mãe ao Oficial do Cartório de Registro Civil, com a intervenção do juiz.<sup>2</sup>

Nesse último caso, o Oficial remeterá ao juiz a certidão e, em separado, o prenome e a qualificação do suposto pai. Após, o juiz ouvirá a mãe e depois notificará o suposto pai. Caso o suposto pai não compareça a juízo ou negue a paternidade, os autos serão encaminhados ao representante do Ministério Público para que intente a ação de investigação de paternidade.<sup>3</sup>

O juiz possui a faculdade de encaminhar ou não os autos ao representante do Ministério Público, e este, constatando a existência dos pressupostos necessários, ingressará com a ação de investigação de paternidade.<sup>4</sup>

Por outro lado, caso o suposto pai confirme a paternidade, o juiz mandará lavrar um termo de reconhecimento e remetê-lo ao Oficial para que se proceda à averbação.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**, v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 307.

<sup>2</sup> GAMA, Ricardo Rodrigues. **Investigação de paternidade**. Leme: Editora de Direito Ltda, 2000, p. 10.

<sup>3</sup> GAMA, Ricardo Rodrigues. **Investigação de paternidade**. Leme: Editora de Direito Ltda, 2000, p. 10.

<sup>4</sup> GAMA, Ricardo Rodrigues. **Investigação de paternidade**. Leme: Editora de Direito Ltda, 2000, p. 10.

O filho não reconhecido de forma voluntária pode alcançar o reconhecimento judicial, forçado ou coativo, por meio da ação de investigação de paternidade, que é uma ação de natureza declaratória e imprescritível.<sup>6</sup>

Dispõe o art. 27 da Lei n. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

Art. 27 O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

Mesmo a ação sendo imprescritível, os efeitos patrimoniais do estado da pessoa prescrevem. Em razão disso, a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal diz que "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança". Esta possui prazo prescricional de dez anos, o qual começa a correr no momento em que foi reconhecida a paternidade, conforme o art. 205 do Código Civil de 2002.<sup>7</sup>

A legitimidade ativa para o ajuizamento da ação é do filho. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, por isso a ação é privativa dele. Caso seja menor, será representado pela mãe ou tutor.<sup>8</sup>

Também é possível que a ação seja ajuizada pelo Ministério Público, na qualidade de parte, desde que haja elementos suficientes, quando o Oficial do Registro Civil encaminhar ao juiz os dados sobre o suposto pai, fornecidos pela mãe no momento do registro do filho (STJ, REsp 169.728-MG, DJU, 21/9/1998). Nesse

---

<sup>5</sup> GAMA; Ricardo Rodrigues. **Investigação de paternidade**. Leme: Editora de Direito Ltda, 2000, p. 10.

<sup>6</sup> GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, 8. ed., p. 351.

<sup>7</sup> GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, 8. ed., p. 351.

<sup>8</sup> GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, 8. ed., p. 353.

caso, há uma legitimação extraordinária ao Ministério Público, na defesa dos interesses do investigado.<sup>9</sup>

Já a legitimidade passiva será do suposto pai, ou então da mãe, quando a ação for de investigação de maternidade. Caso o demandado já tenha falecido, a ação deverá ocorrer contra os herdeiros desse.<sup>10</sup>

A produção de provas acontece depois do saneamento do processo, ou seja, vencendo o juiz as preliminares, eventualmente requeridas pelo réu no prazo de resposta ou pelo Ministério Público em seu parecer inicial, e, não sendo o caso de julgamento conforme o estado do processo (arts. 329/330 do CPC), este último geralmente incorrente em sede da ação de investigação de paternidade, em face de ela versar sobre direito indisponível, leva-se a efeito a produção da prova pericial (art. 420 do CPC) e posteriormente a prova testemunhal realizada em audiência.<sup>11</sup>

O laudo pericial é o documento que representa o trabalho realizado pelo perito. Requer que seja feito por pessoa apta a pronunciar-se sobre determinada questão, ou seja, um especialista capacitado no assunto. Porém, deve ser formulado de modo que permita a leitura e a compreensão de leigos na matéria técnica estudada<sup>12</sup>, e por isso:

Deve ser explícito, transparente e, sempre que possível, não deixando a menor dúvida quanto ao seu conteúdo, às suas explicações e conclusões, informando os métodos utilizados e os resultados obtidos.<sup>13</sup>

É no laudo pericial que o perito responde aos quesitos formulados pelas partes e pelo juiz. Constitui o instrumento pelo qual "o técnico responde a

---

<sup>9</sup> GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, 8. ed., p. 355.

<sup>10</sup> GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, 8. ed. p. 356.

<sup>11</sup> CRUZ; José Aparecido da. **Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro: Teoria - Legislação - Jurisprudência**. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 134.

<sup>12</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 81.

<sup>13</sup> GOMES; Hélio. **Medicina legal**, 1997 apud NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 81.

todas as indagações escritas e articulações que lhe forem formuladas".<sup>14</sup> Contém as conclusões do profissional sobre a matéria submetida a sua apreciação, objeto da perícia.<sup>15</sup>

Mesmo com o silêncio da lei, o perito deve observar algumas formalidades, como elaborar um relatório, uma parte expositiva ou descritiva, uma conclusão, resposta aos quesitos e, eventualmente, anexos.<sup>16</sup>

A produção e apresentação do laudo pericial ao juiz ocorre da seguinte forma:

O relatório é a parte introdutória, na qual são informados os nomes das partes envolvidas, o objeto e a finalidade da perícia, bem como o local, a data e a hora que foi realizada. Na parte expositiva ou descritiva, são informados os critérios e métodos utilizados na execução do trabalho, bem como os dados colhidos. Na conclusão, são declinadas as inferências extraídas daquilo que foi constatado durante a perícia. As conclusões têm fundamento nas análises efetuadas.

Em seguida, o perito responde aos quesitos formulados, de forma objetiva. Ao final, dependendo da natureza do caso, anexam-se fotos e outros materiais pertinentes, se houver. O laudo deve ser assinado em sua última folha, rubricando-se as demais, o que confere autenticidade ao documento.

Em processos de investigação de paternidade, o laudo remetido a juízo deve conter, necessariamente, a identificação dos indivíduos testados (mãe, filho e suposto pai), a descrição da metodologia aplicada, os resultados obtidos, uma conclusão e a assinatura do perito responsável. Além disso, deve mencionar o número do processo judicial a que se refere, o Juízo que determinou a perícia, o número ou código do caso utilizado pelo laboratório, o objeto da análise, a data da coleta do material utilizado para a extração do DNA, bem como demais informações que se mostrarem necessárias ou úteis para sua correta aplicação.

Quanto à identificação do indivíduo, todos os dados possíveis devem constar do laudo, como número do documento de identidade e inscrição no CPF, domicílio, nacionalidade, naturalidade, data de nascimento, estado civil etc. Não pode restar qualquer dúvida quanto à identificação das partes. Incertezas quanto à correta identidade dos envolvidos comprometem a perícia, colocando seus resultados sob suspeita. Havendo menor a ser submetido ao exame, requer seja assistido por seu representante legal.

Após apresentar os resultados, o perito emitirá sua conclusão a respeito do que foi verificado. Em investigação de paternidade, são

---

<sup>14</sup> ROSA; Marcos Valls Feu. **Perícia Judicial: Teoria e Prática**, 1999 apud NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 81.

<sup>15</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 82.

<sup>16</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 82.

duas as possíveis conclusões: ou o investigado é excluído de ser o pai biológico do investigante, sendo afirmada a inexistência do vínculo genético, ou é incluído, sendo apontada a probabilidade de paternidade auferida.

A função do laudo pericial é fornecer subsídios para o correto esclarecimento dos fatos sobre os quais versa a demanda. Presta-se a amparar o juiz em seu julgamento como elemento de convicção, motivo pelo qual requer cercar-se de cautelas, para que cumpra efetivamente os objetivos a que se propõe e esclareça de forma inequívoca a questão submetida à perícia.<sup>17</sup>

No momento da contestação, o réu deve combater os argumentos alegados na inicial, pugnano pela produção de provas que entender serem necessárias. Se deixar de produzir provas, limitando-se apenas a negativa pura e simples, arrisca-se a um decreto condenatório.<sup>18</sup>

Uma das possibilidades de defesa do réu é a alegação da *plurimum concubentium*, que consiste em alegar que a mãe do autor, ao tempo da concepção deste, possuía relações concubinárias prolongadas, com mais de um homem. Os tribunais advertem que essa modalidade de defesa deve ser cumpridamente provada.<sup>19</sup>

O suposto pai deve provar em juízo que suas relações sexuais com a mãe do autor não foram exclusivas, e que não havia entre eles o mínimo de fidelidade necessário para um relacionamento sério. Embora a prova mais robusta seja a testemunhal, alguns documentos poderão servir para as alegações, tais como bilhetes, recados, que sugiram algum indício de encontro com outros homens.<sup>20</sup>

Essa forma de prova, apesar de válida, é considerada arriscada para o réu, pois, caso ele declare que a mãe do autor possuiu diversos relacionamentos à época da concepção, e posteriormente o juiz defira o exame de DNA, comprovando que o réu é realmente o pai, ficará ele com uma prova imprestável nos autos.<sup>21</sup>

Outra forma de defesa do réu na contestação é invocar a má conduta notória da mãe do investigante, provando que ela levava uma vida

---

<sup>17</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 82-84.

<sup>18</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 74.

<sup>19</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 75.

<sup>20</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 75.

<sup>21</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 76.

desonesta e desregrada, fato público e notório por um considerável número de pessoas. O réu alegará que a mãe frequentava lugares suspeitos, em companhia de outras pessoas de vida igualmente dissoluta, ou ainda que a mãe oferecia e aceitava encontros com outros homens, comportando-se de maneira suspeita nesses casos.<sup>22</sup>

Esse tipo de defesa deve ser acompanhado de provas inequívocas, tanto testemunhais quanto documentais, e necessita de dois requisitos, quais sejam: a notoriedade de má conduta da mulher e a sua coincidência com a época presumível da concepção. É uma questão estritamente de fato e deve ser apreciada pelo juiz.<sup>23</sup>

Além dessas formas de defesa citadas, pode o réu alegar a sua impossibilidade física em ser o pai do investigante. Essa impossibilidade pode ser instrumental ou por esterilidade.<sup>24</sup>

A impossibilidade instrumental inviabiliza o ato sexual. É chamada de *impotência coeundi*, incapacidade do indivíduo de *introductio penis intravas*, ou seja, a falta de ereção do membro sexual, que impede o homem de praticar o ato sexual. Essa impotência caracteriza-se por uma falha biológica do homem, por casos de hiposadia, existência de malformações, defeitos produzidos por acidentes, ou causas psíquicas, tornando impossível a cópula.<sup>25</sup>

Já a impossibilidade por esterilidade caracteriza-se por não apresentar o seu detentor, no líquido espermático, do número mínimo de células com capacidade fecundante, ou quando as apresenta, ocorre a morte dessas células, pouco tempo após a ejaculação. O homem estéril pratica o ato sexual, porém não chega a fecundar a sua parceira.<sup>26</sup>

Quaisquer que sejam as espécies de impossibilidade alegadas, para serem consideradas pelo juiz, devem ser absolutas. As alegações podem ser

---

<sup>22</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 78.

<sup>23</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 78.

<sup>24</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 79.

<sup>25</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 79.

<sup>26</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 79.

comprovadas por meio de perícia médica, no caso de esterilidade, ou pelo exame de verificação da capacidade fecundativa, em caso de impotência instrumental.<sup>27</sup>

## 1.2 Recusa do investigado ao exame de DNA

Além das formas de defesa expostas anteriormente, pode o réu, em sua defesa, recusar-se à submissão ao exame pericial de DNA, alegando que o silêncio é um direito seu e ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, o que é admitido no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>28</sup>

Segundo a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), à qual o Brasil faz parte, em seu artigo 8º, enunciado nº 2, alínea "g", todos os cidadãos têm o direito de não serem obrigados a depor contra si mesmo, nem a confessarem-se culpados. Já na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXIII, está expresso que todos têm o direito de permanecerem calados, e por isso ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, e por essa razão não se deve forçar ninguém a realizar o exame de compatibilidade de sangue e nem o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), pois mesmo que sejam necessárias somente algumas gotas para se realizar o exame, não se pode exigir que ninguém o preste, porque isso interfere nas garantias fundamentais que baseiam e sustentam o Estado democrático de direito.<sup>29</sup>

Fazendo uma referência ao direito comparado, o direito da pessoa de não ser obrigada a produzir prova contra si mesma está declarado na emenda nº V da Constituição dos Estados Unidos e está ligado à consagração do direito ao silêncio, reconhecido também em nossa Carta Magna de 1988.<sup>30</sup>

Dando sequência a esse raciocínio, em países como a França, Bélgica e a Província de Quebec, no Canadá, também não aceitam a imposição da

---

<sup>27</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 80-81.

<sup>28</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 81.

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>30</sup> DOTTI, René Ariel. **O exame de DNA e as garantias do acusado**, In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 276.

realização do exame de DNA, com base no duplo fundamento da inviolabilidade do corpo e da vida privada do indivíduo.<sup>31</sup>

Por outro lado, a negativa do réu em submeter-se ao exame pode levar o juiz a interpretar a recusa de forma desfavorável àquele. De acordo com esse entendimento, dispõem os arts. 231 e 232 do Código Civil e a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça:<sup>32</sup>

Art. 231, Código Civil: "Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa".

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

**Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.**

Essa presunção que resulta da recusa do réu em submeter-se ao exame pericial não deve, todavia, ser tida como absoluta<sup>33</sup>, não merecendo ser considerada quando contrair outros elementos indiciários presentes nos autos, como a não comprovação das relações sexuais com a mãe do autor e a farta demonstração da *exceptio plurium concubentium*. Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como no julgado EI 000173.589-2/01-Patrocínio, 2ª Câmara Civil, rel. Desembargador Abreu Leite, j. 14-4-2002, o qual afirma que:

Em ação de investigação de paternidade, a recusa do investigado em se submeter à realização do exame de DNA é um forte indício de veracidade dos fatos alegados. Porém, não pode a paternidade ser declarada apenas com base nesta recusa, principalmente quando fartamente comprovada nos autos a *exceptio plurium concubentium*.

A propósito, a Lei nº 12.004, de 29 de Julho de 2009, acrescentou à Lei nº 8.560, de 29 de Dezembro de 1992, o art. 2º-A, cujo parágrafo único assim dispõe: "A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA

<sup>31</sup> DOTTI; René Ariel. **O exame de DNA e as garantias do acusado**, In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 276.

<sup>32</sup> GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 6: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011, 8. ed., p. 361-362.

<sup>33</sup> PEREIRA; Caio Mário. **Instituições**, v.5 apud GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, v.6: direito de família. São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 2011, p. 362.

gerará a presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório." <sup>34</sup>

Mesmo quando a paternidade é reconhecida expressamente em sentença transitada em julgado, só haverá coisa julgada material quando tiverem sido produzidas todas as provas possíveis nos autos, ou seja, só quando houver provas documentais, testemunhais, periciais, em especial o exame de DNA, e o depoimento pessoal das partes. <sup>35</sup>

Em nosso sistema operacional, nenhum juiz ou tribunal poderá obrigar o suposto pai a doar material para o exame pericial, e esse fato não significará a ocorrência do crime de desobediência, pelo fato de que a recusa a prestar o referido exame pode comprometê-lo na esfera penal e no campo das obrigações civis. Caso se proceda ao exame mesmo assim, ou seja, contra a vontade do indivíduo, além da prova ser considerada ilegal, a ação tipifica o crime de constrangimento ilegal ou abuso de autoridade. <sup>36</sup>

A possibilidade de condução coercitiva do investigado já foi questionada e afastada pelo Supremo Tribunal Federal, por entender que a diligência ofende a preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo, do império da lei e da inexecução de obrigação de fazer. <sup>37</sup>

A recusa à realização ao exame genético é um dos mais difíceis problemas a serem resolvidos na investigação de paternidade. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é obrigatória a produção dessa prova, como se verifica no REsp 215.247, da 4ª Turma Criminal do STJ, julgado em 05.10.1999, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU em 06.12.1999, ao afirmar que:

---

<sup>34</sup> GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, v. 6: direito de família. São Paulo: Saraiva, 8. ed., 2011, p. 362.

<sup>35</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Direito de família**: questões controvertidas apud GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, v.6: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011, 8ª ed., p. 365.

<sup>36</sup> VARGAS; Glaci de Oliveira Pinto Vargas; WERLANG, Maslova. **Paternidade - Investigação Judicial e Coisa Julgada**. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 63-64.

<sup>37</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67.

Na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica, sobretudo quando custeada pela parte interessada, desprezar a produção da prova genética do DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz. No campo probatório, a grande evolução jurídica continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, no HC 71373-4-RS, julgado em 10.11.1994, rel. Marco Aurélio, por maioria de votos, Boletim Informativo n. 31, de novembro de 1996, da PGJ do RS, entendeu não ser possível a condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA, nos seguintes termos:

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 de 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.

Com isso, instalou-se um conflito entre o STF e o STJ, já que o primeiro garantiu ao investigado o direito de recusa ao exame, enquanto que o STJ determinou a produção dessa prova, entendendo que o estado do filho é “um direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética, um direito de personalidade à descoberta de sua real identidade, e não mais apenas um vínculo presumido por disposição em lei”.<sup>38</sup>

A condução do réu "debaixo de vara" para a efetivação do teste de DNA revela-se como uma medida arbitrária, desprovida de qualquer amparo legal. Uma determinação judicial nesse sentido viola direitos fundamentais do ser humano, o que caracteriza-se como uma afronta à Constituição Federal de 1988. Demonstra ser uma medida excessiva, passível de *habeas corpus*, por ferir a liberdade do indivíduo em descompasso com o ordenamento jurídico pátrio.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> ALMEIDA; Maria Cristina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 48-49.

<sup>39</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 104.

O direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem são direitos decorrentes da condição de pessoa, e ocorrem automaticamente da própria existência do ser humano. Representam o mínimo necessário para o desenvolvimento digno do cidadão. São direitos da personalidade, cujo objeto são os bens e os valores indispensáveis à pessoa, seja na acepção física, moral ou intelectual.<sup>40</sup>

Assim sendo, a condução coercitiva é vista por parte da doutrina pela seguinte forma:

Em sede de investigação de paternidade, a condução forçada do investigado para a realização do exame de DNA, com retirada de sangue ou outro tecido de seu corpo sem o seu consentimento, ofende direitos protegidos pela Constituição, direitos da personalidade, fundamentais. A ordem judicial que determina a condução debaixo de vara fere a liberdade, a integridade física e a intimidade do suposto pai. Assim agindo, a autoridade judicial extrapola seus limites, age com o abuso de poder. Revela-se o ato desprovido de juridicidade, inconstitucional, na medida em que colide com direitos fundamentais do indivíduo, contra os quais é vedada a interferência lesiva do poder público. O constrangimento causado ao réu é incompatível com o Estado de Direito, fundado historicamente na submissão ao império da lei e na garantia dos direitos individuais.<sup>41</sup>

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade para a investigação de paternidade, mostra-se inaplicável a condução coercitiva do réu à realização do exame pericial. Por maior que seja a eficácia probatória da perícia de DNA e por mais importante que seja o direito ao reconhecimento de filiação, o sacrifício dos direitos constitucionais do suposto pai é inadmissível.<sup>42</sup>

O DNA não é sinônimo de certeza. A paternidade admite demonstração por outros meios de prova. A destruição de um direito para a preservação de outro não é a solução correta a ser seguida. Em consonância com o princípio da proporcionalidade, inobstante o direito do filho e suas implicações<sup>43</sup>: "não parece que sujeitar o suposto pai ao exame de DNA contra a sua vontade seja

---

<sup>40</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 104.

<sup>41</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 106.

<sup>42</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 112.

<sup>43</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 112.

a melhor alternativa, devendo, como mal menor, prevalecer a resolução judicial amparada nos demais meios de prova." <sup>44</sup>

### 1.3 Presunção de paternidade

Segundo o Código Civil de 2002, em seu art. 1.597:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A inseminação artificial homóloga se refere à coleta de material genético dos cônjuges ou conviventes. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga ocorre com o material genético de pelo menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas (sêmen ou óvulos) de um ou de outro cônjuge ou companheiro. <sup>45</sup>

Na reprodução humana medicamente assistida por inseminação artificial homóloga, referente ao inciso III, o material genético é pertencente ao casal. Isso significa que, quando realizada a inseminação artificial homóloga, não há como se negar a paternidade e a maternidade, não importando eventual separação, anulação do casamento ou morte dos cônjuges. <sup>46</sup>

Em tese, a inseminação deve acontecer durante a constância do casamento, não significando que possa ocorrer inseminação artificial após o

<sup>44</sup> PEREIRA E SILVA; Reinaldo. **Acertos e desacertos em torno da verdade biológica**, 2000 apud NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 112.

<sup>45</sup> RODRIGUES; Sílvio. **Direito Civil: direito de família**, 2002 apud WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 100.

<sup>46</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 100.

casamento ou em caso de morte do marido. Em outras palavras, a concepção deve ocorrer durante o casamento, presumindo-se a paternidade mesmo com uma possível separação do casal ou em caso de morte do marido.<sup>47</sup>

Já em relação ao inciso IV, o legislador, ao utilizar a expressão "embriões excedentários", remete à conclusão de que deve ter ocorrido inseminação artificial homóloga anterior, da qual sobraram embriões que não foram utilizados naquela oportunidade. Todavia, caso não tenha existido inseminação anterior, não é possível que haja embriões excedentes, em razão disso não se presumirá a paternidade do marido em caso de embriões não excedentes, ou seja, realizada a inseminação artificial homóloga pela primeira vez com embriões.<sup>48</sup>

Também se pode afirmar que a expressão "embriões excedentários" foi apenas uma denominação equivocada por parte do legislador, o qual quis levantar a possibilidade de existência de depósito de material genético em um local específico, não fazendo referência, assim, a anterior inseminação artificial.<sup>49</sup>

Ainda em relação ao inciso IV, ao utilizar a expressão "a qualquer tempo", o legislador quis expressar que é presumida a paternidade se a inseminação artificial ocorrer com os embriões excedentários durante ou após o casamento ou mesmo após a morte do marido. Significa, na teoria, que a mulher possui o poder caso gere filho quando bem entender, porque o marido, no momento de fornecimento do material genético, autorizou de forma prévia a inseminação artificial homóloga, mesmo se depois vier a separar-se da esposa ou vier a morrer.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 100.

<sup>48</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 100.

<sup>49</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 100/101.

<sup>50</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.

Isso demonstra que o novo Código Civil está em conformidade com o art. 226, §4º, da Constituição de 1988, a qual aceita a família monoparental, isto é, uma família constituída somente pelo pai ou mãe e o filho.<sup>51</sup>

A Constituição Federal de 1988, nos arts. 226, §4º e §7º, e 227, §6º, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 27, trouxeram para o mundo jurídico brasileiro a obrigatoriedade da descoberta da verdade da filiação genética ou socioafetiva, cujos filhos são iguais em direitos e obrigações.<sup>52</sup>

Em razão disso, não há porque se falar em presunção de paternidade na constância do casamento e da união estável, uma vez que habitam no ordenamento jurídico somente a filiação biológica e afetiva, em vista do desaparecimento da filiação jurídica, mera ficção da paternidade. O nascimento dos filhos na constância do matrimônio ou da união estável é somente um indicativo, e não uma prova absoluta da paternidade e da maternidade<sup>53</sup>, visto que:

Esse processo lógico, pelo qual a mente atinge uma verdade legal, foi vencida, na segunda metade deste século, pela confiabilidade do exame de DNA, que não só revolucionou o mundo da biomedicina, mas, e sobretudo, alterou o quadro estagnado que dominava no engessado ambiental jurídico nacional.<sup>54</sup>

Portanto, a presunção da filiação *pater is est quem nuptias demonstrant* representa a manutenção do art. 312 do Código de Napoleão, isto é, a ficção de que o marido é pai dos filhos gerados pela esposa (art. 340 do CC de 1916).<sup>55</sup>

Entretanto, Humberto Theodoro Júnior afirma que dois fatores atuaram, nos últimos tempos, com a finalidade de destruir o sistema de ficção legal de paternidade, quais sejam: a) a eliminação da distinção entre tipos de filiação,

<sup>51</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.

<sup>52</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

<sup>53</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

<sup>54</sup> LEITE; Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 63.

<sup>55</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

graças à regra constitucional que assegurou tratamento jurídico igualitário para todos os filhos dentro e fora do casamento (C.F. de 1988, art. 227, §6º); b) a evolução dos meios científicos de fixação da paternidade biológica (exame genético de DNA).<sup>56</sup>

A vinculação total do exame de DNA quanto ao resultado do processo proposto pelo Superior Tribunal de Justiça, na edição da Súmula 301, mostra-se equivocada por não perceber e reconhecer outros meios de prova a serem admitidos, os quais em algumas ocasiões até excluem a necessidade de se realizar o exame.<sup>57</sup>

O próprio STJ, em alguns julgados recentes, admitiu a necessidade do autor provar a existência de um possível relacionamento entre a mãe e o suposto pai, como no caso a seguir:

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DO RÉU. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. FALTA DE PROVAS INDICIÁRIAS.

1. "Apesar da Súmula 301/STJ ter feito referência à presunção juris tantum de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudências que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai."(REsp. 692.242/MG, Relatora Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, DJ de 12.09.2005.)

2. In casu, o Apelado foi registrado civilmente, constando o nome do seu genitor no assento do nascimento. Durante 36 anos acreditou ser aquele que lá figurava o seu verdadeiro pai e na condição de seu filho biológico foi criado, tratado e amado. Após sua morte, a mãe contou-lhe que o Réu era o pai biológico.

3. Pensamento contrário ao sufragado pela jurisprudência desta Corte geraria situações em que qualquer homem estaria sujeito a ações temerárias, quiçá fraudulentas, pelas quais incautos encontrariam caminho fácil para a riqueza, principalmente, se o investigado é detentor de uma boa situação material.

4. Recurso especial CONHECIDO e PROVIDO, a fim de julgar improcedente o pedido lançado na exordial.

<sup>56</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

<sup>57</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

(REsp 1068836 / RJ, RECURSO ESPECIAL 2008/0135139-0, STJ, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (desembargador convocado do TJ/AP) (8185), T4 - QUARTA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe em 19/04/2010)

Em outro julgamento, o STJ concluiu que o exame pode ser dispensado pelo juiz, quando outros elementos sejam suficientes para o seu convencimento sobre a paternidade, como se demonstra a seguir:

Investigação de paternidade. Exame DNA. Embora se trate de prova cuja produção é conveniente, não é impositivo seja realizada, se já existentes outros elementos que bastem à formação do convencimento. Hipótese em que a autora requereu sua produção e o investigado absteve-se de a isso aquiescer, o que era indispensável, dada a natureza da prova. Não contraria a lei a decisão que, nas circunstâncias, negou requerimento, formulado já em segundo grau, visando a que se procedesse a diligência com aquele fim. Diplomata. Indenização de representação por exercício no exterior. Parcela que, dada sua natureza, não é de ser computada para o cálculo da pensão. Alimentos. Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos desde a citação"

(STJ, REsp n. 248277/MG, Rel. MINISTRO Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, julgado em 09/05/2000)

O exame de DNA é mais uma forma de prova dentro do conjunto probatório nas ações de investigação de paternidade. Porém, diante da certeza em torno do exame, há julgados que vêem nele um elemento tão indispensável ao julgamento da causa que chegam a converter o julgamento em diligência, como no seguinte julgado:

Investigação de paternidade cumulada com alimentos. Condenação lastreada em prova testemunhal e em perícia hematológica inconclusiva. Necessidade de busca da verdade real. Pretensão de realização de exame mais acurado do que ABO acolhida. Determinação da realização de DNA. Conversão do julgamento em diligência.

(TJSC, Ap. Cível n. 99.011822-3, Rel. DESEMBARGADOR Gaspar Rubik, julgado em 30/08/2000)

Os fatos alegados pelo autor durante o processo devem ser por ele provados, e não pelo réu. Contestada a ação e negados os fatos alegados pelo autor, não há que se falar em presunção de veracidade em favor do mesmo, assim como não é correto falar de confissão ficta contra o réu que tenha contestado a ação. Seguindo esse raciocínio, apenas a negativa de se submeter ao exame de

DNA não deveria servir de prova definitiva contra o próprio investigado, porque entre a discussão sobre a colisão dos direitos do investigado e do investigante, existe o princípio geral de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.<sup>58</sup>

A Súmula 301 do STJ aparentemente procura atribuir ao exame em questão a formação de prova, no meio processual, mas os seus efeitos ultrapassam esse limite. O enunciado equivoca-se por acreditar que a paternidade biológica é a única que importa, pois a ela é atribuído um valor muito elevado, tanto para o exame quanto para a paternidade biológica, esquecendo-se que, com a evolução do direito ao longo do tempo chegou-se ao estágio atual em que a natureza socioafetiva do direito de família possui grande relevância também.<sup>59</sup>

Analisando-se a questão sob a perspectiva do filho, este possui o direito ao conhecimento de sua ascendência biológica e, conseqüentemente, a declaração de paternidade. O bem jurídico tutelado, neste caso, é a descoberta de sua origem biológica, a qual é considerada um atributo inato à personalidade humana, direito essencial ao nome de família, que lhe remete para a sua ascendência genética, o seu *status* de filiação e que, por conseguinte, gerará ao autor da ação de investigação determinados direitos de caráter patrimonial.<sup>60</sup>

Em relação ao princípio da proporcionalidade, o juiz, estando diante de dois interesses conflitantes, legitimamente tuteláveis, pode verificar se são juridicamente protegidos; caso sejam, deverá então o juiz analisar e ponderar os interesses conflitantes, estabelecendo os limites e atuação das normas, determinando, dessa forma, qual interesse deve prevalecer.<sup>61</sup>

A Constituição Federal de 1988 pode servir de base para a solução do conflito de interesses, aplicando os princípios da proporcionalidade e da

---

<sup>58</sup> VENCELAU; Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.99.

<sup>59</sup> LÔBO; Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

<sup>60</sup> ALMEIDA; Maria Cristina de. **Investigação de paternidade e DNA**: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.125.

<sup>61</sup> ALMEIDA; Maria Cristina de. **Investigação de paternidade e DNA**: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125.

razoabilidade, em que o princípio da razoabilidade revela-se como um parâmetro a fim de valorar os atos emanados do poder público, com o objetivo de verificar se esses estão em conformidade com valor superior, presente em todo o ordenamento jurídico: a Justiça.<sup>62</sup>

A introdução do exame de DNA no cotidiano forense causou um profundo impacto na dinâmica das ações de investigação de paternidade. A jurisprudência, incorporando os avanços científicos conquistados na área da Genética, elegeu o exame de DNA como principal meio de prova, reconhecendo nele segurança e confiabilidade inquestionáveis na averiguação biológica da paternidade. O DNA é defendido por muitos juristas como o antídoto perfeito para todos os problemas relativos à prova da filiação em juízo.<sup>63</sup>

Decisões proferidas pelos tribunais de todo o país elevam o exame de DNA ao patamar de prova conclusiva na paternidade. Os demais meios de prova foram relegados, considerados incapazes ou até mesmo desnecessários, e que somente a perícia genética é capaz de conduzir a uma resposta correta. Difundiu-se o pensamento de que o resultado alcançado pelo DNA é soberano, não sendo passível de ser desvalorizado por qualquer outro meio de prova. Nesse sentido, há um julgamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que afirma:<sup>64</sup>

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE "POST MORTEM" - CITAÇÃO - CÔNJUGES DAS HERDEIRAS - EXAME GENÉTICO DNA - VALOR PROBANTE. EM SE TRATANDO DE AÇÃO DE NATUREZA PESSOAL, AINDA QUE COM REFLEXOS PATRIMONIAIS, DESNECESSÁRIA A CITAÇÃO DOS CÔNJUGES DAS HERDEIRAS. O RESULTADO DO EXAME GENÉTICO - DNA É PROVA INCONTESTÁVEL, PELO QUE SE MOSTRA DESNECESSÁRIA A PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL QUE, POR MAIS ROBUSTA QUE SE APRESENTE, NÃO TERÁ O CONDÃO DE INIBIR O VALOR PROBANTE DO EXAME CIENTÍFICO REALIZADO. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível n. 4887198, Relator DESEMBARGADOR Ribeiro de Sousa, Terceira Câmara Cível, julgado em 24/08/1998)

---

<sup>62</sup> VARGAS; Glaci de Oliveira Pinto; WERLANG, Maslova. **Investigação judicial e Coisa julgada**. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 62.

<sup>63</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 87.

<sup>64</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 88.

O DNA é defendido como principal ou até mesmo o único meio de instrução probatória idôneo na justificativa da decisão do juiz. Nessa mesma linha, sem a realização do exame pericial, careceria o julgador de um elemento de convicção indispensável para a prolação da decisão. A prova genética é apontada como resposta definitiva para a verificação da paternidade.<sup>65</sup> Assim, o DNA:

Tornou-se para o consenso jurídico uma nova, tão clara e conclusiva prova, que sequer aceitam os juízes progredir na instrução tradicional de uma ação de investigação de paternidade sem antes promover todos os esforços dirigidos para a efetivação da perícia genética.<sup>66</sup>

Com esta análise, parece que os problemas relativos à prova nas ações de investigação de paternidade acabaram. É necessário apenas que seja feito o exame de DNA e a partir de seu resultado julgue-se procedente ou improcedente a demanda judicial. Entretanto, a situação não pode ser tão simplificada dessa forma.<sup>67</sup>

Embora constitua uma prova de alto grau de qualidade e importância no conjunto probatório, o exame pericial não é uma forma infalível na determinação da paternidade. Sua aplicação no contexto probatório deve ser cauteloso, o que não ocorre às vezes. Com isso, a prova pericial deve ser apreciada como todos os demais meios de prova pelo julgador da causa, sem que haja precipitações, visto que seu valor é inegável, mas não absoluto no conjunto probatório.<sup>68</sup>

A função do juiz não é homologar laudos. Sua decisão exige fundamento em um conjunto probatório amplo e sólido, do qual possa obter correta solução para a lide. Aceitando-se o resultado ofertado pelo DNA como verdade absoluta, dispensado estaria todo o procedimento judicial de investigação de paternidade. Nesse sentido:<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 88.

<sup>66</sup> MADALENO; Rolf. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 84, n. 766, p. 72.

<sup>67</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 90.

<sup>68</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 90.

<sup>69</sup> **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 184, p. 262-277.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. EXAME HEMATOLÓGICO E DNA. INEXISTÊNCIA DE CERTEZA ABSOLUTA. AÇÃO DE ALIMENTOS FUNDADA NA LEI 883/49, NÃO SE IDENTIFICA COM A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NAQUELA INVESTIGAVA-SE A PATERNIDADE, TENDO POR OBJETIVO A CONDENAÇÃO NO PAGAMENTO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA; NESTA, A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, OBJETIVA-SE O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO. SÃO DIVERSOS, POIS, OS RESPECTIVOS OBJETOS, RAZÃO PELA QUAL, QUALQUER QUE SEJA A DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DE ALIMENTOS, ELA NÃO PRODUZ EFEITOS DE COISA JULGADA EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO, NEM MESMO DEPOIS DO ADVENTO DA LEI DO DIVÓRCIO, A QUAL, MESMO AMPLIANDO OS EFEITOS DAQUELA SENTENÇA, DEIXOU ABERTA A PORTA PARA A REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA, MEDIANTE IMPUGNAÇÃO DA FILIAÇÃO. PROVANDO O RELACIONAMENTO SEXUAL, COM EXCLUSIVIDADE, ENTRE O INVESTIGADO E A MÃE DO INVESTIGANTE, A ÉPOCA DA CONCEPÇÃO, DEVE A PATERNIDADE SER RECONHECIDA, NÃO OBSTANTE A PROVA PERICIAL RELATIVA AOS EXAMES HEMATOLÓGICOS E IMPRESSÕES DIGITAIS DE DNA PELA SUA NEGATIVA. E QUE, ALÉM DE TAL PROVA NÃO REPOUSAR SEMPRE NUMA CERTEZA ABSOLUTA, NÃO PODE A PROVA PERICIAL DECIDIR, POR SI SÓ, AS DEMANDAS JUDICIAIS, POIS, SE POSSÍVEL, TORNARIA DISPENSÁVEL A ATUAÇÃO DO JUIZ NOS PROCESSOS ONDE ELA FOSSE PRODUZIDA, OU DARIA A SENTENÇA JUDICIAL CARÁTER MERAMENTE HOMOLOGATÓRIO DA CONCLUSÃO DO TÉCNICO. (VOTO VENCIDO). (Apelação Cível Nº 596212027, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heitor Assis Remonti, Julgado em 26/06/1997).

Como visto, a prova pericial de DNA ainda não chegou a ponto de resolver de maneira definitiva as questões de paternidade levadas a juízo. Seu valor é inegável, porém atribuir-lhe o rótulo de prova absoluta é equivocado. Cabe ao juiz analisar, dentro do contexto probatório, todos os fatos, evidências e indícios, que variam de caso a caso, sem tornar-se refém de apenas uma forma de prova. Só dessa maneira conseguirá, então, de forma livre e cautelosa, obter o convencimento necessário para decidir a questão.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 132-133.

## 2 MEIOS DE PROVA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A investigação de paternidade exige a produção de provas convincentes e indúvidas, de forma a afastar totalmente incertezas ou insegurança, o que requer um atilado cuidado na apuração dos fatos.<sup>71</sup>

Os meios de prova admitidos na ação em tela são variados, porém bastante desnivelados, tendo em vista que o exame pericial de DNA permite determinar com grau absoluto se há ou não a paternidade biológica. Isso, no entanto, não diminui a importância dos elementos indiciários e a inquirição de testemunhas, que, às vezes, mostram-se suficientes por si só em certos casos.<sup>72</sup>

### 2.1 Provas documentais

Como regra, em qualquer ação o juiz pode indeferir a realização de perícia quando entender que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnico ou for desnecessária em vista de outras provas produzidas no processo. Em que pese a ampla produção de provas na ação de investigação de paternidade, o juiz pode indeferir a perícia caso entenda que a prova constante dos autos é suficientemente esclarecedora e convincente para ensejar a decisão da causa.<sup>73</sup>

A prova documental é demonstrada através de documentos. O documento é todo meio idôneo e moralmente legítimo, capaz de comprovar materialmente, a existência de um ato ou fato. São considerados documentos não apenas os escritos, mas também gráficos (desenhos, mapas, plantas de construções) e a fotografia, segundo o Código de Processo Civil, art. 385, §§ 1º e 2º.<sup>74</sup>

Além disso, as provas documentais podem demonstrar ao juiz da causa se é necessário ou não a realização do exame pericial, podendo ele se ater a essas provas, as quais são consideradas de grande valor nas demandas judiciais. A

---

<sup>71</sup> RIZZARDO; Arnaldo. **Direito de Família**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 404.

<sup>72</sup> RIZZARDO; Arnaldo. **Direito de Família**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 404.

<sup>73</sup> CRUZ; José Aparecido. **Averiguação e Investigação da Paternidade no Direito Brasileiro**: teoria, legislação, jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.140.

<sup>74</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 7ª ed., 2001, p. 91.

referida prova pode ser oriunda de documentos públicos ou particulares, nacionais ou estrangeiros, observado que, para essa última hipótese, estejam traduzidos para forma vernacular e por tradutor autorizado.<sup>75</sup>

As provas documentais não comprovam definitivamente a paternidade em relação ao investigado, mas refletem ao julgador da causa a comprovação da real existência de relacionamento amoroso entre os possíveis pais biológicos no período da concepção do investigante. Os referidos documentos possibilitam trazer ao julgador indícios de paternidade, que somados com outras provas podem resultar no reconhecimento judicial de paternidade.<sup>76</sup>

A prova documental deve ser produzida, em regra, pelo autor, quando da apresentação da petição inicial, e pelo réu no momento da apresentação da resposta (art. 396 do CPC), excepcionalmente admitindo-se trazer documentos novos fora das oportunidades descritas, quando essa documentação tiver por finalidade fazer prova de fatos ocorridos depois da inicial e da resposta, ou então para contrapô-los aos que foram produzidos nos próprios autos (art. 397 do CPC), de tudo sendo cientificada a parte no prazo de cinco dias (art. 398 do CPC).<sup>77</sup>

Como se sabe, todas as provas têm por objetivo provar fatos e não o direito, visto que presume-se que o juiz o conheça, com exceção do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 337 do CPC). A atividade probatória exercida pelas partes direciona-se ao juiz da causa. Por isso, a ele cabe apreciar as provas de acordo com o seu livre convencimento, independentemente da opinião da parte contrária.<sup>78</sup>

Na investigação de paternidade, vários são os documentos possíveis de utilização em juízo, tais como declarações, cartas, cartões de aniversário, bilhetes ou até mesmo emails enviados pelo suposto pai à mãe do investigante, que

---

<sup>75</sup> VENCELAU; Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.90.

<sup>76</sup> VENCELAU; Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.90.

<sup>77</sup> CRUZ; José Aparecido da. **Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro: Teoria - Legislação - Jurisprudência**. Revista dos Tribunais, 2001, p. 134.

<sup>78</sup> WAMBIER; Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**, v. 1, p. 481.

evidenciem ou sugiram ter ocorrido um relacionamento íntimo entre as partes, à época da concepção, constituem instrumentos valiosos na instrução da ação. Nesse mesmo sentido, documentos comprobatórios relacionados a pagamentos, pelo investigado, de despesas relativas ao parto, ou entrega mensal de numerário, compra de bens, pagamento de mensalidade escolar, entre outros, são indícios que demonstram o vínculo entre pai e filho, atuando a favor da pretensão do autor.<sup>79</sup>

## 2.2 Provas testemunhais

A prova testemunhal é aquela que se obtém na produção ou formação do depoimento ou declaração das testemunhas, ou seja, pessoas que conhecem sobre os fatos. Tudo o que pode ser visto ou percebido pelos sentidos pode ser relatado por quem presenciou ou ouviu.<sup>80</sup>

As testemunhas são imprescindíveis para a resolução do conflito processual, visto a sua utilidade para solucionar inúmeros litígios deduzidos em juízo. Especialmente em relação a ação de investigação de paternidade, o valor da prova testemunhal é considerado primordial, pois permite ao juiz ter ciência de como era o comportamento da mãe do investigante durante a época da concepção, tendo então a possibilidade de realizar o seu convencimento sobre a possível paternidade do investigado.<sup>81</sup>

Assim como a prova documental auxilia na resolução da lide, a prova testemunhal também possui a mesma finalidade, que somada com a recusa ao exame de DNA injustificadamente, resulta então no reconhecimento do direito ao autor da ação, como no seguinte caso:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 331 I DO CPC E AO ARTIGO 2º § 4º DA LEI 8.560/92 - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 282/STF - ALEGAÇÃO DE VALORAÇÃO INDEVIDA DAS PROVAS - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 07/STJ - RECURSO NÃO CONHECIDO.

---

<sup>79</sup> NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 49.

<sup>80</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 7ª ed., 2001, p. 95.

<sup>81</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 7ª ed., 2001, p. 96.

1 - Não enseja interposição de Recurso Especial matérias que não tenham sido ventiladas no v. julgado atacado e sobre a qual a parte não opôs os embargos declaratórios competentes, havendo, dessa forma, falta de prequestionamento. Aplicação da Súmula 282/STF.

2 - Por outro lado, no caso vertente, o reconhecimento de paternidade se deu com base no conjunto de elementos probatórios carreados aos autos, ou seja, esteou-se nas provas testemunhais, que se mostraram bastante coesas para demonstrar a existência de um relacionamento entre a mãe da investigante e o investigado ao tempo da concepção da menor, na ausência de comprovação da *exceptio plurium concubentium*, além da recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA, de modo que infirmar tal entendimento implica reexame da matéria fático-probatória (incidência da Súmula 07/STJ). Precedentes.

3 - Recurso especial não conhecido.

(REsp 769889 / RN RECURSO ESPECIAL 2005/0124279-7, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, T4 - QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJe 07/11/2005).

A prova testemunhal em sede de ação de investigação de paternidade será produzida na audiência de instrução, a qual não será pública, em razão de os atos processuais terem que ocorrer em segredo de justiça, conforme o CPC, arts. 155, inciso II, e 444, devendo participar somente as partes interessadas e seus procuradores.<sup>82</sup>

Na ação de investigação de paternidade, a lei admite a prova testemunhal com exclusividade, uma vez que o concubinato, a má fama, as relações sexuais, o rapto, o *plurium concubentium*, são circunstâncias que, geralmente, só podem ser comprovadas por meio de testemunhas. A convicção do juiz baseia-se nos depoimentos prestados em juízo. A prova testemunhal completa os demais meios de prova presentes no processo.<sup>83</sup>

As provas testemunhais consistem na reprodução oral de fatos que interessam ao processo, prestados por pessoas distintas dos sujeitos da relação processual sobre o conhecimento que têm do assunto. Poderá ser indeferida pelo juiz, caso já tenham sido provados os fatos por documentos ou confissão da parte,

---

<sup>82</sup> CRUZ; José Aparecido da. **Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro**: Teoria - Legislação - Jurisprudência. Revista dos Tribunais, 2001, p. 135.

<sup>83</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 7ª ed., 2001, p. 98.

ou ainda se só puderem ser provados por documentos ou exames periciais, de acordo com o CPC, art. 400, incisos I e II.<sup>84</sup>

Apesar do seu valor reconhecido no campo probatório, a prova testemunhal é admitida com cautela e restrições nas ações de investigação de paternidade, dada a sua falibilidade. O art. 405, § 2º, inciso I, do Código de Processo Civil, admite que nas aludidas ações, as quais dizem respeito ao estado das pessoas, o testemunho do cônjuge, bem como do ascendente e do descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, se "não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito".<sup>85</sup>

### 2.3 Provas periciais

Com a evolução da ciência, enormes contribuições foram trazidas para o campo probatório da ação de investigação de paternidade. Entre as provas periciais com mais importância, atualmente, tem-se o exame de DNA, o qual é capaz de determinar a paternidade com confiabilidade absoluta.<sup>86</sup>

Atualmente, pode-se afirmar que um resultado de exclusão significa cem por cento de certeza que o suposto pai não é o pai biológico, enquanto que um resultado de inclusão varia de 99% a 99,99999%, de caso para caso. O resultado de inclusão não chega a 100%, mas não porque há incerteza quanto ao resultado, e sim por uma simples questão matemática decorrente da forma utilizada para o cálculo de probabilidade de paternidade calculada por meio do índice de paternidade, conhecido como Teorema de Bays.<sup>87</sup>

O resultado de exclusão do suposto pai da obrigação filial possui casos concretos, como no seguinte caso:

---

<sup>84</sup> CRUZ; José Aparecido da. **Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro**: Teoria - Legislação - Jurisprudência. Revista dos Tribunais, 2001, p. 135.

<sup>85</sup> GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, v. 6: direito de família. São Paulo: Saraiva, 8. ed., 2011, p. 370-371.

<sup>86</sup> PENA, Sérgio Danilo. **Determinação da paternidade pelo estudo direto do DNA**: estado da arte no Brasil. apud TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, p. 243.

<sup>87</sup> VENCELAU; Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.89.

ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME PERICIAL NEGATIVO. PRETENSÃO DO AUTOR EM REALIZAR SEGUNDO EXAME. RECUSA DO RÉU. PRESUNÇÃO COMO PROVA. LIMITES.

I.- A recusa do suposto pai em realizar segundo exame pericial, quando o primeiro exame concluiu pela negativa de paternidade, não pode ser acolhida como prova desfavorável ao réu, tendo em vista que tal presunção esbarraria no resultado do laudo apresentado pelos peritos no primeiro exame, não contestado em nenhum aspecto pelo recorrente.

II.- Mantém-se inalterada a conclusão do acórdão recorrido, se o especial não impugna o fundamento nele adotado (Súmula 283/STF).

III.- É incabível o Recurso Especial quando se aponta dissídio jurisprudencial fundamentado em Súmula, pois inviável o cotejo analítico da divergência. Recurso Especial improvido.

(REsp 777435/SP RECURSO ESPECIAL 2005/0143029-1, STJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, T3 - TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 18/12/2009)

O advento do exame de DNA trouxe uma evolução inegável na descoberta da origem biológica, sendo considerado hoje como o mais poderoso elemento esclarecedor da verdade a serviço da justiça e seus profissionais ligados à área de Direito de Família.<sup>88</sup>

O DNA está situado no núcleo de todas as células do corpo humano, apresentando semelhanças típicas entre pessoas biologicamente relacionadas. Este fato ocorre devido ao fato de que sempre uma parte do DNA de uma pessoa é herdada de seu pai biológico, ao mesmo tempo em que a outra parte é herdada de sua mãe biológica.<sup>89</sup>

O material é extraído, geralmente, do sangue da pessoa. Pode-se, no entanto, extrair DNA da raiz do cabelo, dos ossos, do sêmen, da saliva, dos músculos, da urina. Porém, o sangue é o material preferido, visto que sua coleta é relativamente simples, sendo que as células vermelhas do sangue (hemácias) não servem como fonte de DNA, pois não possuem núcleos e, portanto, não possuem DNA, que está localizado no núcleo das células brancas.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> ALMEIDA; Maria Christina. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2003, p. 88.

<sup>89</sup> ALMEIDA; Maria Christina. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2003, p. 89.

<sup>90</sup> ALMEIDA; Maria Christina. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 90.

No que se refere à técnica desse exame pericial, extraído o DNA das pessoas envolvidas, o da mãe e o do filho são analisados primeiro. Como o filho herda apenas parte do material genético da mãe, a comparação deve demonstrar uma coincidência entre a mãe e o filho para apenas um dos seguimentos. Sabendo-se qual parte do DNA da criança veio da mãe, indica-se automaticamente qual porção de DNA o filho deve ter obrigatoriamente herdado do pai biológico.<sup>91</sup>

Este, por sua vez, tem seu DNA comparado com a peça paterna obrigatória do suposto filho e, havendo a paridade em diversos segmentos do material genético, resultará na conclusão positiva de paternidade.<sup>92</sup>

O avanço científico permite concluir que o teste de paternidade em DNA mostra se o suposto pai possui ou não a peça obrigatória, o que resultará em inclusão ou exclusão da paternidade.<sup>93</sup>

Essa certeza sobre a origem biológica propiciada pelo exame de DNA trouxe como resultado uma espécie de deslumbramento no mundo jurídico, chegando-se a resumir as questões de filiação na simples apuração dos laços sanguíneos.<sup>94</sup>

Também em relação ao enunciado em tela, se o exame concluir que A é genitor de B, então a paternidade está definida. Em contrapartida, induz o réu a produzir prova contra si mesmo. Confunde investigação de paternidade com o direito pessoal de conhecer a própria origem genética. Com isso, cria sem motivo mais uma presunção no direito de família: a da confissão ficta ou da paternidade não provada. Não faz referência para as outras provas de indícios, as quais contribuem para o convencimento do juiz. Não faz ressalva alguma sobre o estado de filiação já

---

<sup>91</sup> ALMEIDA; Maria Christina. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 90-91.

<sup>92</sup> ALMEIDA; Maria Christina. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 91.

<sup>93</sup> ALMEIDA; Maria Christina. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 91.

<sup>94</sup> VENCELAU; Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.90.

constituído, cuja história de vida é desfeita em razão da presunção de paternidade biológica.<sup>95</sup>

Apesar do fantástico resultado na confirmação ou exclusão da paternidade e da maternidade, que torna praticamente infalível o exame genético de DNA, parte da doutrina não o aceita como prova absoluta, visto que é comum a ocorrência de erros cometidos e da ausência de respostas para algumas indagações, tais como: que laboratórios estão realizando exames de DNA? Quais os critérios tomados para credenciá-los? Por que estão proliferando os laboratórios no Brasil, em número superior ao dos Estados Unidos e Alemanha, que são referências no assunto? Que especialistas e doutores integram esses laboratórios? Que cuidados foram tomados na coleta do material genético e na identificação das pessoas? Os laboratórios mantêm bancos de dados das frequências populacionais dos sistemas genéticos utilizados? Adotam os laboratórios controles de qualidade dos exames? Os materiais genéticos foram obtidos e estão guardados com toda segurança? O Estado tem fiscalizado os laboratórios? <sup>96</sup>

Alguns autores, como Maria Cristina de Almeida<sup>97</sup>, veiculam a idéia de que está mais do que na hora de ser repensada a sacralização e divinização do exame genético de DNA, de forma a demonstrar que este não é tão milagroso e exclusivamente capaz de solucionar todas as questões referentes à investigação de paternidade e de maternidade, embora seja extremamente útil no contexto probatório, e seria um equívoco a sua inutilização. <sup>98</sup>

Por outro lado, complementa a referida autora, não se pode esquecer dos demais meios de prova, inclusive porque:

Inúmeros fatores podem comprometer e prejudicar os resultados ditos inquestionáveis do exame pericial do DNA (...). O exame científico da paternidade não pode alterar o rumo da instrução

<sup>95</sup> VENCELAU; Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.90.

<sup>96</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 110-111.

<sup>97</sup> ALMEIDA; Maria Cristina de. Prova do DNA: uma evidência absoluta? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, nº 2/148, Jul-Set. 1999.

<sup>98</sup> ALMEIDA; Maria Cristina de. Prova do DNA: uma evidência absoluta? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, nº 2/148, Jul-Set. 1999.

probatória, tornando o juiz um mero homologador de laudos periciais.<sup>99</sup>

Em razão da insegurança quanto à veracidade dos resultados dos laboratórios de DNA, os exames devem ser regulamentados, com o resultado em linguagem acessível tanto para o Juiz quanto para leigos, descrevendo os métodos utilizados e o cálculo estatístico para apresentação da probabilidade de execução; identificação dos técnicos incumbidos de cada uma das diferentes etapas do teste, possíveis fontes de erro e problemas na interpretação do resultado, incluindo no laudo fotografias das bandas do DNA ou o filme de Raios X marcado, para o exame visual do resultado; fiscalização dos laboratórios para tornar as provas técnicas mais confiáveis e fixar os requisitos para o credenciamento dos laboratórios.<sup>100</sup>

Há de se ressaltar que outras situações podem afetar o resultado do exame, quais sejam: a) número deficiente de sondas; b) uso de dados estatísticos não adequados à realidade de nossa miscigenação racial, o que está baseado em informações de outros países; c) ocorrência de transfusões de sangue; d) transplantes de medula; e) falta de cuidados na colheita do material; f) troca de tubos; g) contaminação de aparelhagem por células de outra pessoa.<sup>101</sup>

A perícia, via de regra, em qualquer ação de rito ordinário, viabiliza-se após a fase do ordenamento do processo (despacho saneador) e antes da audiência de instrução e julgamento, quando então o juiz nomeará o perito, facultando às partes a indicação dos assistentes técnicos e a formulação de quesitos a serem respondidos, no prazo de cinco dias (art. 421, incisos I e II do CPC), sem a necessidade de eles prestarem compromissos de bem e fielmente cumprirem o encargo, como ocorria antes da vigência da Lei nº 8.455/92, cujo laudo deverá ser

---

<sup>99</sup> ALMEIDA; Maria Cristina de. Prova do DNA: uma evidência absoluta? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, nº 2/148, Jul-Set. 1999.

<sup>100</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 112.

<sup>101</sup> WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 112.

entregue pelo menos vinte dias, e os pareceres dos assistentes técnicos no prazo de dez dias, após a apresentação do referido laudo (art. 433, p. único do CPC).<sup>102</sup>

O juiz também pode indeferir a realização da prova pericial quando entender que a prova do fato não depende de conhecimento especial técnico ou for desnecessária, em vista de outras provas produzidas, ou, ainda, quando for impraticável (art. 420, incisos I, II e III do CPC). Contudo, na ação de investigação de paternidade, em que pese o pregão de ampla produção de provas, pode o juiz indeferir a perícia caso entenda que as provas constantes nos autos são suficientemente esclarecedoras e convincentes para se determinar a decisão do conflito.<sup>103</sup>

## 2.4 Confissão

Confissão é o reconhecimento que uma pessoa faz quanto ao fato alegado pela outra parte. É prova de valor relativo, visto que, para que se tenha validade, é necessário que nela se observe a sinceridade e a verdade. Pode ser judicial ou extrajudicial, conforme o art. 348 do Código de Processo Civil.<sup>104</sup>

A confissão pode ser realizada por qualquer pessoa, desde que tenha capacidade e legitimidade. O advogado pode confessar pelo seu cliente, desde que no instrumento do mandato conste expressamente esse poder. O poder para confessar é especial, e não está inserido na cláusula *ad judicia*. Por isso, tem que estar presente na redação da procuração.<sup>105</sup>

No caso da investigação de paternidade, o acusado poderá admiti-la, mas para ser considerado o pai é necessária a presença de outros meios de prova, como no seguinte caso:

Existindo nos autos de investigação de paternidade, declaração do suposto pai, reconhecidora da paternidade e comprovação de

---

<sup>102</sup> CRUZ; José Aparecido. **Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro**: Teoria - Legislação - Jurisprudência. Revista dos Tribunais, 2001, p. 140.

<sup>103</sup> CRUZ; José Aparecido. **Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro**: Teoria - Legislação - Jurisprudência. Revista dos Tribunais, 2001, p. 140./141.

<sup>104</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 7ª ed., 2001, p. 117.

<sup>105</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 7ª ed., 2001, p. 117.

relacionamento amoroso na época da concepção, e afastadas a impotência generandi e a exceptio plurium concubentium, impõe-se a procedência da ação. (Ap. 84.563-1, 5ª Câmara Cível TJSP - Rel. Desembargador Martiniano de Azevedo) - RT 624/68.

A admissão quanto a paternidade de um filho deve ser necessariamente corroborada por outros meios de prova, ou então pela aceitação expressa da mãe. Existem casos em que, não sendo verdade, homens reconhecerão a paternidade alheia por motivos de sensacionalismo, para acobertar amigos, ou em decorrência de psicopatias. É por esses motivos que na ação de investigação de paternidade não é suficiente a declaração unilateral de vontade.<sup>106</sup>

Ainda há, em relação à confissão no direito processual civil, art. 302 do CPC, a figura da confissão ficta, que ocorre quando uma das partes não contesta as afirmações da outra. Por uma ficção jurídica, entende-se que a parte que não contestou estava confessando. Porém, na ação de investigação de paternidade, essa forma de confissão não é considerada válida.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 7ª ed., 2001, p. 117-118.

<sup>107</sup> FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 7ª ed., 2001, p. p. 118.

### 3 CONSEQUÊNCIAS DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE E A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O último capítulo tem como objetivo indicar quais são as consequências da presunção de paternidade do investigado que se recusa a fazer o exame pericial e as razões que fazem a paternidade socioafetiva ser considerada mais relevante que a paternidade biológica pela doutrina brasileira, com fundamento nos princípios expressos na própria legislação vigente no ordenamento brasileiro.

#### 3.1 Recusa ao exame pericial

O juiz tem poder legítimo para determinar a realização de qualquer espécie de prova que entender necessário para a elucidação da verdade (CPC, art. 130), desde que faça com imparcialidade e observando os princípios do contraditório e ampla defesa.<sup>108</sup>

Porém, não se deve esquecer que o teste de DNA é um exame suscetível a falhas, e em razão disso o juiz deve analisar o resultado com cautela, averiguando a credibilidade do laboratório, a técnica utilizada, o uso de marcadores genéticos adequados, se houve ou não troca de amostras, assim como uma possível falha na leitura ou transcrição dos dados obtidos, entre outros.<sup>109</sup>

O exame em questão não pode desviar o caminho da instrução probatória, transformando o órgão judicante em simples homologador de laudos periciais. É necessário que, nas ações de investigação de paternidade, para declarar o vínculo biológico da filiação, o órgão analise não apenas o teste de DNA, mas também o conjunto produzido pelas partes durante o feito.<sup>110</sup>

A condução coercitiva do investigado à força, ou seja, "debaixo de vara", como denominou o Superior Tribunal Federal, foi devidamente afastada pelo

---

<sup>108</sup> DINIZ; Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, v.5 - Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Atlas. 2004, p. 437.

<sup>109</sup> DINIZ; Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, v.5 - Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Atlas. 2004, p. 438.

<sup>110</sup> DINIZ; Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, v.5 - Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Atlas. 2004, p. 438.

entendimento de que a diligência em questão ofende a preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo, do império da lei e da inexecução de obrigação de fazer, visto que ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo, pois o aspecto físico do indivíduo é assegurado constitucionalmente, não sendo permitido o recolhimento de células, fragmentos, líquidos ou órgãos sem a devida autorização da pessoa investigada.<sup>111</sup>

A negativa pode ser considerada em desfavor do réu, porém não quer dizer que se confunde com presunção de admitir a imputação, conforme entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que realizou julgamento no seguinte sentido: <sup>112</sup>

Princípios constitucionais da integridade física, da intimidade e da dignidade humana. A recusa é ônus processual, interpretada em desfavor do investigado. Não caracteriza confissão. Ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Inexistência de norma legal que obrigue o apelado a submeter-se à perícia. A negativa não implica presunção de paternidade, devendo ser analisada dentro do conjunto probatório, podendo ser considerada a desfavor. Deve-se respeitar a deliberação do investigado. (TJRJ. Apel. Cível nº 3.323/99, 8ª Câmara Cível. Publicado em 9/12/2009).

Logo, a condução compulsória de um indivíduo para a retirada de sangue para o teste de DNA significa ultraje à dignidade da pessoa humana e a produção da perícia nesse contexto constitui prova ilícita a ser excluída da demanda processual. <sup>113</sup>

Com o surgimento do exame de DNA, houve um impacto inicial por parte dos julgadores, no sentido de que estes consideravam a recusa em fornecer o material como uma confissão da paternidade, pela justificativa de que a parte

---

<sup>111</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 67

<sup>112</sup> RIZZARDO; Arnaldo. **Direito de Família**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 423.

<sup>113</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 72.

investigada que se recusa escapa de um possível resultado desfavorável, o que na prática equivalia a uma confissão de modo implícito.<sup>114</sup>

Posteriormente, avançou-se entendendo que a negativa geraria uma forma de presunção da paternidade invocada, devido ao fato de que se não é o verdadeiro pai, então não há motivo para recusar-se a prestar o exame. Porém, ter essa presunção como forma de interpretação legítima da recusa equivaleria a desrespeitar a garantia constitucional do silêncio, resultando em uma inversão do ônus da prova.<sup>115</sup>

Atualmente, entende-se que a rejeição ao exame gera um indício da paternidade, sabendo-se que o fato gerador dele deve ser incontestável quanto à veracidade para originar as circunstâncias referidas.<sup>116</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nas conclusões nº 20 e 24 do Centro de Estudos do próprio tribunal, entende que a recusa é mais um elemento de prova, o qual deve ser considerado juntamente com outros, em que o comportamento é valorado, até mesmo para impor multa pela litigância de má-fé, quando restar evidente a procrastinação ou preliminar de recurso em que se sustente exame a que se negou.<sup>117</sup>

A revolução trazida pelo exame pericial da técnica genômica (DNA) trouxe maior segurança nas causas sobre paternidade. Por outro lado, como o sistema processual brasileiro vigente repudia a valoração de prova única e absoluta, é equivocado admitir-se numa ação investigatória a realização solitária do exame em questão e tê-lo como inquestionável, visto que não é infalível, pois ocorrem casos de laudos contraditórios, em virtude de que os laboratórios devem ser reconhecidos e o

---

<sup>114</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 68.

<sup>115</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 68.

<sup>116</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 68.

<sup>117</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 68.

exame deve se cercar de cautelas, impedindo-se o contato com o material ou até a possibilidade de troca de amostras.<sup>118</sup>

Embora seja indiscutível a importância da prova de DNA, não chega a ser imprescindível para a declaração de paternidade. Caso não seja possível a produção do exame, ou se o resultado for inconclusivo, como no caso de óbito do investigado e estado de degradação do corpo devido a embalsamento, poderá a sentença judicial ser fundamentada com outros meios, como as provas documental e testemunhal.<sup>119</sup>

### 3.2 A investigação da paternidade socioafetiva

A doutrina brasileira afirma, de modo geral, que há três espécies de paternidade possíveis: a biológica, que se baseia no ato sexual entre os pais e que resulta na filiação consanguínea, baseada no matrimônio, na união estável ou nas relações por pessoas impedidas de casar; a jurídica, a qual decorre da presunção resultante da convivência entre o suposto pai e a mãe; e por fim, a socioafetiva, a qual se constitui em opção fundada no afeto, e que teve origem jurisprudencial na denominada adoção à brasileira.<sup>120</sup>

Na paternidade socioafetiva, o que importa é a posse do estado do filho, conhecido como a exteriorização da condição de descendente, reconhecido pela sociedade e que a doutrina romana entendia sedimentar-se no nome, no tratamento público e na fama, todos apontando para que a pessoa pertencesse a um núcleo familiar. E que não representa desprezo para a paternidade biológica, mas sim um caminho para novos paradigmas, derivados da instituição das entidades familiares.<sup>121</sup>

A posse de estado de filho é a relação afetiva íntima e duradoura, que ocorre pelas circunstâncias fáticas, situações em que uma criança utiliza o

---

<sup>118</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 69.

<sup>119</sup> NADER; Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família, v.5.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 313.

<sup>120</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 77.

<sup>121</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 77.

patronímico do pai, e por este é tratado como seu filho, exercitando todos os direitos e deveres provenientes de uma filiação, realizando o exercício notório e conhecido pelo público.<sup>122</sup>

No modelo atual da família, o socioafetivo, valoriza-se mais um aspecto que antes era secundário, que é o vínculo afetivo, o qual dispensa o vínculo anterior, biológico, que é baseado no sangue e patrimônio.<sup>123</sup>

O reconhecimento da socioafetividade só traz benefícios às situações fáticas que se alongam no tempo. Tratar com igualdade as filiações que resultaram do vínculo afetivo no meio familiar é uma demonstração de justiça social e uma confirmação da responsabilidade social.<sup>124</sup>

Na situação em que um homem e uma mulher, de livre e espontânea vontade, decidem receber e acolher em sua morada uma criança e tratá-la como um filho de sangue, fica configurado uma relação de evolução e maturidade do ser humano em seu meio social.<sup>125</sup>

O vínculo afetivo, essencial característica da paternidade socioafetiva, demonstra a relatividade do caráter da paternidade biológica, podendo ser desconsiderada caso não coincida com o melhor interesse da criança, critério que conduz todo o tema concernente à filiação e à paternidade atualmente.<sup>126</sup>

Infere-se, no decorrer da explicação acerca dos critérios de filiação, que o sistema jurídico se sensibilizou com as modificações ocorridas no campo da instituição familiar, valorando fatos sociais e captando elementos que vão à busca pelo caminho da verdadeira família. Dentre esses critérios, especialmente a posse de estado de filho, o qual não está previsto no Código Civil de 2002, em razão da

---

<sup>122</sup> NOGUEIRA; Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 86.

<sup>123</sup> NOGUEIRA; Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 44.

<sup>124</sup> FARIAS; Cristiano Chaves de Farias; SIMÕES; Thiago Felipe Vargas. **Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 31.

<sup>125</sup> FARIAS; Cristiano Chaves de Farias; SIMÕES; Thiago Felipe Vargas. **Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 31.

<sup>126</sup> VARGAS; Glaci de Oliveira Pinto; WERLANG; Maslova. **Investigação judicial e Coisa julgada**. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 38.

própria concepção de família inserido no mesmo, nota-se a busca de uma autêntica paternidade, quando a mesma não se confina às rígidas regras de direito e quando o liame biológico não conduz de modo incondicional a explanação da relação paterno-filial.<sup>127</sup>

Nessa forma de paternidade, o que se sobressai é a visibilidade das relações, mostrando vínculo psicológico e social entre o filho e o suposto pai, um momento permanente de comportamento afetoso recíproco, com densidade suficiente para tornar indiscutível a filiação e a paternidade.<sup>128</sup>

Um fato bastante comum é o de "filhos de criação", onde, mesmo que ausente algum elo biológico ou jurídico, os pais abrigam, criam, sustentam e educam a criança ou adolescente, destinando a eles amor e carinho, mesmo sem buscar a adoção.<sup>129</sup>

Apesar de não haver uma prova específica para atestar a paternidade socioafetiva, como a ação de investigação nos casos de paternidade biológica e jurídica, o reconhecimento da paternidade socioafetiva já possui precedente na jurisprudência, como na Apelação Cível 70008795775, TJRS.

Em que pese a falta de provas específicas na ação declaratória de paternidade socioafetiva, ela é possível de ocorrer, desde que respeitado o contraditório, pois, mesmo desprovida de prova técnica, está apta a obter veredicto que afirme a filiação com todas as consequências, tais como registro civil, direito a alimentos, sucessão e outras garantias, que são asseguradas tendo em vista a observância aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade humana e maior interesse da criança e do adolescente.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> VARGAS; Glaci de Oliveira Pinto; WERLANG; Maslova. **Investigação judicial e Coisa julgada**. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 39.

<sup>128</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 77.

<sup>129</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 77.

<sup>130</sup> GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 78.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, aconteceram mudanças significativas no Direito de Família. A mais importante delas foi a de ter considerado o afeto à condição de valor jurídico. A questão da afetividade passou a ser um determinante quando o assunto é a indicação da paternidade.<sup>131</sup>

A primeira oportunidade na vida de um indivíduo de sentir o que é afetividade é a do âmbito familiar, o qual conecta os sentimentos e valores mais elevados entre os seus integrantes, já que o afeto é formado sob a égide amorosa, especialmente quando a ausência de um vínculo biológico não altera em nada o fato de alguém ser pai ou mãe de outrem demonstrando extremo afeto com a pessoa.<sup>132</sup>

Atualmente, os conceitos de maternidade e paternidade têm estado a frente dos vínculos biológicos, utilizando o afeto como o valor predominante com o objetivo de se constituir uma família e cultivar laços de convivência entre seus membros. Portanto, é possível concluir que está ocorrendo a desbiologização das relações familiares, com a conseguinte supremacia da socioafetividade, especialmente no que diz respeito à determinação da paternidade.<sup>133</sup>

Nesse sentido, julgou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível 1.0105.02.060668-4/001, afirmando que:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA. - Apesar do resultado negativo do exame de DNA, deve ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, tendo em vista o caráter sócio afetivo da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, como se pai e filha fossem.

Dessa forma, tendo como referência que o verdadeiro pai é aquele que ama, que protege, que se dispõe a ser o responsável tanto por encargos econômicos quanto pela formação moral, intelectual e social do filho, é que se busca

<sup>131</sup> FREITAS; Joycemara Cristina Sales de; SILVA; Tainá Morais da. **A socioafetividade, suas peculiaridades e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-socioafetividade-suas-peculiaridades-e-a-emenda-constitucional-n-45-2004/15175/>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

<sup>132</sup> FREITAS; Joycemara Cristina Sales de; SILVA; Tainá Morais da. **A socioafetividade, suas peculiaridades e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-socioafetividade-suas-peculiaridades-e-a-emenda-constitucional-n-45-2004/15175/>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

<sup>133</sup> FREITAS; Joycemara Cristina Sales de; SILVA; Tainá Morais da. **A socioafetividade, suas peculiaridades e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-socioafetividade-suas-peculiaridades-e-a-emenda-constitucional-n-45-2004/15175/>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

defender a paternidade socioafetiva em detrimento da biológica como verdadeira merecedora de legitimidade e proteção jurídica.<sup>134</sup>

Apesar de não estar expresso ainda no ordenamento, o princípio da socioafetividade pode ser visualizado no instituto jurídico da adoção, o qual está protegido pela Constituição Federal, em seu art. 226, §7º, pois se afirma que não haverá nenhuma forma de discriminação entre os filhos. Se no caso do filho biológico a afetividade aparece de maneira natural e resultado de sua própria condição, mostra-se evidente que, em relação ao filho que não possui essa mesma característica, acabe ela surgindo naturalmente em decorrência de uma conexão que surge e a qual passa a estar presente entre os familiares.<sup>135</sup>

A Súmula 301 do STJ é equivocada no cenário do Direito atualmente. A princípio, o enunciado visa ater-se à produção de prova, no meio processual, porém os seus desdobramentos vão além, atingindo também o meio material e fazendo com que a evolução adquirida pelo ordenamento sofra um retrocesso.<sup>136</sup>

O equívoco se substancia em querer afirmar a paternidade apenas pelo sentido biológico, deixando de lado a natureza socioafetiva que resultou de avanços sociais no tempo. Cria, de forma desnecessária, mais uma forma de confissão no direito de família, qual seja a da confissão ficta. Peca especialmente por não fazer referência às outras provas que geram indícios para melhor convencimento do julgador.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> FREITAS; Joycemara Cristina Sales de; SILVA; Tainá Morais da. **A socioafetividade, suas peculiaridades e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-socioafetividade-suas-peculiaridades-e-a-emenda-constitucional-n-45-2004/15175/>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

<sup>135</sup> FREITAS; Joycemara Cristina Sales de; SILVA; Tainá Morais da. **A socioafetividade, suas peculiaridades e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-socioafetividade-suas-peculiaridades-e-a-emenda-constitucional-n-45-2004/15175/>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

<sup>136</sup> LÔBO; Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

<sup>137</sup> LÔBO; Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

Indiretamente, essa Súmula é contrária em relação a orientação determinada pelo Superior Tribunal Federal, no julgamento do HC 71.373/RS, de 1996, o qual afirma que ninguém pode ser obrigado a ser submetido ao exame de DNA, já que essa ação violaria garantias constitucionais explícitas e implícitas, quais sejam, a preservação da dignidade humana, a intimidade, a intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer.<sup>138</sup>

Ao determinar-se, como resultado da negativa ao exame pericial, a conseguinte paternidade presumida, viola-se, assim, todas as garantias preservadas pelo STF. De forma a não sofrer as referidas consequências, o réu deverá se submeter ao exame em questão.<sup>139</sup>

A Súmula 301 do STJ tem como referência sete precedentes jurisprudenciais, que são os seguintes: AGA 498.398-MG (2003), RESP 55.958-RS (1999), RESP 135.361-MG (1998), RESP 141.689-AM (2000), RESP 256.161-DF (2001), RESP 409.285-PR (2002) e RESP 460.302-PR (2003).<sup>140</sup>

O raciocínio comum encontrado nos julgamentos, com exceção do último caso, é a inexistência de registro na certidão de nascimento por parte do pai, fazendo com que as respectivas investigações tenham por finalidade indicar o verdadeiro pai em cada ação. Em virtude disso, a súmula seria aceitável caso afirmasse expressamente que a sua aplicação seria para essa hipótese, e desde que estivessem presentes também outros meios de prova indiciários para essa decisão.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> LÔBO; Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://http://jus.uol.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

<sup>139</sup> LÔBO; Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://http://jus.uol.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

<sup>140</sup> LÔBO; Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://http://jus.uol.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

<sup>141</sup> LÔBO; Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://http://jus.uol.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

Entretanto, a última decisão acaba por demonstrar que não esse não é o objetivo pretendido, uma vez que resulta por desconsiderar a paternidade socioafetiva já presente no caso.<sup>142</sup>

O Código Civil de 1916 admitia a ação de investigação de paternidade dos filhos ilegítimos contra os pais ou seus herdeiros, em três incisos diferentes, que são:

I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai;

II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;

III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

Essa matéria, apesar de não ter sido continuada pelo Código Civil de 2002, deve ser vista não como cláusulas a ser seguidas a risca, mas sim como elementos subsidiários que possam ser utilizados separados ou conjuntamente quando for impossível, falível ou incerta o exame pericial por alguma razão. Em suma, a prova técnica deixa as demais formas de prova em segundo plano, sem, contudo, ser possível afirmar que o exame pericial é sistematicamente a prova definitiva, uma vez que pode ocorrer a necessidade de se recorrer às demais formas de prova admitidas, como as descritas no artigo acima citado.<sup>143</sup>

Como visto, atualmente a maior dificuldade do julgador não é chegar à paternidade biológica, pois o advento do exame de DNA tornou essa questão fácil de ser descoberta. Por outro lado, a dificuldade que se faz presente é conseguir encontrar a solução mais correta dentro do contexto da família socioafetiva, que divide o Direito entre a verdade fática e a verdade axiológica.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> LÔBO; Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://http://jus.uol.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

<sup>143</sup> VENOSA; Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 246.

<sup>144</sup> VENOSA; Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 249.

O que ocorre, na realidade, é uma nova luta sobre a paternidade, em virtude de novos aspectos da ética ou bioética. Em razão disso, sempre haverá esse fator importante que se pode entender como nos dois pensamentos a seguir:

O verdadeiro pai é aquele que cuida da criança, cuja voz e cuja presença podem ser ouvidas e sentidas. (TRACHTENBERG, Anete. In: LEITE, Eduardo de Oliveira, Grandes temas da atualidade. 2000:24).

O que a evolução histórico-cultural comprovou, e de forma inquestionável, é que a função paterna está irremediavelmente ligada ao amor de um pai pelo seu filho. Fora dessa relação pode haver laço biológico por si só insuficiente a criar qualquer vínculo de paternidade, incapaz de gerar uma relação paterno-filial. (Op. cit., 2000:67).

Em decorrência desses posicionamentos e do princípio da socioafetividade é que não se pode resumir a questão da paternidade em um simples dado biológico, buscando sempre o melhor interesse para o filho, seguindo o Estatuto da Criança e do Adolescente que se baseia no princípio do melhor interesse do menor.<sup>145</sup>

O entendimento do melhor interesse do menor não deve ser entendido como de caráter patrimonial. A situação financeira dos pais disputantes não deve interferir na decisão do juiz. A noção de melhor interesse da criança é no sentido de buscar o melhor equilíbrio e psicológico, e jamais o caráter econômico.<sup>146</sup>

Dessa maneira, o juiz, ao decidir uma disputa de filiação, deve levar em consideração o vínculo afetivo do menor com os pais. Esse deve ser o principal argumento para justificar a sua decisão, devendo analisar a estabilidade psicológica e o grau de afetividade. A criança possui o direito superior de crescer em um ambiente saudável, tranquilo, e especialmente, com aqueles que o amam.<sup>147</sup>

Diante do exposto, torna-se evidente que existe um distanciamento entre as normas dispostas no Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. A Carta Magna constitucionalizou o instituto da família, e partindo dele

<sup>145</sup> VENOSA; Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 250.

<sup>146</sup> NOGUEIRA; Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 173-174.

<sup>147</sup> NOGUEIRA; Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 174.

decorrem exigências que recaem no estabelecimento da paternidade. Com as alterações evolutivas na concepção de família e filiação urge uma regulamentação, com uma conseqüente reforma legislativa, tendo como base a Constituição de 1988.<sup>148</sup>

Cada critério de estabelecimento de filiação é cabível em um momento específico da realidade fática. É importante e preciso que o legislador siga os princípios inseridos na Constituição como alicerce para o futuro sistema de regras que busquem uma verdadeira paternidade. Entre esses princípios, há o princípio da igualdade entre os filhos, do qual derivam conseqüências importantes para o reconhecimento da filiação.<sup>149</sup>

Em decorrência desse princípio, todos têm o direito de ter declarado a sua paternidade verdadeira. Em relação à filiação extramatrimonial, venceu os obstáculos para o reconhecimento e investigação da paternidade, o qual merece ter cautela, pois como demonstrado o exame pericial de DNA possui complicações que devem ser analisadas em conjunto fático-probatório ideal para se evitar o cometimento de injustiças.<sup>150</sup>

A família sociológica se fundamenta no afeto cultivado diariamente, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, cooperação, amizade e cumplicidade. Nesse sentido, o afeto está presente na relação familiar, seja na relação entre marido e mulher quanto na relação entre pais e filhos, todos unidos pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem juntos.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> VARGAS; Glaci de Oliveira Pinto; WERLANG; Maslova. **Investigação judicial e Coisa julgada**. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 40-41.

<sup>149</sup> VARGAS; Glaci de Oliveira Pinto; WERLANG; Maslova. **Investigação judicial e Coisa julgada**. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 41.

<sup>150</sup> VARGAS; Glaci de Oliveira Pinto; WERLANG; Maslova. **Investigação judicial e Coisa julgada**. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 41.

<sup>151</sup> NOGUEIRA; Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 53.

## CONCLUSÃO

Com o estudo do trabalho, é possível concluir que é inconcebível que se determine a paternidade apenas pela recusa do investigado, como dispõe a Súmula 301 do STJ, uma vez que o investigado pode, em algumas situações, apresentar outros meios de prova que conduzam à impossibilidade de ser o pai do investigado, seja por documentos escritos, fotografias, laudos médicos ou depoimentos de testemunhas.

Além disso, predomina atualmente no ordenamento brasileiro o princípio da socioafetividade, o qual tem por objetivo determinar as relações de parentesco pela afinidade e afetividade, em detrimento da relação apenas biológica e sanguínea.

Entretanto, não se deve excluir a possibilidade de reconhecimento da filiação biológica, quando o investigado se recusar a produzir o exame pericial de DNA imotivadamente, ou seja, quando o investigado, tendo ciência de ser o provável pai, se nega a cumprir a determinação judicial apenas para fugir de suas responsabilidades paternas, devendo então ser aplicada a Súmula 301 do STJ.

O que não pode ocorrer, sob o risco de desrespeito a Constituição Federal de 1988 e ao Pacto de São José da Costa Rica, é a aplicação da Súmula em questão de forma automática, como ocorre na prática, sem ouvir as razões da recusa pelo investigado e a produção de provas que lhe são garantidas pelos princípios do contraditório e ampla defesa, garantias essas constitucionais.

Com isso, se conclui que o exame de DNA é a forma de prova mais importante que existe atualmente na ação de investigação de paternidade, e que para ser aplicada de forma mais correta, faz-se necessário que seja analisado todo o conjunto fático-probatório para se determinar se o investigado é ou não o pai biológico, e se há a possibilidade de paternidade socioafetiva, quando cabível for a sua aplicação.

## REFERENCIAS

ALMEIDA; Maria Cristina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ALMEIDA; Maria Cristina de. **Prova do DNA: uma evidência absoluta?** Revista Brasileira de Direito de Família 2/148. Porto Alegre: Síntese, 1999.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2009.

CRUZ; José Aparecido da. **Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro: Teoria - Legislação - Jurisprudência.** Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

DINIZ; Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, v.5 - Direito de Família.** 19. ed. São Paulo: Atlas. 2004.

FARIAS; Cristiano Chaves de Farias; SIMÕES; Thiago Felipe Vargas. **Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FILHO; Fernando Simas. **A Prova na Investigação de Paternidade.** Curitiba: Juruá, 2001.

GAMA; Ricardo Rodrigues. **Investigação de paternidade.** Leme: Editora de Direito Ltda, 2000.

GIORGIS; José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, v.6: Direito de Família.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE; Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LÔBO; Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>>. Acesso em: 25 Abr. 2012.

NADER; Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família, v.5.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NETO; Alberto Chamelete. **Investigação de paternidade & DNA.** Curitiba: Juruá, 2002.

NOGUEIRA; Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico.** São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

**REVISTA de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, n. 184.

RIZZARDO; Arnaldo. **Direito de Família.** 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VARGAS; Glaci de Oliveira; WERLANG; Maslova. **Paternidade - Investigação Judicial e Coisa Julgada.** Florianópolis: OAB/SC, 2004.

VENCELAU; Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA; Sívio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WAMBIER; Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**, v. 1.

WELTER; Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.