

**A FILIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA:
DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE AO CONHECIMENTO A SUA IDENTIDADE
GENÉTICA¹**

André Leandro Polycarpo²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 3 A FILIAÇÃO; 3.1 A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE; 3.2 DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE; 3.3 O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE; 3.4 A ADOÇÃO À BRASILEIRA; 4 A DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE; 5 DA POSSIBILIDADE DE DESCOBRIR A IDENTIDADE GENÉTICA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo mostrar que o direito do filho não deve ser frustrado ou limitado frente ao direito do pai, e que o ônus da prova é invertido em proteção daquele, como a Súmula 301 do STJ dispõe. Embora as sentenças com trânsito em julgado tenham caráter de definitivas, irrecorríveis, as ações anteriores ao exame de DNA devem ser reformuladas em proteção do filho. Desta forma a busca pelo conhecimento da ascendência biológica do indivíduo é um direito personalíssimo, de maneira essencial para a construção de uma estrutura da integridade psicológica. O laço entre os pais e filho biológico é de maneira incontestável, haja vista que para o filho a certeza genética constitui elemento substancial que o individualiza das demais pessoas. Tal ação de investigação de paternidade está prevista no atual ordenamento jurídico para que um filho não reconhecido pelo seu verdadeiro pai possa ser reconhecido de forma forçada ou coercitiva. Deste modo poderá ele ter garantido o seu direito que já relatado é personalíssimo, imprescritível e indisponível ao reconhecimento do estado de filiação. Ressaltando do mesmo ponto de partida a Adoção a Brasileira onde constata-se a possibilidade ou não de sua anulação tendo como fatores a serem ponderados a verdade biológica e a filiação socioafetiva, pratica essa se dá pelo motivo como se fosse uma adoção feita sem observar as exigências legais, ou seja, uma adoção feita segundo o jeitinho brasileiro, mais que é vista no código penal como crime.

PALAVRAS CHAVES: Investigação de paternidade; Súmula 301 do STJ; Adoção à brasileira.

ABSTRACT: *This paper aims to show that the right of the child should not be frustrated or limited against the father's right, and that the burden of proof is reversed*

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo da prof.^a Ana Cleusa Delben.

² Acadêmico do 9º Semestre do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2011. andrepolycarpo@hotmail.com. Graduado em Gestão de Recursos Humanos pela Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR.

in that protection, as Precedent 301 of the STJ has. Although the sentences with res judicata have character definitive, unappealable, the above actions the DNA test should be recast in child protection. Thus the quest for knowledge of the biological individual's ancestry is a personal right, in an essential way to build a structure of psychological integrity. The bond between parents and biological child is incontestable way, considering that for the child to genetic sure is substantial element that individualizes of others. Such a paternity action is provided for in current law for a child not recognized by his real father to be recognized of forced or coercive. Thus it can be guaranteed their right to have reported is very personal, inalienable and unavailable to the recognition of membership status. Stressing the same starting point Adoption Brazilian notes where the possibility or not of its cancellation having as factors to be weighed biological truth and the socio-affective affiliation, this practice takes place on the ground as if it were an adoption made without observing the legal requirements, ie an adoption made according to the Brazilian way more than is seen in the penal code as a crime.

KEY-WORDS: *Investigation of paternity; Precedent 301 of the STJ; Adoption to the Brazilian.*

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, o estudo abordará a dignidade da pessoa humana e sua origem genética, ou seja, qualquer indivíduo pautado na forma da lei poderá buscar a sua identidade biológica.

O tema também abordará o estado de filiação com o foco nos artigos 26 e 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente onde trata que o direito de filiação é personalíssimo.

Com a aprovação da súmula 301 do STJ fica bem esclarecido a maneira a qual se analisará a presunção de paternidade de forma a realização de comprovação através de exame de DNA que induz a presunção *juris tantum* de paternidade ao qual dessa forma poderá ser constatada com alto grau de veracidade a paternidade. E tal súmula ganha força com a lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009 que determina que a recusa em fazer exame científico, como por exemplo, DNA gera a presunção de paternidade no que tange à análise das provas em uma eventual ação de investigação de paternidade.

Todavia com foco na referida súmula e na lei deve se refletir se o suposto pai poderá contrair provas contra si mesmo sendo que esse princípio gera a recusa do réu em realizar o exame não podendo ser interpretada como presunção absoluta de paternidade.

Contudo haja vista que o filho tenha recebido o nome juridicamente poderá o mesmo caso haja interesse em conhecer seus pais biológicos e futuramente manifeste o interesse de anular o seu registro para que nele venha a constar os nomes dos seus verdadeiros pais biológicos, haverá então à possibilidade de se desconstituir o vínculo paternal, já que a adoção à brasileira não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos.

Já no quesito que se trata de adoção à brasileira, analisa-se o reconhecimento voluntário da paternidade, de modo que alguém registra uma criança como seu o filho de outrem, configurando crime de registro de filho alheio como próprio, de forma que é tratada a prática por motivo de boa-fé ou reconhecida nobreza.

Desta maneira aborda-se as maneiras de se provar a paternidade no processo civil por meio pelo qual utiliza-se as provas testemunhais, documentais e periciais de maneira que emprega o exame de DNA para a comprovação do processo de investigação de paternidade.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos que constitui a República Federativa do Brasil; é um direito inviolável, tendo todos os deveres de respeitá-la e protegê-la, compreendendo os preceitos fundamentais a pessoa humana e a dignidade, conforme o disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.³

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana;⁴

Larissa Cavalcante Bezerra diz que:

A pessoa humana é objeto de respeito, um princípio objetivo de valor absoluto, manifestando a ideia de dignidade de um ser racional.⁵

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 311.

⁴ VADE MECUM. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 5.

A dignidade é o conceito geral do homem, sendo de maneira superior a qualquer situação ou consequências do indivíduo de maneira que se torna um atributo intrínseco, da pessoa humana, desde o início da vida até a morte. Relativamente interferindo de maneira jurídica, política, social, econômica e cultural. Contudo, se torna de maneira suprema, por estar no cunho do alicerce da vida, tendo a consequência no direito fundamental do ser humano desde o início da vida e passando por etapas de amadurecimento, conforme seu desenvolvimento na sociedade civil. Tornando o assim um cidadão em convívio digno entre pessoas, assegurando a justiça social, educação e o desenvolvimento da pessoa humana tornando-o preparado para a sociedade.⁶

Desta maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana se torna relativamente como valor supremo do ordenamento jurídico existente.

Portanto, quando houver conflito entre dois ou mais princípios constitucionais, que se aplica da mesma maneira, o aplicador da lei do direito deverá pautar-se da solução que tenha o princípio da dignidade humana.⁷

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático de direito, segundo Selma Rodrigues Petterle:

O princípio da dignidade da pessoa humana [...] visa proteger a pessoa humana na sua própria essência, confirmando-a como fundamento e fim da sociedade e do Estado brasileiro. Além de informar todo o ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento para a maioria dos direitos elencados catálogo de direitos fundamentais, conferindo, de tal sorte, unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais.⁸

Assim, verificar-se-á que a necessidade de ter a paternidade reconhecida, e, de ser filho é um direito da pessoa, e, sua dignidade será respeitada.

3 A FILIAÇÃO

⁵ BEZERRA, Larissa Cavalcante. **Ação de investigação de paternidade e o direito personalíssimo da criança em confronto com o direito do suposto pai.** Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2534 > Acesso em: 17 jun. 2015.

⁶ PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética da Constituição Brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 170-176.

⁷ Ibidem, p.176.

⁸ PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética da Constituição Brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 176.

No entendimento jurídico não se faz distinção entre filiação, havidos dentro ou fora do casamento ou se quer adotados.

Para, Maria Helena Diniz em seu estudo ressalta:

Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade.⁹

Observando que, existe a presunção de paternidade e maternidade dentro do casamento, trazida no art. 1.597 do Código Civil, dessa maneira o código indaga que a filiação pode ser reconhecida a partir do nascimento da criança como também posteriormente, sendo conjuntamente pai e mãe, ou separadamente. Essa afirmação é pura e exclusivamente para proteger o interesse do nascido, que tem a maternidade na sua concepção e a paternidade no exato momento do seu nascimento, no capítulo II do Código Civil Brasileiro que trata sobre filiação pode-se afirmar estas situações expostas acima.¹⁰

O ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa, em seu estudo acerca do núcleo familiar bem afirma: “O Direito Civil moderno apresenta como regra geral, uma definição restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco.”¹¹

Dessa forma a filiação passa a ser um direito inerente ao ser humano, ao passo que nos artigos 26 e 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), deste modo o direito é personalíssimo, indisponível e imprescritível, independente da sua origem, podendo ser exercido contra os pais ou herdeiros, sem nenhuma restrição, analisado pelo segredo de justiça. O direito personalíssimo significa dizer que somente o titular do direito é quem poderá exercer, sendo, portanto, intransmissível; o direito indisponível aqui esclarece que o titular da ação não pode deixar de ter sua filiação reconhecida, visto que não existe ser humano sem pai ou mãe; dessa maneira o direito se torna imprescritível, e nos dá a segurança de que a qualquer tempo o direito a filiação poderá ser arguido, desta

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 27.

¹⁰ VADE MECUM. **Código Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 258.

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. v.1, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 01.

forma constata-se que é um direito e dever de ter a confirmação e a busca pela sua origem.¹²

O Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 26 e 27 diz:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

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.¹³

Dessa forma o artigo 27 afirma que o reconhecimento da filiação é um direito personalíssimo:

Já o esposo poderá contestar a sua esposa sobre o suposto filho conforme titula o art. 1.601 do código civil brasileiro. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.¹⁴

Como o próprio artigo diz tal ação é imprescritível, sendo que uma vez contestada poderá prosseguir com seus herdeiros, caso venha o contestador a falecer.

Sílvio de Salvo Venosa, define família:

Desse modo, importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreendem os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar. Nesse particular, a Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental, conforme disposto no § 4º do art. 226: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes."¹⁵

Todavia tal relação de parentesco se estabelece entre pais e filhos, haja vista que ascendentes e descendentes de linha reta e colateral seja

¹² LOBÃO, Maiane Rodrigues Corrêa. **A possibilidade de reversão da adoção à brasileira frente ao princípio da socioafetividade**. Publicado em 08/2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10456/a-filiacao-socioafetiva-no-direito-brasileiro-e-a-impossibilidade-de-sua-desconstituicao-posterior> >. Acesso em: 29 mar. 2015.

¹³ VADE MECUM. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.021.

¹⁴ VADE MECUM. **Código Civil Brasileiro**. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 258.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, v. 6, 6ª ed., 2006. p. 20.

denominado parentes por afinidade, sendo vista pelos pais tal relação como de paternidade e maternidade, neste sentido equivale-se a relação de parentesco dos entes mais próximos de cunho paternal e maternal.

Assim, percebe-se que, há a necessidade de se albergar a família, e, as relações familiares, posto que, como dito, a filiação é um direito personalíssimo, e, ter família, ser reconhecido é um respeito à dignidade da pessoa humana.

3.1 A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A ação de investigação de paternidade comumente ajuizada nas Varas de Família são tratadas pelos artigos. 1.515 e 1.516 do Código Civil e pela Lei 8.560/92.

As provas dentro da ação de investigação de paternidade são de maneira vasta abrangendo todos os tipos de provas em Direito admitidas. Deste ponto de vista todos os meios possíveis podem e devem ser utilizados. A prova no dizer de Fernando Simas Filho, “é a demonstração da verdade dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos, em que se fundamenta a ação ou a resposta. Prova não é meio; é resultado”¹⁶

A função das provas na investigação de paternidade é indiscutivelmente grande, pois a responsabilidade de determinar a filiação depende delas. E a procedência da ação só emanará quando forem inequívocas, eficientes e absolutas, de maneira que o magistrado seja conduzido a declarar convicto à verdade da filiação.

A prova documental constitui-se de escritos, gráficos e fotografias, nos termos do artigo 385, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil. Indispensável alertar que documento e instrumento não se confundem. Diversas são as espécies de documentos que podem servir como prova na investigatória de paternidade podendo ser documentos públicos como certidões de nascimento e particulares como cartas, bilhetes, cartões, declarações. Estes devem conter fatos ou elementos que evidenciem ou presuma a existência de relações entre o investigado e a mãe do investigante.

¹⁶ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 5 ed. Curitiba: Juruá, 1996, p. 54.

A prova testemunhal é aquela obtida na produção ou formação do depoimento colhido da testemunha inquirida. Esta é a pessoa conhecedora dos fatos, indispensáveis para a solução de muitas lides.¹⁷

Na ação de investigação de paternidade a prova testemunhal é utilizada para demonstrar, por exemplo, o relacionamento afetivo entre a mãe do investigante e o pretense pai. A valoração probante terá em conta a coerência interna do depoimento; o conhecimento direto da ocorrência; o tempo da observação, bem como as falhas do testemunho.

A prova pericial sempre foi utilizada nas ações investigatórias de paternidade. Antes do exame de DNA, os resultados das perícias eram apenas de exclusão da paternidade, a partir do momento do exame passou a ser de afirmação de paternidade. Deste modo há perícia serve para demonstrar fatos de percepção técnica e científicas.

Conforme leciona Simas Filho:

O perito é qualquer pessoa que, possuindo qualidades especiais, geralmente de natureza moral, técnica, científica ou artística, supre as insuficiências do julgador, naquilo que se refere à verificação e apreciação de fatos da causa, que para tanto exijam tais conhecimentos. O perito auxilia o Juiz, levando-lhe conclusões a respeito de fatos interessantes ao deslinde da demanda, que o magistrado por si só, não teria condições de aferir.¹⁸

No caso que está sendo tratado o de investigação de paternidade a perícia deve ser feita por um conjunto composto pelo perito e assistentes técnicos, nos termos do art. 420 do Código de Processo Civil. Deve-se ter presente que o perito está sujeito a erro na análise realizada. De maneira que venha para os autos processuais um laudo assinado pelo perito.

Contudo com a chegada do exame de DNA passou a ser incontestável a presunção do pai biológico, ocorrendo assim tal precisão de cunho indiscutível perante o processo de investigação de paternidade.

Para o autor Belmiro Pedro Welter:

Não resta dúvida quanto ao exame no DNA, para avaliação da paternidade, ser um teste poderoso e confiável servindo de subsidio técnico definitivo, de grande utilização científica jurídica e social. Assim, os juristas reconhecem a

¹⁷ SIMAS FILHO, Fernando. **Op.cit.**, p. 62: “O valor do testemunho como elemento de certeza, resulta de dois aspectos: o primeiro, a tendência que leva o homem a acreditar naturalmente naquilo que dizem; e o segundo, a presunção de veracidade da palavra humana, que se embasa no pressuposto filosófico de que o Homem tem natural tendência para dizer a verdade.”

¹⁸ SIMAS FILHO, Fernando. **Op.cit.**, p. 65.

relevância ímpar deste meio de prova pericial, em função da verdade da paternidade ter se tornado tangível e real, e não mais jurídica ou presumida.¹⁹

A produção de todas as provas, documental, testemunhal, depoimento pessoal e pericial, especialmente o exame genético DNA, em qualquer momento processual, será necessária para que se haja uma certeza dentro dos atos processuais com a real possibilidade de se fazer tal reconhecimento genético.

O Código de Processo Civil brasileiro adotou o artigo 333 e o incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito
 II – ao réu, quanto à existência de fato impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor.
 Parágrafo único: É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

João Batista Lopes afirma que:

Fato constitutivo é o acontecimento da vida que serve de fundamento ao pedido do autor. Quanto ao fato impeditivo, é aquele que obsta as consequências jurídicas objetivadas pelo autor. Quanto ao fato modificativo afirma que é aquele que opera a alteração da relação jurídica. Fato extintivo é aquele que acarreta o fim da relação jurídica.²⁰

Para Pablo Stolze Gagliano:

A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.
 Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples 'ficar', relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual.²¹

O suposto pai no caso em questão não tem muito o direito de escolha pelo fato da presunção de veracidade.

3.2 DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

¹⁹ WELTER, Belmiro Pedro. **Investigação de Paternidade**. Porto Alegre: Síntese, 1999, t. I. p. 67.

²⁰ LOPES, João Batista. **A prova no direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 38.

²¹ Gagliano, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, v. 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 118.

Os filhos são o resultado comum do relacionamento entre sexos opostos. Ao gerar sua prole, o homem sofre consequências no âmbito do direito. O nascimento de uma criança reflete uma série de obrigações para seus genitores. É dever constitucionalmente imposto aos pais o de assistir, criar e educar os filhos menores.

Todavia o artigo 231 Código Civil Brasileiro esclarece a recusa do exame médico: Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.²²

Maria Helena Diniz comenta o artigo 231 do Código Civil Brasileiro da seguinte maneira:

Quem vier a negar-se a efetuar exame médico, p. ex. DNA, que seja necessário para comprovação de um fato, não poderá aproveitar-se de recusa, alegando, p. ex., insuficiência de prova. Assim, se alegar violação a sua privacidade e não se submeter aquele exame ter-se-á presunção ficta de paternidade, por ser imprescindível para a descoberta da verdadeira filiação, tendo em vista o superior interesse do menor e seu direito à identidade genética, ou seja, o de conhecer a história da saúde de seus parentes consanguíneos para fins de prevenção de moléstia física ou psíquica ou para evitar incesto.²³

Entretanto em 2009 surge a lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009, que altera a lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. A Lei determina que a recusa em fazer exame científico, como por exemplo, DNA gera a presunção de paternidade no que tange à análise das provas em uma eventual ação de investigação de paternidade.

Para a autora, Anatécia Silva:

Os dispositivos da Lei 12.004/2009, artigos 231 e 232 do Código Civil em combinação com a Súmula 301 do STJ, verificando a aplicação dos referidos dispositivos, ou seja, a recusa injustificada tem força de prova indiciária, para formar presunção suficiente a fundamentar a sentença de procedência do pedido de reconhecimento de paternidade. Além disso, vimos que é vedado a condução coercitiva em caso de recusa injustificada da parte em submeter-se ao exame pericial nas ações de investigação de paternidade, sob pena de violação aos princípios da intimidade e intangibilidade do corpo humano.²⁴

²² VADE MECUM. **Código Civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167.

²³ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 10. ed. atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 253.

²⁴ SANTOS, Anatécia Silva. **Aspectos da Lei 12.004/09** - Lei de Presunção de Paternidade. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29550&seo=1>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

No tocante da situação haja a importância real de se realizar o exame de DNA, pois a necessidade de se fazer tal exame advém do interesse da sociedade civil para que não ocorra relação conjugal, casamento ou somente ato carnal entre duas pessoas da relação familiar biológica, onde está poderá causar danos severos a saúde física e mental dos envolvidos.

Acima, no subtítulo, 3 A Filiação, foi trazida a questão do reconhecimento da paternidade, inclusive afirmando-se que trata-se de um direito personalíssimo, porém, há casos onde há necessidade do ajuizamento de ação de investigação de paternidade, e, como prova desta há o exame pericial, que muitas vezes é recusado pelo suposto pai, por isso, o Superior Tribunal de Justiça criou a Súmula n. 301,²⁵ impondo que, em ação investigatória de paternidade, a recusa do suposto pai a realizar o exame de DNA induziria a presunção *juris tantum* de paternidade. Ou melhor, paternidade por presunção é combinar incerteza com certeza ficta, como quem busca o pai por afirmação legal, mesmo que não extraída da verdade apurada e feita.²⁶

Sendo assim a súmula n. 301, que teve como relator o ministro Antônio de Pádua Ribeiro, foi um recurso especial do Estado de Amazonas, com o acórdão do STJ publicado no Diário da Justiça em 07 de agosto de 2000, sendo que o suposto pai tinha se recusado pelo número de 10 vezes a acatar a decisão do juízo de primeiro grau para realizar o teste de DNA, onde o ocorrido durou 3 anos e meio, sendo que ao chegar ao STJ, em último recurso interposto pelo filho a Terceira Turma julgou em favor do menor. Nesta ocasião, levou-se o entendimento que ao negar o chamado da Justiça pela quantia de 10 vezes, aliada à comprovação do relacionamento sexual do intimado com a mãe do menor, gerava “a presunção de veracidade das alegações postas no processo”.²⁷

Dessa forma conclui-se que o reconhecimento da paternidade, neste fato, pende dos seguintes requisitos: prova de relacionamento sexual contemporâneo com a concepção; fidelidade ao tempo da concepção; honestidade da mulher.²⁸

²⁵ Lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

²⁶ Verbete aprovado pela Segunda Seção do STJ em 18/10/2004, e publicado no DJU de 22/11/2004.

²⁷ Revista Jurídica Cesumar, v.6, n.1, p. 301-338.

²⁸ Revista Consultor Jurídico. **Recusar o teste de DNA é assumir a paternidade, decide STJ.** Publicado em 21/10/2004. http://www.conjur.com.br/2004-out-1/recusa_teste_dna_pre_sume_paternidade. Acesso em: 30 jun. de 2015.

Com o passar do tempo os requisitos acima elencados foram modificados através do cotidiano da sociedade.

Com isso veio o acórdão do colegiado:

Negou ser valor de prova da presunção de paternidade a resistência do investigado a submeter-se ao exame e, assim, afastou-se da orientação do STJ. Com isso surge à súmula n. 301, que passou a balizar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre essa matéria para os casos futuros, teve como referência os julgamentos dos recursos especiais nºs. 141.689/AM; 256.161/DF; 460.302/PR; 135.361/MG; 55.958/RS e 409.208/PR, além do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 498.398/MG.²⁹

Portanto, o colegiado valorou e criou a súmula acima referida, que veio para indagar melhor a situação de investigação de paternidade ao qual pune a adoção a brasileira.

Devendo ser aplicada a Súmula 301, caso haja negativa do réu em realizar o exame de DNA, entende-se pela presunção *juris tantum*. Poderá ser determinada ao réu a consequente inversão do ônus da prova, pena de confissão, tendo-se em mente que a jurisprudência brasileira, em regra, tem avaliado a recusa sempre de modo desfavorável ao réu, nas ações de investigatórias de paternidade, conforme depreende-se do ensinamento de Silvio de Salvo Venosa:

O réu tem o ônus probatório de realizar o exame, cuja recusa opera presunção contra ele. O juiz deve sempre ser cauteloso e levar em conta todo o conjunto probatório, pois nunca a ausência da prova técnica poderá induzir peremptoriamente a paternidade.³⁰

Com a “presunção *hominis*, cuja qual quem não tem nada a esconder não perde a oportunidade de prová-la.”³¹ Com isso deve gerar a presunção relativa de paternidade do investigado, devendo recair sobre ele o ônus de provar que não é o pai biológico, mediante a produção de outros meios de prova. “De outro giro, a confissão ficta está e deve continuar afastada em matéria de estado da pessoa. Suas consequências são tão graves que seria melhor, para o próprio investigante, a condução coercitiva do investigado na produção do exame.”³²

²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 144.

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 147.

³¹ MORAES, Maria Cecília Bodin de. **Recusa à realização do exame DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade**. Revista Igualdade XXIV... Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_20_2_4_6.php> Acesso em: 12 de mai. 2015.

³² MARTINS, Antonio Darienso. OLIVEIRA, Sebastião de. **A prova na investigação de paternidade e a súmula n. 301 do STJ**. Revista Jurídica Cesumar, v.6, n. 1, p. 301-338, 2006. p. 331.

Dessa forma são vários os efeitos causados com a interferência da súmula 301 STJ, pois o suposto pai fica com a inconformidade de ter que realizar tal exame para que contra este não possa dar a presunção *juris tantum* de paternidade. Com essa relação de pura obrigatoriedade, ambas as partes ficam indagadas a fatores sensíveis como a paternidade, o vínculo genético e os interesses da criança. Um equívoco em matérias dessa natureza poderia implicar em prejuízos severos para as partes, que poderão acabar enfrentando as consequências relacionadas à decisão judicial no decorrer de vários anos.³³

Contudo, a conclusão que se tem é que, a criança passa por um processo muito desgastante no decorrer da investigação podendo sofrer vários danos psíquicos com o andamento do processo, vendo a falta de interesse do suposto pai em realizar o exame de DNA ao qual o mesmo fora submetido a fazer sem ao menos ter o conforto para realização deste.

3.3 O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE

O reconhecimento da paternidade é definido como o ato pelo qual o pai ou a mãe assume a criança, podendo assim tal ação ser reconhecida fora do casamento construindo assim uma relação jurídica oriunda da relação biológica, tal fator acaba gerando efeitos no campo do direito. Conforme elenca o artigo 1. 607 do Código Civil Brasileiro.³⁴

Vale ressaltar também que a legislação brasileira concede o reconhecimento após a morte do filho, caso deixe descendentes conforme diz o artigo 1.609 parágrafo único do Código Civil.

Sendo que o pai também poderá reconhecer o filho através de ato de última vontade, isto é, incluir em testamento o reconhecimento de determinada pessoa como seu filho. Mesmo que o testamento seja declarado nulo, a estipulação do reconhecimento não perde a validade (Art. 1610, Código Civil).

Dessa forma o reconhecimento à paternidade não têm prazo podendo este ser pedido a qualquer tempo, conforme súmula 149 STF.³⁵

³³ RASKIN, Salmo. **Investigação de Paternidade** – Manual Prático de DNA. Curitiba: Juruá, 1998. p. 27-29.

³⁴ VADE MECUM. **Código Civil Brasileiro**. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 258.

³⁵ Súmula 149 – STF: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

Lembrando que o reconhecimento é irrevogável e não poderá ser contestado, mesmo quando feito por testamento, salvo quando houver defeito ou vício no ato de reconhecimento, é possível sua impugnação por meio de ação de negatória de paternidade e ação anulatória do registro de nascimento.

3.4 A ADOÇÃO À BRASILEIRA

Sabe-se que há no Brasil, a possibilidade da adoção de pessoas, onde estes futuros pais e filhos passam por um processo judicial, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos. 39 e seguintes, sendo que, conceitualmente, a adoção é tratada como:

Adoção à brasileira ocorre quando o homem e/ou a mulher declara, para fins de registro civil, o menor como sendo seu filho biológico sem que isso seja verdade.³⁶

Porém, há outra forma de estabelecer a filiação, sem os requisitos estabelecidos pelo ECA, sendo este denominado como adoção à brasileira ao qual constitui, quando há o reconhecimento voluntário da paternidade, de modo que alguém registra uma criança como seu o filho de outrem, com isso acaba sem querer ou por falta de conhecimento jurídico, configurando crime de registro de filho alheio como próprio.³⁷

De forma que o artigo 242 do Código Penal diz:

Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.³⁸

Este crime dá-se com a declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade sem observar as exigências legais para adoção. Na maioria dos casos os declarantes são movidos pela generosidade e pela boa fé de integrar a criança à sua família, como se a tivessem gerado, contrário do que a lei permite tendo em vista que a sociedade não indaga tal conduta³⁹, conforme titula o

³⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Adoção à brasileira e a possibilidade de anulação do registro segundo o STJ**. <http://marciocavalcante2.jusbrasil.com.br/artigos/121942721/adocao-a-brasileira-e-a-im-possibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj>. Acesso em: 01 jul. de 2015.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 287.

³⁸ VADE MECUM. **Código Penal Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 150.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 297.

parágrafo único do artigo 242 do Código Penal Brasileiro: Parágrafo único: Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.⁴⁰

Nesse sentido:

Ação penal. Registro de filho alheio como próprio. Genitora sem condições de prover o sustento da criança e que concorda com a entrega àquele que figura como pai. Motivo nobre evidenciado. Aplicação do art. 242, parágrafo único, do código penal. Concessão do perdão judicial. Decisão acertada. Recurso desprovido. Se a conduta definida como crime no caput art. 242 do código penal é perpetrada por motivo de reconhecida nobreza, pode o juiz, autorizado pelo parágrafo único da aludida norma, deixar de aplicar a pena e conceder ao acusado o perdão judicial, forma de extinção da punibilidade que abrange tanto os efeitos primários, quanto os secundários da sentença.⁴¹

Sendo assim a adoção à brasileira, fundada pelo crime de falsificação do registro de nascimento, é um fato social amplamente aprovado, por suas razões solidárias, não pela legislação vigente em nosso país. Mais ainda, mesmo que configure crime, na maioria das vezes tal conduta é praticada por motivo de nobreza, a fim de acolher uma criança que está ou que pode vir a sofrer perigo de vida. Certamente se comprovada à nobreza do ato poderá o juiz conceder o perdão judicial ou então aplicar a forma privilegiada.

A adoção à brasileira é considerada como crime pelo motivo de ser proibida por lei no país, uma pessoa que opta por este tipo de adoção poderá responder por três processos judiciais: parto suposto, presunção de rapto e falsidade ideológica. Sendo assim baseado no artigo 299 do código penal brasileiro o adotante será enquadrado dentro deste crime e poderá ficar recluso em regime fechado por até cinco anos e também está sujeito a multa.

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevaecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.⁴²

⁴⁰ VADE MECUM. **Código Penal Brasileiro**. Op. Cit.

⁴¹ SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça**. Recurso Criminal nº 2010.016767-9, Segunda Câmara Criminal, Relator: Sérgio Paladino. Data de Julgamento: 02/06/2010. p. 04.

⁴² VADE MECUM. **Código Penal Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.170.

Neste sentido, este tipo de ato preocupa muito as autoridades por ser feita de forma ilegal, estando às crianças sujeitas a muitos perigos como o tráfico de crianças, práticas criminosas e maus tratos. Com esse fator vem à importância de os adotantes passarem pelo processo de adoção legal.

Com base no ilustre autor Sílvio de Salvo Venosa:

A lei de adoção, em seu art.1º enfatiza, contudo, que a proteção estatal será concedida prioritariamente ao apoio e promoção social da família natural (§ 1º). Somente na impossibilidade de permanência na família natural, a criança e o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda (§2º). Sob esse prisma, a criança ou adolescente inserido em programa de acolhimento familiar terá sua situação reavaliada periodicamente, para que autoridade judiciária avalie da necessidade e oportunidade de ser colocada em família substituta (art.19, §§1º a 3º do ECA, com nova redação).⁴³

E, portanto aqueles que cometem à adoção a brasileira caberão ao crime do artigo 242 do Código Penal conforme citado anteriormente.

Sendo assim considera-se que o registro ilegal da criança é um crime de ato infracional. Portanto a retirada da criança de sua família biológica poderá levar a severas consequências como a falta do convívio com os pais naturais e a revolta da criança, que na maioria das vezes é a última a ficar sabendo da veracidade dos fatos ocorridos pela adoção a brasileira.

4 A DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE

Registrar o filho de outrem desrespeita os procedimentos estabelecidos em lei. Dessa forma recebe-se o título de adoção a brasileira, sendo que este fator se dá muito pela brecha que a lei 6.015/73 de Registros Públicos mais afincado no artigo 53 e parágrafo único, se dá:

Art. 53. São obrigados a fazer declaração de nascimento: 1º o pai; 2º em falta ou impedimento do pai, a mãe, sendo neste caso o prazo para declaração prorrogado por quarenta e cinco (45) dias; 3º no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior achando-se presente; 4º em falta ou impedimento do parente referido no número anterior os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto; 5º pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe; 6º finalmente, as pessoas encarregadas da guarda do menor. § 1º Quando o oficial tiver motivo para duvidar da declaração, poderá ir à casa do recém-nascido verificar a sua existência, ou exigir a

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, v.6, 15 ed. 2015. p. 302.

atestação do médico ou parteira que tiver assistido o parto, ou o testemunho de duas pessoas que não forem os pais e tiverem visto o recém-nascido.⁴⁴

Desta maneira basta o pai da criança se declarar como tal, e ter o apoio e a declaração de duas testemunhas que será lavrado o registro de nascimento. Fato este muito comum na cultura do país. Seja por realização de possuidor de boa-fé ou de má-fé

Conforme titula a analista do Ministério Público e especialista em Direito, Mariana Andrade Sobral:

O reconhecimento, como já afirmado, tem efeito ex tunc, retroativo, daí por que seu efeito é declaratório. Sua eficácia é erga omnes, refletindo tanto para os que participaram do ato de reconhecimento, voluntário ou judicial, como em relação a terceiros. Dessa eficácia decorre a indivisibilidade do reconhecimento: ninguém pode ser filho com relação a uns e não filho com relação a outros. Vimos também que esse ato jurídico é puro, não pode ser subordinado a termo ou condição. É irrevogável, somente podendo ser anulado por vício de manifestação de vontade ou vício material. A sentença que reconhece a paternidade produz como vimos os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário (art. 1.616 do Código Civil de 2002; antigo artigo 366).⁴⁵

As pessoas acabam por optar por este procedimento para que possa atingir seu objetivo às vezes por boa-fé ou até mesmo por má-fé. Sendo que quando tomam essas decisões acabam por não pensar nas consequências que isso poderá acarretar e nas sanções que ponderam sofrer desde uma anulação do registro de nascimento até a extinção da relação de filiação.

Como aparenta uma ação inofensiva, mas com o passar dos anos pode acarretar em situações de extremo constrangimento.

Basta apenas à criança crescer ou até mesmo um parente ou vizinho que saiba da situação para que as coisas comecem a tomar outros caminhos, sendo que com um simples pedido de exame de DNA, de qualquer pessoa, será possível desconstituir o laço familiar.

Ou como conclui Eduardo de Oliveira Leite:

O que a evolução histórico-cultural comprovou, e de forma inquestionável, é que a função paterna está irremediavelmente ligada ao amor de um pai pelo seu filho. Fora desta relação pode haver laço biológico por si só insuficiente

⁴⁴ VADE MECUM. **Lei n. 6.015, de 31-12-1973** – Registros Públicos. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1297.

⁴⁵ SOBRAL, Mariana Andrade. Disponível em. **Os Efeitos do Reconhecimento da Paternidade Sócio-fetiva**. <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3110&idAreaSel=2&seeArt=yes>. Acesso em: 21 mar. 2015.

a criar qualquer vínculo de paternidade, incapaz de gerar uma relação paterno-filial.⁴⁶

Dessa forma fica claro que a prática é comum no Brasil, mais acaba por ocasionar uma disfunção parental de forma que deixa sequelas para o resto da vida das pessoas envolvidas.

Mesmo o filho sendo registrado e tendo recebido o nome de maneira jurídica é perfeitamente possível a ele saber de sua origem biológica, por se tratar de um direito fundamental do indivíduo onde se encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁷

Todavia se tratando de uma adoção legal, que foi interposta pelo crivo do Poder Judiciário e respeitando assim o princípio do devido processo legal, o fato de ser assegurado ao interessado o direito de conhecer sua origem biológica não é fator suficiente para descaracterizar o vínculo firmado com os pais adotivos, pois neste caso se mantém intacto e perpétuo.⁴⁸

Rolf Madaleno, fala da seguinte maneira:

A origem genética é direito impregnado no sangue que vincula, por parentesco, todas as subsequentes gerações, inexistindo qualquer fundamento jurídico capaz de impedir que o homem investigue a sua procedência e que possa conhecer a sua verdadeira família e saber quem é seu pai.⁴⁹

Em se tratando de adoção à brasileira, caso o filho adotado tenha o interesse em conhecer seus pais biológicos e futuramente manifeste o interesse de anular o seu registro para que nele venha a constar os nomes dos seus verdadeiros pais biológicos, haverá então a possibilidade de se desconstituir o vínculo adotivo, já que a adoção à brasileira não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos. Este é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça que em inédito julgado, noticiado no Informativo nº 512, assim decidiu, *in litteris*:

DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA REQUERIDA PELO FILHO. ADOÇÃO À BRASILEIRA.

É possível o reconhecimento da paternidade biológica e a anulação do registro de nascimento na hipótese em que pleiteados pelo filho adotado

⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da Filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 336.

⁴⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 75.

⁴⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 76-77.

⁴⁹ MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 139.

conforme prática conhecida como “adoção à brasileira”. A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como “adoção à brasileira”, ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a “adoção à brasileira” e a adoção regular. Ademais, embora a “adoção à brasileira”, muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor.

Neste sentido, Rui Portanova em decisão que bem esclarece a distinção sustentada acima:

O simples fato de alguém eventualmente ter sido registrado por outra pessoa como sendo seu filho de forma alguma pode servir para impedir a busca da identidade e da ascendência genética.

O fato de se estar pleiteando, juntamente com a investigatória de paternidade e maternidade, a alteração do registro civil não inviabiliza o acesso à via judicial para se buscar a verdadeira identidade biológica.

Ora, não se está dizendo que o registro civil vai ou não se manter, mas o que se quer é que, no mínimo, não se diga que, por causa do registro, seja impossibilitado à apelante investigar sua verdadeira ascendência genética.

Esta é a posição que me parece adequada ao Direito de Família, que é se preocupar com o caso concreto, com as peculiaridades do caso concreto.⁵⁰

Após este entendimento cabe ao filho maior entrar com uma ação de negatória de paternidade para que se possa ter o seu direito biológico concluído de maneira jurídica e com isto possa lhe trazer mais conforto e respaldo social, conforme elenca o artigo 1.614 do Código Civil Brasileiro: O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.⁵¹

Sendo que vale ressaltar que qualquer pessoa que tenha justo interesse poderá também contestar a ação de paternidade ou maternidade, conforme preceitua o artigo 1.615 do Código Civil Brasileiro.

Caberá a desconstituição pelo motivo da irregularidade ocorrida no ato do registro civil ao qual o País adota o nome como “adoção a brasileira”. Porém

⁵⁰ Precedente citado: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. REsp 1.167.993-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/12/2012.

⁵¹ VADE MECUM. **Código Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 258

o código civil brasileiro traz como base o artigo 1.604: Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando erro ou falsidade do registro.”⁵²

Como cita Valdemar P. da Luz:

É de consenso que, uma vez configurado o estado de filho socioafetivo, não só a paternidade desse modo estabelecida não poderá mais ser impugnada, como também não mais será possível promover-se investigação da paternidade biológica em todos seus efeitos jurídicos, salvo para determinar a origem biológica, investigar a existência de doença genética que possa prejudicar os descendentes do investigante e preservar os impedimentos matrimoniais.⁵³

Neste caso é claro que houve a base do artigo 1.604 do código civil, então poderá ocorrer o pedido de desconstituição do reconhecimento, tendo assim a necessidade de haver a comprovação de erro ou falsidade.

Como na ação do STJ de 24 de fevereiro de 2015:

Por considerar que houve um vício de consentimento, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça permitiu que o nome de um homem fosse retirado do registro de nascimento da criança que ele constava como pai, mesmo após cinco anos de convívio. Embora a relação entre pai e filho tenha durado cinco anos, os ministros levaram em conta o fato de que o pai registral rompeu os laços de afetividade tão logo tomou conhecimento da inexistência de vínculo biológico com a criança. De acordo com o relator no STJ, ministro Marco Aurélio Bellizze, não é cabível ao caso a paternidade socioafetiva pois esta pressupõe “a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente”, circunstância ausente no caso. O homem viveu em união estável com a mãe e acreditava ser mesmo o pai da criança, que nasceu nesse período. Assim, registrou o menor e conviveu durante cinco anos com ele. Ao saber de possível traição da companheira, fez o exame de DNA. Em ação negatória de paternidade, ele pediu o reconhecimento judicial da inexistência de vínculo biológico e a retificação do registro de nascimento.⁵⁴

Tal posicionamento motiva a buscar exatamente a desconstituição pelo suposto pai se submeter ao exame de DNA, para ter o princípio da dignidade da pessoa humana colocado em prática. Já o direito do filho em conhecer sua origem biológica, obtendo assim igualdade em relação aos seus irmãos, que são filhos reconhecidos.

5 DA POSSIBILIDADE DE DESCOBRIR A IDENTIDADE GENÉTICA

⁵² VADE MECUM. **Código Civil Brasileiro**. Op. Cit.

⁵³ LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2009. P. 252.

⁵⁴ Revista Consultor Jurídico. **STJ autoriza desconstituição de paternidade após 5 anos de convívio**. Publicado em 24/02/2015. <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/stj-autoriza-desconstituicao-paternidade-anos-convivio>. Acesso em: 29 mar. 2015.

A expressão direitos humanos representa o conjunto das atividades realizadas de maneira consciente, com o objetivo de assegurar ao homem a dignidade e evitar que passe por sofrimentos. Esta é a opinião de Carlos Santiago Niño, no livro *Ethics of Human Rights*. Para chegar a esta concepção contemporânea, no entanto, o homem precisou percorrer um longo caminho de lutas, até entre irmãos, quase sempre causadas pelo desejo do lucro ou do poder. Por isso mesmo é que se tornou uma convenção moderna considerar que somente em nações democráticas é possível existirem os direitos humanos, porque um governo autoritário transforma-se muito facilmente em opressor.⁵⁵

A Constituição Federal de 1988 igualou os filhos havidos ou não da relação de casamento, não havendo mais qualquer restrição para que se opere o seu reconhecimento, podendo, assim, reconhecer tanto o filho natural como o adulterino ou o incestuoso, como proclama o artigo 227, parágrafo 6º:

Art. 227. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.⁵⁶

Dando maior efetividade o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 26 e parágrafo único, que se torna a citar:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

[...]

Parágrafo único: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.⁵⁷

O direito ao conhecimento da origem genética é primordial ao indivíduo, com o livre arbítrio para investigar ou não a sua origem, porém, o Estado tem a obrigação de prover mecanismos para a sua busca, deste modo, o direito de conhecer a origem genética tem proteção legal em algumas normas, conforme cita Denise Hammerschmidt:

⁵⁵ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva 2011. v.30. p.11.

⁵⁶ VADE MECUM. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

⁵⁷ VADE MECUM. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.021.

O direito a intimidade genética encontra seu fundamento em diversos textos internacionais, a saber: a Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco (art. 7º); o Convênio relativo aos Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, realizado em Oviedo, em 04.04.1997 (art. 10º); e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada na Conferência Geral da Unesco, em 16.10.2003 (art.14ª), entre outros.⁵⁸

O Estatuto da Criança e do Adolescente no, já citado, artigo 27 não prevê restrições em caso de ação de reconhecimento do estado de filiação, desde que observado o segredo de justiça:

No entanto, o conhecimento da origem genética é de cunho fundamental para todos os seres humanos. Dessa maneira a autora Livia Van Well diz:

Direito da personalidade indisponível e imprescritível que somente poderá ser exercido pelo filho. O menor que quiser pesquisar suas origens poderá fazê-lo em face dos pais ou seus herdeiros representado ou assistido nos termos da lei civil vigente.

O estado de filiação está regulado no Código Civil vigente que estabelece que a ninguém é dado questionar o estado de filiação de outrem, visto que o que consta da certidão de nascimento do menor só se muda se provando erro ou falsidade. Estabelece também no art. 1.601 que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. O art. 1.602 dispõe que não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

O segredo de justiça é forma de proteção à criança e o adolescente e às relações familiares e encontra amparo no princípio da publicidade estabelecido nos artigos. 5º, LX e 93, IX. O art. 155 do CPC elenca os processos cujo tema será guardado o segredo de justiça.⁵⁹

Dessa maneira a identidade genética se posiciona de maneira fundamental à vida, cabendo de forma jurídica que todo o indivíduo pautado na forma da lei poderá buscar a sua origem genética, todavia conforme citado anteriormente poderá o investigado no constante da lei recusar fazer o exame de DNA na ação de investigação de paternidade. Nesta propositura deverá se questionar se o exame de corpo delito indireto é válido, pois segundo Croce e Croce Jr. quando existir recusa da vítima em submeter-se ao exame pericial a que não está obrigada e para cuja lavratura não permite a lei condução coercitiva, importando saber que o exame de corpo delito indireto é realizado de forma subsidiária,

⁵⁸ HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética e Direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 97.

⁵⁹ WELL, Van Livia. **Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**. Disponível em: [http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,considera coes-sobre-a-acao-deinves-tigacao-de-paternidade,37952.html](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,considera%20coes-sobre-a-acao-de-inves-tigacao-de-paternidade,37952.html). Acesso em: 22 mai. 2015.

podendo ser feito através de um fio de cabelo, uma bitola de cigarro, através de impressão digital deixada em algum lugar, entre outros.⁶⁰

Conclui o pensamento da autora, o direito de saber sobre a sua identidade genética é um dever que a pessoa tem consigo mesmo de maneira que não viola o ordenamento jurídico, seguido assim de respaldo do mesmo de forma a ter sua proteção inviolável.

CONCLUSÃO

A necessidade em saber sobre a sua própria paternidade tem legitimidade ativa no interesse da criança, um direito humano que lei alguma poderá intervir. No caso da ação de investigação de paternidade, há o interesse público e individual a ser protegido, pelo motivo de obter a identidade real, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar da criança.

A súmula 301 do STJ se refere à presunção *júris tantum*, admitindo a possibilidade de prova em contrário, igualando assim a igualdade nas provas da mãe com o pai. Antes da súmula o pai sempre negava contrair prova contra si mesmo a partir de 2004 com o surgimento da mesma ficou difícil a negação de paternidade do suposto pai, ao qual os mesmos alegavam que seus direitos eram afetados conforme titula a Constituição Federal, como exemplo os direitos à integridade física e psicológica, à intimidade, à vida privada, à imagem e a honra. Com a criação da súmula fica claro que quem alegar violação a sua privacidade e não se submeter ao exame ter-se-á presunção ficta de paternidade, pelo motivo de ter tanta importância ao estado de filiação, ao qual a o interesse do filho a ter a sua identidade genética desmistificada e rompida o interesse do Princípio da Dignidade da pessoa humana, ao quais todos têm o direito de saber quem são seus verdadeiros pais.

A Constituição Federal de 1988 tem que dignidade é um direito fundamental, ao qual a pessoa tem garantido os direitos próprios, garantindo a proteção dos bens e valores personalíssimos, como o respeito, integridade física e psicológica, a honra e a imagem.

⁶⁰ CROCE, Delton; CROCE JR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46.

Há súmula 301 do STJ contradiz a constituição e obriga o suposto pai a fazer o exame para reconhecer a paternidade do filho, muitas vezes sem a sua vontade, deixando um colapso de desprezo familiar e afetivo deixando assim de atingir o principal objetivo que é a constituição da família de maneira harmônica.

REFERÊNCIAS

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. v.30. São Paulo: Saraiva 2011.

CROCE, Delton; CROCE JR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 10. ed. rev. e atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva 2014. v.6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética e Direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

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

LOBÃO, Maiane Rodrigues Corrêa. **A possibilidade de reversão da adoção à brasileira frente ao princípio da socioafetividade**. Publicado em 08/2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10456/a-filiacao-socioafetiva-no-direito-brasileiro-e-a-impossibilidade-de-sua-desconstituicao-posterior>>. Acesso em: 29 março. 2015.

LOPES, João Batista. **A prova no direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORIO JUNIOR, Humberto. Os poderes do juiz. **IN: O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 6, n. 6. p. 245, dez. 2006.

SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça**. Recurso Criminal nº 2010.016767-9, Segunda Câmara Criminal, Relator: Sérgio Paladino. Data de Julgamento: 02/06/2010.

SANTOS, Anatécia Silva. **Aspectos da Lei 12.004/09** - Lei de Presunção de Paternidade. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29550&seo=1>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 5 ed. Curitiba: Juruá, 1996.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Os Efeitos Do Reconhecimento Da Paternidade Sócio-Afetiva**. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php,pagina=artigos&id=3110&idareasel=2&seeart=yes>> Acesso em: 24/04/2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009;

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética da Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

VADE MECUM. **Código Civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Código Penal Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Estatuto da Criança e Adolescente**. 18^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei n. 6.015, de 31-12-1973 – Registros Públicos**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, v. 6, 6^a ed., 2006.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, v. 6, 15 ed., 2015.

_____. **Direito civil: parte geral**. v.1, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VÍCIO DE CONSENTIMENTO. **STJ autoriza desconstituição de paternidade após 5 anos de convívio**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/stj-autoriza-desconstituicao-paternidade-anos-convivio> > Acesso em: 29 mar. 2015.

WELL, Van Livia. **Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**. Publicado em 19/05/2015. Disponível em: em<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,considera-coes-sobre-a-acao-de-investigacao-de-paternidade,37952.html>. Acesso em: 22 mai. 2015.

WELTER, Belmiro Pedro. **Investigação de Paternidade**. Porto Alegre: Síntese, 1999, t. I.