

A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E O COLAPSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 301 DO STJ

Petra Vieira Fireman¹

Jéssica Aline Caparica da Silva²

Direito



cadernos de
graduação

ciências humanas e sociais

ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

Este artigo tem como objeto de estudo o procedimento e o desenvolvimento das ações de investigação de paternidade, analisando o choque de Direitos Fundamentais existente diante da incidência da súmula 301 emitida pelo Superior Tribunal de Justiça a qual dispõe acerca da presunção *juris tantum* de paternidade perante a negativa do pai em submeter-se à realização do exame de DNA. A compreensão desta problemática provém do recurso metodológico indutivo, através de uma pesquisa exploratória qualitativa em bibliografias pátrias a fim de examinar as investigações de paternidades sob os preceitos do Direito de Família. Aborda a evolução da filiação no contexto nacional compatibilizando com a ampliação das proposituras das demandas investigativas de paternidade de modo a delimitar os direitos constitucionais inerentes às partes e envolvidos na ação. Analisa ainda como o intérprete deve proceder diante da incidência da súmula 301 do STJ acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro e causadora de um conflito entre os direitos fundamentais à luz da presunção *juris tantum* de paternidade.

PALAVRAS-CHAVE

Investigação de Paternidade. Filiação. Presunção. DNA. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This article has as object to study the procedure and development of paternity investigation actions, analyzing the clash of Fundamental Rights existing before the incidence of the 301 of the Superior Court of Justice, which disposes about the presumed *juris tantum* of paternity before the negative of the father to undergo the DNA test. The understanding of this problem comes from the methodological resource inductive, through a qualitative exploratory research in homeland bibliographies to examine the investigations of paternities under the precepts of Family Law. It addresses the evolution of membership in the national context by reconciling with the expansion of the propositions of the investigative demands of paternity in order to delimit the constitutional rights inherent to the parties and involved in the action. It also analyzes how the interpreter should proceed in view of the incidence of the STJ 301 summons and its acceptance by the Brazilian legal system in order to create a conflict between fundamental rights in the light of the presumed *juris tantum* of paternity.

KEYWORDS

Paternity investigation, Membership, Presumption, DNA, Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

Diante das alterações na conjuntura social fática do Brasil, a Constituição de 1988 garante o direito à filiação conferindo-lhe caráter de garantia constitucional, vedando qualquer distinção ou discriminação referente à forma e a conjuntura em que os filhos foram gerados.

A ação de investigação de Paternidade, disposta em Lei 8560/92, constitui um dos meios previsto no ordenamento jurídico brasileiro para o reconhecimento da filiação que se efetiva de forma involuntária mediante sentença declaratória que confirma ou nega a existência da relação de parentesco.

O convencimento do magistrado para expedir tal sentença, baseava-se em provas documentais e testemunhais que comprovassem a efetiva relação entre os genitores, acarretando uma decisão infundada e vazia.

Entretanto, a evolução científica permitiu maior segurança e precisão jurídica com o advento da prova pericial do exame de DNA (Ácido Desoxirribonucleico), mediante a coleta de material genético, em que se faz possível atestar, com pequena margem de erro, a paternidade.

Nesta senda, diante da Súmula 301 STJ, a recusa em submeter-se ao exame pericial presume relativamente à paternidade, pondo em conflito princípios e direitos constitucionais da legalidade, da inviolabilidade e da intimidade do suposto pai, em que pese visa resguardar o direito à filiação e à dignidade da pessoa do filho.

O presente trabalho objetiva analisar o instituto da investigação de paternidade, instrumentalizado por meio do exame de DNA, sob o óbice dos princípios e direitos envolvidos e conflitantes, por pesquisas qualitativas exploratórias, utilizando o ordenamento jurídico e o acervo doutrinário brasileiro a fim de preservar os interesses e a dignidade das partes pela ponderação principiológica e da análise da finalidade da normal no caso concreto.

2 A EVOLUÇÃO DA FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Considera-se como “família, *em conceito amplo*, o parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar”, assim dispõe Venosa (2017, p. 2).

Pautada em uma perspectiva religiosa, com resquícios da concepção familiar romana, a família, diante do Código Civil de 1916, consistia em um instituto patriarcal hierarquizado, subordinando as decisões familiares, os filhos menores e a esposa à autoridade do pai, contemplando o casamento como indissolúvel e imprescindível para a formação do núcleo familiar, conforme preleciona Pereira (2006, p. 6):

A estrutura jurídica da família no Código Civil de 1916 assemelhava-se à romana, destacando-se, neste aspecto, a posição inferior da mulher na sociedade conjugal, em consonância com o patriarcalismo da época, e a subjugação dos filhos ao pátrio poder exercido pelo pai e chefe da família. No tocante à situação dos filhos, registrava-se nestes o status jurídico dos pais. Por isso, os filhos extraconjugais eram tratados de forma discriminatória, em razão do repúdio às relações fora do casamento. (PEREIRA, 2006, p. 6).

A filiação, por sua vez, pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. Assim entende Tartuce (2017, p. 417).

Por meio de seu reconhecimento, se faz possível estabelecer as relações de parentesco e os direitos e obrigações que destas se originam.

Neste contexto, a filiação possuía diversas classificações, em que diferenciavam-se conforme a circunstância em que infante foi gerado, de modo que apenas eram reconhecido juridicamente os legítimos, advindos do casamento e os legitimados, aqueles equiparados, conforme artigo 337 do Códex de 1916: “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé (art. 221)”.

Conforme Dias (2013, p. 360), a família constituída pelo casamento era a única a merecer o reconhecimento do poder estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima.

Ademais, havia ainda os ilegítimos, os quais advieram de relações extra-matrimoniais, subdividindo-se em naturais e espúrios, os quais são especificados por Gonçalves (2017, p. 314):

[...] Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se ilegítimos e se classificavam, por sua vez, em naturais e espúrios. Naturais, quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. Espúrios, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser adulterinos, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e incestuosos, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou entre irmão e irmã. (GONÇALVES, 2017, p. 314).

A vedação ao reconhecimento do filho, advindo de uma relação extra matrimonial punia o infante por algo alheio a sua vontade e seus atos, privando-lhe de garantias de ordem afetiva, como a ausência da figura paterna em seu desenvolvimento, bem como de ordem patrimonial, uma vez que o filho ilegítimo não fazia jus a alimentos, tampouco a herança de seu genitor falecido.

Entende de mesma maneira, Dias (2013, p. 361):

Negar a existência de prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. [...] E negar reconhecimento ao filho é excluir-lhe direitos, e punir quem não tem culpa. [...] O nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai. Prevaleciam os interesses da instituição matrimonial. (DIAS, 2013, p. 361).

Contudo, a evolução da sociedade brasileira modificou sua conjuntura fática, ampliando o conceito e as formações familiares, baseando-se na tríplice principiologia da igualdade, afetividade e solidariedade.

Desta forma, o advento da Constituição Federal de 1988 vedou toda e qualquer distinção entre os filhos, independentes de sua origem, bem como qualquer nomenclatura discriminatória, preservando o real interesse e a dignidade do menor, atribuindo à convivência familiar a natureza de direito fundamental.

Assim dispõe o art. 227 da Carta Magna de 1988:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma

de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...] § 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.

Posteriormente, ainda neste contexto, foi sancionada a lei 8.560/92 que regula a investigação de paternidade, reiterando a preocupação do legislados em preservar o menor, vedando qualquer distinção quanto sua concepção:

Art. 6º Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.

§ 1º Não deverá constar, em qualquer caso, o estado civil dos pais e a natureza da filiação, bem como o lugar e cartório do casamento, proibida referência à presente lei.

O Código Civil de 2002, por sua vez, reforça a igualdade constitucional existente entre filhos, independente da origem de seus nascimentos, em seu artigo 1.596: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Resta evidente que, hoje, todos são apenas filhos com iguais qualificações e direitos, garantindo-lhes o reconhecimento da filiação, seja de forma voluntária ou judicial e os direitos inerentes às relações familiares.

3 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Muito embora não sejam suscitadas dúvidas no que tange a vedação da distinção discriminatória entre filhos sob o critério da origem de suas concepções, a diferenciação subsiste, para fins meramente didáticos, a fim de denominar e garantir, aos filhos não advindos da relação matrimonial, o reconhecimento de sua filiação.

Quando advindos da relação matrimonial entre os pais, o Código Civil estabelece critérios que presumem a paternidade dos filhos.

Entretanto, no caso de não haver a existência do casamento entre os genitores, se faz necessário o reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ainda que haja o vínculo biológico.

Tal reconhecimento pode se proceder de forma voluntária e irrevogável, também chamada de “perfilhação”, conforme rol disposto no art. 1º da Lei 8.560/ 92, e igualmente previsto no art. 1.609 do Código Civil, bem como por via judicial, forçada ou coativa mediante a Ação de Investigação de paternidade, proclama Venosa (2017, p. 286):

De plano, temos de fixar que existem duas modalidades de reconhecimento: o voluntário ou espontâneo e o judicial ou coativo. O reconhecimento é espontâneo quando alguém,

por meio de manifestação solene e válida, declara que determinada pessoa é seu filho. O reconhecimento judicial decorre de sentença na ação de investigação de paternidade, na qual se reconhece que determinada pessoa é progenitor da outra. (VENOSA, 2017, p. 286).

3.1 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, confere caráter personalíssimo, indisponível e imprescritível ao direito de reconhecimento da filiação, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição.

Diniz (2014, p. 546) disserta acerca do procedimento com exatidão:

A investigação de paternidade processa-se mediante ação ordinária promovida pelo filho (legitimidade ad causam), ou seu representante legal (legitimidade ad processum), se incapaz [...], contra o genitor ou seus herdeiros [...] ou legatários[...]. (DINIZ, 2014, p. 546).

O reconhecimento se procederá mediante sentença meramente declaratória, tendo em vista que o vínculo biológico é preexistente à propositura da ação, dotada de efeito *ex-tunc*, retroagindo à data do nascimento e detentora de efeitos *erga omnes*.

Conforme supracitado, a legitimidade ativa da referida ação é privativa do filho, haja vista seu caráter personalíssimo, em que pese, se incapaz, a mãe ou tutor pode integrar a parte autora apenas como representante do mesmo, havendo ainda a possibilidade de litisconsorte passivo se a pretensão for de irmãos de mesma mãe.

Ademais, ainda pode configurar o polo ativo o Ministério Público, quando houverem elementos suficientes para propositura em defesa do incapaz. Trata-se de legitimidade extraordinária, conforme dispõe Venosa (2017, p. 300):

A legitimação extraordinária atribuída ao Ministério Público decorre da Lei nº 8.560/ 92, quando, no procedimento de averiguação inoficiosa, o pai indicado não responde a ação em 30 dias ou nega a paternidade. [...] Se o Ministério Público tiver os elementos suficientes, deverá propor a ação[...]. (VENOSA, 2017, p. 300).

O polo passivo, por sua vez, será integrado pelo pai ou mãe a quem se profere a investigação, podendo ser seus descendentes apenas em caso de falecimentos daqueles.

Entretanto, o Código Civil, em seu artigo 1.615, permite contestar a ação todos àqueles que possuam justo interesse no feito. Reitera Gonçalves (2017, p. 354):

[...] A defesa pode, assim, ser apresentada pela mulher do investigado, pelos filhos havidos no casamento ou filhos reconhecidos anteriormente, bem como outros parentes sucessíveis, uma vez que a declaração do estado de filho repercute não apenas na relação entre as partes, mas pode atingir terceiros, como aquele que se considera o verdadeiro genitor, por exemplo. (GONÇALVES, 2017, p. 354).

3.2 MEIOS DE PROVAS

Em regra, para que seja possível a apreciação jurisdicional de uma pretensão, se faz necessário à utilização de provas, ressalvadas algumas exceções. “A parte tem o dever de provar a veracidade dos fatos alegados em juízo para obter o convencimento do julgador, pois a decisão deve ter por fundamento a certeza do juiz sobre os fatos controvertidos da causa”, conforme entendimento de Deda (2006, p. 16).

Nesta senda, as ações de Investigação de Paternidade constituem um campo propício para a apresentação de todas as modalidades de provas admitidas pelo Direito, em que pese estas, por sua vez possuem papel fundamental na determinação da filiação, assim dispõe o art. 2º-A a Lei 12.004/ 2009, *ad litteram*: “Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos”.

Dentro outros meios de prova, os mais utilizados no procedimento supracitado consistem: na prova testemunhal, utilizada para demonstrar se houve um relacionamento entre os genitores do menor, ou afirmar qualquer relação entre eles, devendo ser analisada cautelosamente pelo magistrado, tendo em vista as reais pretensões do que estão a depor.

Na prova documental, com a possibilidade de apresentação de documentos físicos e eletrônicos, desde que observado o artigo 439 do Novo Código de Processo Civil: “A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei”.

Além do,

[...] exame prosopográfico, que, por sua vez, consiste na ampliação de fotografias do investigante e do investigado, e justaposição de uma à outra, por cortes longitudinais e transversais, e a inserção de partes de uma na outra (nariz, olhos, orelha, raiz do cabelo etc.). (PEREIRA, 2017, p. 454).

Bem como o exame hematológico realizado mediante a coleta sanguínea e satisfatório apenas para eliminar a paternidade quando pai e filho pertenciam a grupos sanguíneos diferentes, assim reconhece Gonçalves (2017, p. 357):

O exame hematológico, quando não excluía a paternidade, significava apenas a possibilidade de o réu ser o pai, mas não

a afirmava com certeza absoluta. Somente quando o resultado afastava a paternidade é que esta era excluída, de forma incontestável. (GONÇALVES, 2017, p. 357).

E, por fim, o exame de DNA que consiste na retirada de sangue ou de qualquer material genético dos indivíduos em investigação para análise em laboratório, mediante técnicas sofisticadas de verificação genética, podendo ser feito até antes do nascimento ou *post mortem*, conforme especifica Diniz (2014, p. 557-558) acerca do procedimento de extração:

O DNA é o componente mais íntimo da bagagem genética que se recebe dos genitores, conservado por toda a vida e que está presente em todas as células e arranjos aos pares. [...] O DNA do indivíduo é extraído das suas células (utilizando, por exemplo, células do sangue, da mucosa nasal, da boca, da raiz do cabelo, do material exumado, etc). (DINIZ, 2014, p. 557-558).

Por meio do desenvolvimento tecnológico e científico, fez-se possível atestar a paternidade com maior precisão, garantindo uma porcentagem de acerto que varia de 99,99% a 99,9999%, sendo esta técnica inserida no ordenamento jurídico brasileiro a fim de conferir maior segurança jurídica nas resoluções dos litígios supracitados, tomando-se o meio probatório mais utilizado pelos órgãos judicantes.

3.3 A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 301 DIANTE DA RECUSA DO PAI

Com advento do Exame de DNA, os demais meios probatórios adquiriram caráter secundário, considerando-se sua capacidade de atingir a máxima precisão quanto à afirmação da paternidade, ocasião em que surgem as controvérsias.

Para que seja possível a realização do referido exame há a necessidade da anuência do investigado de modo que este não pode ser obrigado a submeter-se a coleta do material genético, assegura Dias (2013, p. 423):

A realização dessa prova apresenta dupla ordem e dificuldades. Em primeiro lugar, é necessário que haja a participação do demandado para a sua realização. [...] não se pode impor ao réu que se submeta coactamente à coleta de material genético, ainda que o exame possa ser realizado com apenas um fio de cabelo. Ainda assim, a resistência do réu deve ser respeitada. (DIAS, 2013, p. 423).

Não obstante, a recusa beneficiaria o réu ao passo que acarretaria a improcedência da ação haja vista o esgotamento dos meios probatórios, eximindo-se da

comprovação da relação de paternidade decorrente da compatibilidade genética entre as partes da demanda, comprometendo o direito a identidade do filho.

Sob o óbice de resguardar o interesse público e a dignidade da pessoa do investigante, o ordenamento jurídico brasileiro adota a presunção *juris tantum* nos casos em que houver a recusa do pai em submeter-se ao exame de DNA, entendimento exposto em Súmula 301 STJ e acrescido pela Lei 12.004/09 no texto legal que regula a investigação de paternidade para filhos havidos fora do casamento, a Lei 8.560/92 a qual dispõe:

Art. 2o-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009).

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009).

Contudo, atribuir caráter absoluto ao exame de DNA consiste em esquivar-se quanto a sua passividade a erros, tendo em conta constituir elemento de grande variabilidade em sua estrutura, o que justifica a adoção do caráter *juris tantum* da presunção, de natureza relativa, subsistindo até que se prove ao contrário, proclamando assim Diniz (2014, p. 559):

Mas é preciso não olvidar que o teste de DNA não é uma prova infalível, logo não se devem excluir os demais meios probatórios e o juiz deve avaliar, prudentemente, o resultado, pois é preciso averiguar não só a credibilidade do laboratório, a técnica utilizada, mas também se houve ou não uso de marcadores genéticos adequados, se não houve troca de amostras, falha na leitura ou na transcrição dos dados obtidos etc. (DINIZ, 2014, p. 559).

Ainda que se admita a precisão dos resultados advindos do exame de DNA, este se condiciona a anuência das partes em submeter-se a coleta de material genético, ao passo que a adoção da presunção *juris tantum* visa resguardar o investigante diante da recusa do suposto pai em realizar o procedimento, desconsiderando os direitos também a este inerentes.

4 O COLAPSO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais podem ser conceituados como liberdades públicas, direitos individuais, direitos subjetivos e direitos humanos positivados explícita ou implicitamente na Constituição Federal de 88 e essenciais à promoção da Dignidade Humana, caracterizados pela historicidade, universalidade, indisponibilidade, impres-

critibilidade e irrenunciabilidade a fim de limitar a atuação estatal de modo a preservá-los, acrescenta Cunha Jr. (2012, p.575):

[...] Os direitos fundamentais devem ser entendidos, em última análise, como as reivindicações indeclináveis que correspondem a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade, ou mesmo no plano universal. Tais valores condizem com a liberdade, igualdade e solidariedade, tendo por base o princípio da suprema dignidade da pessoa humana. [...] Nessa perspectiva, os direitos fundamentais representam a base da legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que vinculam, como normas que são, toda a atuação estatal, impondo-lhe o dever sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana. (CUNHA JR., 2012, p. 575).

Desta forma, sabe-se que os direitos fundamentais permeiam e norteiam as demandas jurisdicionais e o ordenamento jurídico brasileiro de modo a originarem conflitos, por diversas vezes, diante de sua abundante incidência nas relações jurídicas.

O reconhecimento da paternidade, por sua vez, produz efeitos quais sejam morais e patrimoniais uma vez que estabelecerá o parentesco entre pai e filho, consecutindo na mudança do nome do investigante, na convivência familiar e na constituição do poder familiar, sendo possível, de igual maneira, o estabelecimento da pensão alimentícia, da partilha de bens, atribuir-lhe o direito sucessório, dentre outros.

A presunção *juris tantum* de paternidade aplicada diante da negativa do suposto pai em submeter-se a coleta de material genético, visa resguardar os direitos do investigante pleiteados na investigação de paternidade, sendo estes o "direito à identidade genética que passou a constituir um direito fundamental integrante do direito de personalidade, o que levou a jurisprudência a aceitar a busca da identificação da paternidade", conforme dispõe Dias (2013, p. 397).

Ademais, a Carta Magna, conduzida pelo Princípio da dignidade da pessoa, prevê o direito da convivência familiar em seu artigo 227, *ad litteram*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Outrossim, Dias (2013, p. 365) expõe ainda o “direito à identidade atribuindo-lhe, assim como o nome e os demais elementos de identificação, natureza de direito de personalidade, devendo a informação sobre a origem genética ser tutelada”.

Ainda nesse contexto, muito embora não previsto expressamente na Lei Maior, o direito a filiação encontra-se disposto na Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, lhe sendo atribuído caráter indisponível e imprescritível, conforme artigo 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”.

Em última análise, proclama Diniz (2014, p. 566) acerca da importância do reconhecimento da paternidade para o investigador:

O importante, para o filho, é a comunhão material e espiritual; o respeito aos seus direitos de personalidade e à sua dignidade como ser humano; o afeto; a solidariedade; a convivência familiar, para que possa atingir seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, sua segurança emocional e sua realização pessoal. (DINIZ, 2014, p 566).

Entretanto, em contrapartida, a realização do exame de DNA só se faz possível diante do assentimento do suposto genitor em sujeitar-se ao recolhimento de seu material genético, seja por meio da retirada de sangue, extração da mucosa salivar, dentre outros.

Neste diapasão, verifica-se a existência dos direitos fundamentais do suposto pai quais sejam os direitos à intimidade e a vida privada previstos no artigo 5º, inciso X da Carta Magna: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Assegura Moraes (2014, p. 54) que se deve interpretar amplamente e cautelosamente os direitos supracitados quando incidirem no âmbito familiar, menciona:

No restrito âmbito familiar, os direitos à intimidade e a vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando-se em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares. Devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa. (MORAES, 2014, p. 54).

Cumpre acrescentar, ainda, o direito a Integridade física, exposto na Convenção de Direitos Humanos, também denominado Pacto de São José da Costa Rica, tratado o qual o Brasil é signatário, disposto em seu artigo 5º: “Artigo 5º - Direito à integridade pessoal; 1- Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu, após vasta discussão em sede de *habeas corpus*, a impossibilidade de conduzir coercitivamente o genitor investigado a submeter-se a coleta de material genético, conforme disposto em julgado:

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

(STF - HC: 71373 RS, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/11/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397).

Muito embora assim entenda a Suprema Corte Brasileira, a presunção *juris tantum* de paternidade diante da negativa do suposto pai em ter seu material genético recolhido, ao ser sumulada e acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio, consecute em um colapso normativo, conflitando o comprometimento da liberdade do suposto pai ainda que vise resguardar a dignidade dentre outros direitos fundamentais do investigante, reiterando acerca desta incompatibilidade o autor Tartuce (2017, p. 484):

Pois bem, no caso descrito, de um lado está o direito do filho de saber quem é o seu pai, o que envolve a sua dignidade; do outro, o direito à integridade física e à intimidade do suposto pai, que também envolve a sua dignidade. Há um claro choque de normas de primeiro grau no plano hierárquico, tido como conflito propriamente dito, caso de antinomia real, envolvendo dois direitos da personalidade. (TARTUCE, 2017, p. 484).

Nesta conjuntura, os direitos fundamentais, ainda que absolutos, não consistem em direitos ilimitados, sendo restringidos ao exercício do direito de terceiros de modo que diante do conflito entre estes, por encontrarem-se no mesmo plano hierárquico, o magistrado deve analisar cautelosamente o caso concreto de forma que a sentença expedida não comprometa integralmente os direitos fundamentais de uma das partes, utilizando, para tanto o princípio da Concordância Prática ou Harmonização, procedimento exposto por Moraes (2014, p. 30):

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito,

evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, 2014, p. 30-31).

Para que seja possível resguardar os direitos fundamentais das partes, avocando o exposto ao âmbito da incidência da Súmula 301 nas demandas investigatórias de paternidade, faz-se imprescindível que o intérprete, diante da recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA, relativize-o e analise os demais meios probatórios de forma a presumir a paternidade apenas quando houver o esgotamento das provas utilizadas, evitando e repudiando qualquer ato protelatório por parte do réu, preservando, contudo, os direitos fundamentais inerentes às partes envolvidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o decurso do tempo e a evolução dos preceitos que norteiam o Direito de Família brasileiro, a filiação adquiriu nova estrutura, permitindo a igualdade entre os filhos independente da origem de sua concepção, permitindo o reconhecimento da paternidade a qualquer tempo, ampliando o rol de legitimados para ingressar com a ação de investigação de paternidade.

Neste contexto, com o advento do exame de DNA, se fez possível obter resultados mais precisos, conferindo maior segurança jurídica na resolução das demandas investigativas, acarretando uma sacralização deste meio probatório.

Diante da negativa do suposto pai em submeter-se a coleta de material genético para a realização do exame prevalece o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à presunção *juris tantum* de paternidade, conflitando os direitos fundamentais inerentes ao genitor, muito embora vise resguardar os mesmos direitos dos investigantes.

A fim de solucionar o conflito entre os direitos fundamentais sem que haja a limitação integral de qualquer um deles, o ordenamento jurídico brasileiro e o acervo doutrinário preveem a ponderação diante do caso concreto, analisando o fim a que a norma se destina, por meio dos Princípios da Harmonização ou da Concórdância Prática, devendo o convencimento do magistrado, nas ações que buscam o reconhecimento da paternidade, ser pautado na análise do caso concreto e da conjuntura exposta pelo autor, utilizando todos os meios probatórios para fundamentar sua decisão, majorando-os e analisando-os cautelosamente, admitindo a possibilidade de equívoco dos exames de DNA.

SOBRE O TRABALHO

O presente artigo foi elaborado mediante a orientação da Professora Jéssica Aline Caparica da Silva, email: jessicacaparica@gmail.com, professora do Centro Universitário Tiradentes, como pré-requisito da Disciplina de Práticas In-

tegradoras no Direito II, ministrada no 6º período do curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes- UNIT

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916-Código Civil/ 1976.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de Outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente,

BRASIL. **Lei nº 8.560**, de 29 de dezembro de 1992.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002- Código Civil/2002.

BRASIL. **Lei nº 12.004**, de 29 de julho de 2009.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1968). **Pacto de San José da Costa Rica**. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 8 out. 2017

CUNHA JR., Dirley da, **Curso de direito constitucional**. 6.ed. Salvador-BA: Juspodivm, 2012.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira, **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HC 71373 RS. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14704990/habeas-corpus-hc-71373-rs>>. Acesso em: 8 out. 2010.

MORAES, Alexandre de, **Direito constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume V** / Atual. Tânia da Silva Pereira. 25.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SÚMULA 301 - Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. (Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20CIVIL%27.mat.#TIT24TEMA0>> Acesso em: 8 out. 2010.

TARTUCE, Flávio, **Direito civil, volume 5**: Direito de Família. 12.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil**: família. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5).

Data do recebimento: 6 de janeiro de 2018

Data da avaliação: 15 de fevereiro de 2018

Data de aceite: 2 de março de 2018

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL. Email: petrafireman@hotmail.com

2 Professora do Centro Universitário Tiradentes – UNIT. Email: Jessicacaparica@gamil.com

