

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES II

LITON LANES PILAU SOBRINHO

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

CILDO GIOLO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cildo Giolo Junior; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-728-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito de família. 3. Sucessões. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O VI Encontro Virtual do CONPEDI, realizado no período dos dias 20 a 24 de junho de 2023, com a temática “Direito e políticas públicas na era digital” proporcionou o encontro de diversos pesquisadores na área do Direito.

O grupo de trabalho “Direito de Família e das Sucessões II”, coordenado pelos professores Cildo Giolo Junior, Liton Lanes Pilau Sobrinho e Valéria Silva Galdino Cardin, contou com a participação de 27 pesquisadores, que abordaram temas relevantes e controvertidos.

Inicialmente, Camila Gonçalves da Silva, Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli e Priscila Zeni de Sa apresentaram o artigo A mãe não biológica em relacionamento lésbico: concreção do direito do registro da maternidade em casos de reprodução não assistida, onde abordaram o direito ao registro da dupla maternidade de casais lésbicas.

Natan Galves Santana, Tereza Rodrigues Vieira e Valéria Silva Galdino Cardin discorreram acerca do planejamento familiar e da utilização da barriga de aluguel como uma técnica de reprodução assistida, com enfoque nos direitos fundamentais e da personalidade dos envolvidos no projeto parental, afirmando a possibilidade de um contrato oneroso a ser utilizado pelos envolvidos neste procedimento.

Os autores acima citados também apresentaram um outro trabalho científico, em que trataram da inseminação artificial caseira como acesso à efetivação do planejamento familiar e a concretização dos direitos fundamentais e da personalidade, examinando a precariedade dos hospitais públicos em oferecer a reprodução assistida àqueles que não tem recursos para arcar com os elevados custos deste procedimento. Trataram, ainda, dos problemas que a inseminação artificial caseira pode acarretar em relação a receptora e a criança, uma vez que não há triagem laboratorial e o manuseio ocorre em local aberto. Acrescentaram, também, a questão da ausência de anonimato do doador.

Guilherme Augusto Giroto, ao discorrer sobre sua pesquisa Contratualização das relações familiares à luz do direito civil-constitucional, defendeu que os institutos do direito civil devem ser revisitados sob o viés constitucional e hermenêutico, afastando a visão

patrimonialista, privilegiando, assim, o caráter existencial do indivíduo. Para o autor, a autonomia privada deve prevalecer para que haja a celebração de novas modalidades contratuais com o intuito de atender novos arranjos familiares.

O artigo Abandono afetivo como violador do princípio da proteção integral, de autoria de Cibele Faustino de Sousa, Alexander Perazo Nunes de Carvalho e Thereza Maria Magalhaes Moreira, enfocou o abandono afetivo de crianças e adolescentes como violador do princípio da proteção integral, enfatizando os julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do STF, bem como as consequências jurídicas de tal fato.

Os pesquisadores Leticia Marilia da Rosa Migueis Paredes e Adalberto Fernandes Sá Junior apresentaram o artigo A visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a violência psicológica sofrida por crianças e adolescentes, abordando a violência psicológica praticada contra crianças e adolescentes e os reflexos no campo social e jurídico e como o STJ combate tal violência. Afirmaram, ainda, que a responsabilização sempre ocorre de forma associada a outro tipo de violência, carecendo de responsabilização as situações de fato em que este tipo de violência aparece de forma independente.

A eficácia do modelo de mediação proposto por Luís Alberto Warat no combate à alienação parental foi o tema tratado por Luciana Pereira Franco, afirmando que este modelo pode ser eficaz no combate à alienação parental, porque estabelece um clima de ternura, solidariedade e afeto, em que deve prevalecer o respeito às diferenças do outro, promovendo, assim, a desconstrução da alienação parental por meio do resgate da sensibilidade.

No artigo A contratualização e a desjudicialização da união estável, João Antonio Sartori Júnior examina a problemática da contratualização da união estável diretamente pelas serventias extrajudiciais, evidenciando a importância das atividades notariais e registras, que, atualmente, promovem a desjudicialização, assegurando direitos e resolvendo conflitos familiares dos cidadãos, sem qualquer provocação do Poder Judiciário, em busca da pacificação social e da segurança jurídica.

Eduardo Roberto dos Santos Beletato, Elizangela Abigail Socio Ribeiro e Rozane Da Rosa Cachapuz examinaram as vantagens do planejamento sucessório ao tratarem das holdings familiares, destacando a questão da proteção patrimonial e a redução lícita dos tributos, contudo, devendo haver o respeito à legítima em relação aos herdeiros necessários, bem como ao cônjuge.

A autora Clarissa de Araujo Alvarenga apresentou uma pesquisa acerca da adoção intuitu personae na perspectiva do melhor interesse da criança e do adolescente e da doutrina da proteção integral, ressaltando que deve haver a flexibilidade do procedimento estabelecido para a adoção, quando à observância do prévio cadastro no Sistema Nacional de Adoção, bem como da ordem cronológica da fila de adoção, considerando o princípio do melhor interesse da criança em relação àquelas crianças que estão a espera de uma família e que não foram adotadas ainda.

O trabalho científico Casamento virtual x casamento no metaverso: questões legais do direito de família na era digital elaborado por Rozane Da Rosa Cachapuz, Marcelo Augusto da Silva e Marques Aparecido Rosa discorreu acerca da possibilidade da realização do casamento por meio virtual ou até em um mundo virtual do metaverso. Atualmente, a legislação não prevê a tecnologia do metaverso e a cerimônia não é, portanto, legal. Já, o mesmo não se aplica aos casamentos virtuais, via “videoconferência”, pois concretizam o princípio da eficiência previsto na Constituição Federal, devendo ser fomentado pelos cartórios.

Tereza Cristina Monteiro Mafra e Susan Naiany Diniz Guedes analisam a filiação, sob os impactos do exame de DNA como meio de prova e a jurisprudência do STJ e do STF. Afirmam as autoras, que hoje nas ações de investigação de paternidade prevalece o resultado deste exame, gerando insegurança ao jurisdicionado, que não pode contar com outros critérios em caso de divergência entre as provas.

As pesquisadoras Catarina Wodzik Quadros Soares e Tereza Cristina Monteiro Mafra examinaram a jurisprudência dos tribunais superiores quanto a teoria da sociedade de fato no concubinato. Nesta pesquisa, as autoras responderam as seguintes perguntas: “A teoria da sociedade de fato aplica-se ao concubinato (impróprio)? Ou a infidelidade é hábil para afastar a incidência de uma teoria própria do direito obrigacional? O que é esforço comum?”, com base no levantamento de todos os acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação da sociedade de fato ao concubinato.

O trabalho científico da (ir)retroatividade das disposicoes estabelecidas no contrato de convivencia, de autoria de Arthur Lustosa Strozzi, Daniela Braga Paiano e Guilherme Augusto Giroto, aborda as normativas expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça (Provimento nº. 141/2023) e pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Provimento CGJ /TJRJ nº. 87/2022), que garantem a observância e o respeito à vontade dos companheiros que estabelecem regime diverso da comunhão parcial, em especial a separação convencional de

bens. Os resultados do presente estudo demonstram que, pela literalidade do art. 1.725 do Código Civil, a retroatividade das disposições estabelecidas no contrato de convivência é possível, desde que seja o primeiro instrumento escrito celebrado entre os conviventes.

Por fim, as pesquisadoras Daniela Braga Paiano, Gabriela Eduarda Marques Silva e Júlia Mariana Cunha Perini trataram da responsabilidade do Estado e da família na proteção das crianças e dos adolescentes quando ocorrer estupro virtual, demonstrando a responsabilidade do Estado e da Família na prevenção e proteção das crianças e adolescentes contra tal ato. A partir deste estudo, concluíram que o advento da internet possibilitou a criação de novas formas de exposição das crianças e dos adolescentes, sendo certo que é dever do Estado e da família prevenir e protegê-los das novas formas de violência no mundo virtual.

Valéria Silva Galdino Cardin

Universidade Estadual de Maringá e Unicesumar

Cildo Giolo Junior

Universidade do Estado de Minas Gerais

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Universidade do Vale do Itajaí e Universidade de Passo Fundo

O ESTUDO DA FILIAÇÃO, OS IMPACTOS DO EXAME DE DNA COMO MEIO DE PROVA E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF

THE STUDY OF PARENTAGE, THE IMPACTS OF DNA EXAMINATION AS A METHOD OF PROOF AND THE JURISPRUDENCE OF THE STJ AND THE STF

**Tereza Cristina Monteiro Mafra
Susan Naiany Diniz Guedes**

Resumo

O presente artigo tem como escopo traçar o caminho percorrido pelo direito de filiação desde o Código Civil de 1916 até a legislação atual bem como identificar os avanços dos meios de provas a ela inerentes, principalmente o exame de DNA. A prova genética, que trouxe uma importante guinada jurisprudencial, doutrinária e legislativa, muitas vezes é considerada de caráter absoluto, posição essa criticada por muitos juristas e cientistas devido a falibilidade do procedimento. A pesquisa seguirá o tipo metodológico jurídico-exploratório, com metodologia dedutiva e as técnicas de pesquisa bibliográfica e historiográfica. Ao final será concluído que a produção da prova, nos termos em que acontece hoje, e a sua inserção dentro do sistema processual civil, nas ações de investigação de paternidade, carecem de regulamentação legislativa e geram insegurança ao jurisdicionado, que não pode contar com qualquer tipo de regulamentação do procedimento propriamente dito e nem mesmo critérios uníssimos sobre o que deverá ser feito em casos de divergência entre as provas.

Palavras-chave: Filiação, Investigação, Paternidade, Prova, Exame de dna

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to trace the path taken by the right of affiliation from the Civil Code of 1916 to the current legislation, as well as to identify the advances in the means of evidence inherent to it, mainly the DNA test. Genetic evidence, which brought an important jurisprudential, doctrinal and legislative shift, is often considered absolute, a position criticized by many jurists and scientists due to the fallibility of the procedure. The research will follow the legal-exploratory methodological type, with deductive methodology and bibliographical and historiographical research techniques. In the end, it will be concluded that the production of evidence, in the terms in which it happens today, and its insertion within the civil procedural system, in paternity investigation actions, lack legislative regulation and generate insecurity to the jurisdiction, who cannot count or any type of regulation of the procedure itself and not even unison criteria on what should be done in cases of divergence between the evidence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sonship, Investigation, Paternity, Proof, Dna exam

1. INTRODUÇÃO

Após o advento da Constituição Federal de 1988, que proibiu quaisquer designações discriminatórias entre os filhos, democratizou-se o instituto da filiação e, atualmente, as formas de reconhecimento são diversas. Além disso, com o avanço da ciência principalmente a partir da década de 90, a instrução probatória das ações de investigação de paternidade tem como principal meio de prova uma perícia, que consiste no exame de DNA.

A relevância deste tema decorre do fato de que, mesmo após décadas do seu surgimento, ainda existem discussões sobre provas contraditórias nos autos, pois, embora seja mais seguro e assertivo, o exame é estatístico e condicionado a uma interpretação, sem qualquer regulamentação ou fiscalização da coleta ou sobre o armazenamento desses dados sensíveis.

Além disso, quando ocorre a divergência entre as provas surge também a insegurança jurídica pela ausência tanto de regulamentação oficial do exame em si quanto dos caminhos que a instrução processual poderá tomar diante do impasse.

A pesquisa seguirá o tipo metodológico jurídico-exploratório, com metodologia dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica. Além disso, contará também com a pesquisa historiográfica, pois será apresentada uma síntese da regulamentação da filiação na legislação brasileira a partir do Código Civil de 1916. O trabalho também irá identificar e comentar as problemáticas dos principais julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a produção do exame de DNA nas investigações de paternidade.

Após a introdução, tendo como recorte espacial o tratamento da filiação no direito brasileiro e como temporal a regulamentação a partir do Código Civil de 1916, o primeiro item do trabalho busca traçar o caminho percorrido pelo reconhecimento da paternidade e o direito de filiação, principalmente dos filhos havidos fora do casamento e identificar o momento pelo qual tais direitos começaram a ser reconhecidos. Além disso, apresentará as legislações correlatas ao tema, inclusive o sobre a regulamentação do exame de DNA e dos procedimentos de investigação de paternidade.

No segundo item, o trabalho apresenta os questionamentos que surgiram após o avanço da ciência na década de 1990, que trouxe o exame de DNA como principal meio de prova nas ações de investigação de paternidade. A partir desse marco tanto a legislação

quanto a jurisprudência trouxeram reflexões e críticas sobre a supervalorização da prova sem critérios regulamentados, além de impasses sobre a instrução probatória diante de provas divergentes.

O trabalho concluirá que embora tenha ocorrido inegável avanço e que esse tenha sido positivo, já que veio socorrer e tutelar grande parte dos jurisdicionados que eram marginalizados, ainda persistem lacunas sobre a regulamentação, fiscalização e controle de resultados, fatores esses que colocam em risco a integridade da prova produzida, que muitas vezes é tratada como verdade absoluta.

2. O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE DOS FILHOS HAVIDOS FORA DO CASAMENTO: DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 previa uma classificação discriminatória dos filhos, pois os qualificava como: legítimos (concebidos durante o casamento), legitimados (resultante do casamento dos pais, estando o filho concebido, ou depois de havido o filho), ilegítimos (a filiação que não provinha de um casamento) e inseriu a previsão legislativa sobre a adoção nos arts. 368 a 378.

Embora o art. 355 tenha previsto a possibilidade de que o filho ilegítimo fosse reconhecido pelos pais, a própria lei impôs uma restrição aos filhos incestuosos e aos adúlteros sendo possível, portanto, que apenas os filhos ilegítimos naturais fossem voluntariamente reconhecidos. Isso porque o próprio art. 358 proibiu o reconhecimento dos filhos incestuosos e dos adúlteros.

Sobre essa discriminatória previsão do Código Civil de 1916, Maria Berenice Dias (2017, p. 408) sustenta que negar a existência de prole ilegítima beneficiava o genitor e prejudicava o filho e fazia prevalecer estritamente os interesses da instituição do matrimônio:

Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério – que à época era crime – infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava dos ônus do poder familiar. E negar o reconhecimento ao filho é excluir-lhe direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais. 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 do matrimônio.

Ainda durante a vigência do primeiro Código Civil Brasileiro de 1916, a Constituição de 1937 operou a equiparação entre os filhos naturais e os legítimos no art. 126: “Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”. (BRASIL, 1937)

O primeiro grande marco de guinada legislativa, essencial para a busca da filiação operou-se com o Decreto Lei n.º 4.737 de 24/09/1942 e com a Lei n.º 883, de 21/10/1949. O primeiro instrumento legislativo dispôs que: “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação” (BRASIL, 1942).

A Lei n.º 883, de 21/10/1949, embora tenha mantido a possibilidade dessa demanda apenas após a dissolução da sociedade conjugal, regulamentou a matéria de maneira um pouco mais profunda, ao prever, por exemplo, que o filho havido fora do matrimônio e reconhecido nos termos desta lei teria direito à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado. (BRASIL, 1949)

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012, p.348) relembram que as leis brasileiras nessa época sofreram influência de documentos internacionais voltados à efetiva proteção dos filhos, dentre eles a Declaração de Genebra de 1924 e a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959.

O segundo marco legislativo importante na trajetória histórica sobre a regulamentação do direito de filiação, com os recortes já pontuados na parte introdutória do trabalho, ocorreu com a Lei do Divórcio, Lei n.º 6.515 de 26/12/1977, pois possibilitou o reconhecimento do filho havido fora do casamento durante o matrimônio, ainda que exclusivamente em testamento cerrado, e garantiu o direito à herança em igualdade de condições.

Se de um lado a lei avançou para permitir o reconhecimento do filho durante o casamento, a restrição ainda imposta, quanto à necessidade de que ocorra através do testamento cerrado, faz com que o registro do filho se torne possível apenas após a morte do genitor, quando então o testamento será aberto. Maria Berenice Dias (2017, p. 409) sustenta que, embora não fosse necessária uma nova ação de investigação de paternidade, terceiros interessados tinham o direito de impugnar a filiação.

A Lei n.º 7.250 de 14/11/1984 alterou a redação da Lei n.º 883/49, e passou a possibilitar que o filho havido fora do matrimônio poderia ser reconhecido pelo cônjuge

separado de fato há mais de cinco anos contínuos por sentença transitada em julgado. (BRASIL, 1984).

Após anos de legislação discriminatória no âmbito da filiação, a Constituição Federal de 1988, que além de ter regulamentado os direitos fundamentais no art. 5º, democratizado as formas de constituição da família no art. 226, estabeleceu no art. 227, §6º a vedação de discriminação entre os filhos: “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.”

Elpídio Donizetti e Felipe Quintela (2019, P; 1.036) comentam a referida mudança:

A partir da Constituição de 1988, proibiu-se a discriminação dos filhos, o que implicou com o desaparecimento das noções de filiação ilegítima, com suas respectivas classificações (art. 227, §6º). O art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 -, e o art. 1.596 do Código Civil de 2002 repetiram (desnecessariamente) a norma constitucional. Todos os filhos, simplesmente por serem filhos, têm os mesmos direitos, independentemente de seus pais serem casados ou não, ou de o vínculo de parentesco ter origem consanguínea ou socioafetiva.

Seguindo a previsão constitucional, a Lei n.º 7.841, de 17/10/1989, revogou o art. 358 do Código Civil de 1916, e fulminou, de vez, a impossibilidade de reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos.

Logo em seguida, em 13/07/1990, entrou em vigor a Lei n.º 8.069, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que arrolou como direito fundamental o de reconhecimento ao estado de filiação e reproduziu a possibilidade dos filhos havidos fora do casamento serem reconhecidos nos arts. 26 e 27.

A Lei n.º 8.650 de 29/12/1992, regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e revogou os arts. 332, 337 e 347 do Código Civil de 1916. Dentre as inovações relevantes ao tema deste trabalho, destaca-se a previsão legislativa expressa das diversas formas de reconhecimento da filiação:

Art. 1º. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
I - no registro de nascimento;
II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Além disso, a lei de 1992 conferiu iniciativa ao Ministério Público para intentar ação visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.

A iniciativa atribuída ao Ministério Público abriu caminho para o fenômeno conhecido por “relativização da coisa julgada” nas ações de investigação de paternidade, com fundamento, à época, no art. 2º, §5º, que dispunha: “A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar a investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade”.

De acordo com Edgard Audomar Marx Neto (2011, p. 2.495), inicialmente, a jurisprudência entendeu que as ações investigatórias, nas quais o Ministério Público tivesse tido a iniciativa e fossem julgadas improcedentes, não fariam coisa julgada contra o menor-investigante: "para que a atuação do Ministério Público não fizesse coisa julgada contra o *substituído*, sua situação processual foi definida como de mero *representante anômalo*".

Inspirado nas garantias fundamentais trazidas pela CF/88, o Código Civil de 2002, no art. 1596 reproduziu a previsão constitucional e o art. 1609 repetiu alguns artigos da Lei n.º 8.650/92, reforçando a igualdade de direito entre os filhos. Sobre as inovações, o Ministro Luiz Fux, no julgamento do RE 898.060 assim dispôs:

O diploma inovou ao reconhecer o direito fundamental à paternidade, independentemente do estado civil dos pais; a possibilidade de declaração de paternidade sem que haja ascendência genética; o reconhecimento de filho extramatrimonial; a igualdade material entre os filhos; a presunção de paternidade na fecundação artificial, seja ela homóloga ou heteróloga; e a abertura de espaço jurídico para a construção do conceito de paternidade socioafetiva.

Conquanto o diploma legal tenha apresentado um significativo avanço, é possível identificar ainda um resquício discriminatório, já que o Código Civil trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação do casamento (Capítulo II, Filiação) e os nascidos fora deste (Capítulo III, Do reconhecimento dos filhos).

Na verdade, no atual estágio da sociedade, não interessa mais a origem da filiação e que a identificação dos vínculos de parentalidade não pode ser buscada exclusivamente no campo genético.

Maria Berenice Dias (2017, p. 411-412) defende a existência de três critérios para o estabelecimento do vínculo parental:

a) critério jurídico – previsto no Código Civil, estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não com a realidade (CC 1.597); b) critério biológico – é o preferido, principalmente em face da popularização do exame de DNA; c) critério socioafetivo – fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa. Pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue.

A partir dos diversos tipos de filiação, é preciso destacar que a respeito do critério biológico, foi editada a Lei n.º 12.004 de 29/07/2009, que estabeleceu a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético – DNA. Essa alteração legislativa repercutiu fortemente no âmbito processual civil, tendo em vista que aqueles que tiveram seu pleito desfavorável por insuficiência de provas, começaram a judicializar novamente a questão. Sobre essa revisão do passado, Edgard Audomar Marx Neto (2011, p. 2.493 – 2.494) assevera:

O mais importante, ao menos do ponto de vista prático, é o da descoberta científica suscetível de demonstrar a errônea da solução dada anteriormente ao litígio, em época na qual não era possível contar com determinada prova. Para a hipótese do exame de DNA, como registrado, a jurisprudência já vem atenuando, por via interpretativa, o rigor do texto do Código (art. 485, VII), para admitir a rescisória com fundamento no laudo pericial, incluído no conceito de 'documento novo'. O socorro hermenêutico tem, contudo, alcance limitado: não serve para o caso de já haver decorrido o biênio decadencial (art. 495) quando da realização do exame. Atentos à relevância da matéria, julgamos conveniente modificar aí a disciplina, não para abolir o pressuposto temporal - pois, com a ressalva que se fará adiante, relutamos em deixar a coisa julgada, indefinidamente, à mercê de impugnações -, mas para fixar o termo inicial do prazo no dia em que o interessado obtém o laudo, em vez do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

A Lei n.º 12.004, de 29.07.2009 também acrescentou à Lei n.º 8.560/1992 o art. 2º-A, que em certa medida refletiu o enunciado da Súmula 301 do STJ, aprovado em 2004 pela Segunda Seção do STJ¹:

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. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 363.889/DF, cuja repercussão geral foi reconhecida em 02/06/2011, admitiu a relativização da coisa julgada e fixou a seguinte tese:

¹ Súmula 301 STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

I - É possível a repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova; II - Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

Verifica-se, pois, que o primeiro grande impacto do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade foi a flexibilização da coisa julgada, inicialmente determinada pelo STJ e, desde 2011, a pacificação do problema² com fundamento no reconhecimento de um direito fundamental: direito ao conhecimento da própria ancestralidade ou direito de conhecer a própria origem.

Por fim, quanto ao critério socioafetivo, é possível identificar a abertura legislativa pela redação do art. 1.593 do Código Civil, que assim dispõe: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Desse modo, a própria legislação civil ampliou as possibilidades de se estabelecer o parentesco para além da consanguinidade, que passa a concorrer com diversas formas de estabelecimento do vínculo, dentre as quais certamente se inclui a afetividade.

Sobre o critério da socioafetividade, Luiz Edson Fachin (1996, p. 32-33) sustenta que:

A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

Em 2016, no emblemático julgamento do RE 898.060, em que foi fixada a tese de que: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, o Ministro Luiz Fux, apresentou importantes observações:

Em paralelo à filiação biológica, demanda igual proteção jurídica o vínculo de parentalidade construído apenas a partir do afeto. Para evitar situações de

² Tema 392 - Superação da coisa julgada para possibilitar nova ação de investigação de paternidade em face de viabilidade de realização de exame de DNA.

extrema injustiça, desde o Código de 1916 já reconheciam a doutrina e a jurisprudência a figura da posse do estado de filho, mediante interpretação elástica do art. 349, II, daquele diploma, segundo o qual a filiação poderia ser provada, na falta de registro, por “veementes presunções resultantes de fato já certos”. Assim, seria considerado filho aquele que utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). Na lição de Silvio Rodrigues, a “posse do estado consiste no desfrute público, por parte de alguém, daquela situação peculiar ao filho legítimo, tal o uso do nome familiar, o fato de ser tratado como filho pelos pretensos pais, aliado à persuasão geral de ser a pessoa, efetivamente, filho legítimo.

Necessário destacar que a Lei 12.654/12, ainda que concisa e aplicada ao âmbito das execuções penais, trouxe importante regulamentação para a coleta e armazenamento de perfis genéticos ao prever, por exemplo, onde, por quanto tempo e qual será o setor responsável pelo armazenamento dos dados e como serão tratados. Ao revés, as coletas realizadas em processos regidos pela legislação processual civil não possuem qualquer regulamentação nesse sentido e continuam sendo realizadas de maneira indiscriminadas sem qualquer previsão, inclusive, de descarte do material genético.

Não é demais lembrar que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, tem como objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, classificou os dados genéticos como “dados pessoais sensíveis” (art; 5º, II) e estabeleceu alguns princípios que deveriam ser seguidos no tratamento de dados pessoais. Entretanto, a regulamentação ainda é notadamente insuficiente para a segurança da prova de exame DNA.

Por fim, a Lei 14.138/2021³, caminhou no mesmo sentido da Lei n.º 12.004/09, acrescentou novo parágrafo à Lei n.º 8.560/92 para ampliar a presunção sobre a recusa de fornecer material genético para o exame de DNA para os parentes consanguíneos.

A partir da análise da legislação sobre a filiação e o reconhecimento da paternidade é possível perceber que em pouco mais de um século de trajetória, a mudança tanto da sociedade quanto das leis, que em certa medida refletem o desenvolvimento científico e cultural, foi drástica, pois passou-se de uma legislação discriminatória entre os filhos para uma que não apenas trouxe a democratização, mas também ampliou e simplificou as formas de reconhecimento para além do caráter biológico.

³ Lei n.º 8.560/92, art. 2º-A (...) § 2º Se o suposto pai houver falecido ou não existir notícia de seu paradeiro, o juiz determinará, a expensas do autor da ação, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais próximo aos mais distantes, importando a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

A mudança de enfoque para privilegiar cada vez mais o vulnerável, ou seja, o filho, geralmente absolutamente incapaz e merecedor da proteção integral, representa um avanço não apenas legislativo, mas direcionador do papel do magistrado, que deve se amparar também em conceitos outros, quando a legislação não conseguir suprir a fundamentação das decisões.

É nesse sentido que o trabalho passa ao próximo ponto, para identificar como o avanço científico do exame de DNA impulsionou e alterou a fase instrutória dos processos de investigação de paternidade bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

3. A PRODUÇÃO DE PROVA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: O EXAME DE DNA X DEMAIS PROVAS NOS AUTOS E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os avanços científicos e o descobrimento do exame de DNA tiveram grande impacto para os casos de reconhecimento da filiação. Introduzidos no Brasil em 1988, o médico e professor, Sérgio D. J. Pena (1992, p. 65) esclarece:

(...) os testes de paternidade pelo exame direto de DNA, introduzidos no Brasil em 1988, pelo Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais, vêm preencher essa necessidade, pois permitem tanto a exclusão quanto a inclusão da paternidade com confiabilidade superior a 99,999%.

Com o passar do tempo e a diminuição do custo, o acesso ao teste de DNA foi facilitado e as ações investigatórias passaram a girar fundamentalmente em torno desse meio de prova, que pode ser produzida através de convênios pelos Tribunais de Justiça do país e consegue beneficiar até mesmo os hipossuficientes no processo.

A questão se torna ainda mais complexa ao se ter em vista que não são todos os processos que contam com a participação colaborativa do investigado. Na verdade, existe uma questão antecedente e mais ampla que se refere ao número de crianças que ainda nascem sem o nome o pai na certidão de nascimento.

Conforme notícia veiculada por Cléo Oliveira no sítio eletrônico do CONDEGE (Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos Gerais), apenas entre 01/01/2022 a 07/03/2022, das 432,4 mil crianças nascidas mais de 29 mil não

apresentaram o nome no pai no registro de nascimento. Em 2021⁴, de acordo com a Central de Informações do Registro Civil - CRC Nacional - Base de Dados Arpen, o percentual foi de 6,3%, o que representa 167.420 mil crianças, número esse que foi mais alto pelo terceiro ano consecutivo, de acordo com a CNN (2021).

Diante desse cenário, que de certa maneira reflete também um problema social, é fato que quanto maior o número de crianças sem o registro da paternidade na certidão de nascimento, maior também será o número de reconhecimentos tardios, que poderão ocorrer tanto pela via consensual quanto litigiosa.

E, nesse último caso, não são raras as vezes que a postura de desídia do investigado se mantém também durante o processo, o que por si só já configura uma afronta do direito processual civil contemporâneo, que positivou o princípio da cooperação entre os envolvidos no processo⁵.

Durante muitos anos, se discutiu na doutrina e na jurisprudência sobre a recusa do Réu a submeter-se ao exame de DNA, chegando-se a se cogitar na determinação de condução coercitiva do suposto pai para a realização do exame, o que foi rechaçado pelo STF, em 1994, no julgamento do HC 71.373-4/RS, por maioria de votos (6 a 4), pois entendeu que não se poderia obrigar alguém a se submeter ao exame de DNA:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE 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 "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Os Ministros Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Ilmar Galvão sustentaram que, na ponderação a ser realizada no caso, entre o direito da criança à sua identidade e a conhecer sua origem e o direito do suposto pai à intangibilidade do corpo, deveria prevalecer o superior interesse da criança.

⁴Disponível em: <<http://condege.org.br/wp-content/uploads/2022/03/Dados-Meu-Pai-Tem-Nome.pdf>> Acesso em 23.04.2023.

⁵ Art. 6º do CPC: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O Ministro Carlos Velloso acompanhou o voto do Ministro Francisco Rezek (Relator original) defendendo a tese de que o direito do filho ao conhecimento de sua origem biológica preponderaria sobre o direito do indigitado pai à incolumidade física, concluindo:

Hoje, quando o direito de família apresenta alto grau de desenvolvimento, quando as ciências biológicas alcançaram, também, altíssima evolução, a resistência ao exame lembra a resistência que foi oposta, no século passado, à obrigatoriedade da vacina. O desenvolvimento do direito de família, o desenvolvimento das ciências biológicas, impede, a esta altura, o fetichismo que se costuma emprestar a certos meios de prova.

O Ministro Néri da Silveira, acompanhando os votos vencedores, fez uma observação que refletiu o que ocorreu nas ações de investigação de paternidade subsequentes:

Em verdade, em princípio, nenhum juiz deixará, diante da recusa do réu de submeter-se ao exame de DNA, de dar pela procedência da ação, tendo nessa recusa o reconhecimento do réu quanto à paternidade. Por isso não quer se sujeitar ao exame que sabe ser bastante preciso.

Diante da decisão proferida pelo STF, o Código Civil de 2002 trouxe os arts. 231 e 232 e a jurisprudência passou a conferir à recusa do investigado uma presunção, com peso relevante no conjunto probatório, o que gerou a edição da Súmula n.º 301 do STJ e do art. 2º-A da Lei 8.560/92⁶, conforme já identificado do primeiro item deste trabalho.

Embora a questão do conjunto probatório seja de extrema relevância para a aplicação da presunção de paternidade diante da ausência do exame de DNA, a mesma conclusão não deve ser aplicada para os casos em que existam divergência no resultado dos exames de DNA.

Isso porque, no exame de DNA não existe resultado automático "sim" ou "não" em testes de paternidade, sendo certo que a conclusão correta sobre existir ou não o

⁶ Súmula 301 do STJ: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade".

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

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

Lei nº 8.560/92. 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).

vínculo genético de parentesco depende dos números de locos analisados, dos conhecimentos do perito e da sua capacidade de interpretar os dados laboratoriais.

Na verdade, o resultado do exame depende de uma análise estatística através da compatibilidade de numerosos locos (regiões) hipervariáveis do DNA, sendo que cada loco é composto por dois alelos: um alelo é herdado da mãe e o outro alelo é herdado do pai biológico. Os alelos genéticos das pessoas que serão testadas serão primeiro tipificados para depois serem comparados. E quanto maior for o número de locos tipificados, mais segura será a informação obtida.

Embora tenha gerado inegável avanço e aumento da segurança para o julgamento das ações de investigação de paternidade, Zeno Veloso (2002, p. 387) ainda no ano de 2002 já alertava para a problemática da instrução probatória:

O exame de DNA tem sido realizado como prova única, como prova máxima, maravilhosa (em todos os sentidos do vocábulo) e essencial, aparecendo como panacéia para resolver todos os males, superar todas as questões e dificuldades. O resultado do laboratório, entretanto, não pode ser confundido com cartola de mágico, de onde saltam todas as coisas e pulam todas as respostas. Não tem sentido e não há razão para deixar de acolher a prova genética do DNA, mas ela deve estar compreendida no conjunto probatório.

Camila Oliveira da Costa e Dimitre Braga Soares de Carvalho (2023) também relembraram que a aceitação do exame de DNA no Brasil veio desacompanhada de maiores questionamentos e sem qualquer regulamentação técnica para a sua produção:

No Brasil, por sua vez, a aceitação da população e dos magistrados foi de imediato. O exame adentrou no processo, cível e criminal, dentro das provas periciais e a aceitação se deu sob o fundamento de que o teste já era assim utilizado em países desenvolvidos, não trazendo mais questionamentos e discussões. Em razão disso, nenhuma regulamentação própria contendo as diretrizes de procedimento e cautela foi feita, diferentemente da maneira adotada pelos americanos, cheia de indagações, estudos e discussões prévias acerca da infalibilidade e confiança dos testes.

Alberto Chamanelete Neto (2005, p. 94-100) enfatiza que, a ausência de padronização dos critérios técnicos e também de órgãos de fiscalização nos laboratórios que realizam teste de DNA no Brasil, colocam em risco a qualidade da prova produzida:

A ausência de um padrão para a realização dos testes de DNA bem como a falta de normas regendo a matéria deixa abalada a confiança e a credibilidade nas perícias genéticas efetuadas no país. Vale dizer que nos Estados Unidos, o FBI - *Federal Bureau of Investigation* - é o responsável pela supervisão dos

laboratórios que realizam análise de DNA. O órgão introduziu uma técnica padrão a ser seguida, o que permite a comparação dos resultados obtidos em diferentes laboratórios. Também estipula normas de segurança e controle para os testes, bem como fiscaliza o credenciamento de estabelecimentos que realizam perícias forenses. No caso brasileiro, inexistente norma cogente regulando a matéria. Recentemente, a Sociedade Brasileira de Medicina Legal, expediu um documento intitulado "Recomendações para Laboratórios de Teste de Paternidade, visando orientar os profissionais nas análises e na preparação do laudo pericial. O documento, no entanto, cuja iniciativa merece aplausos, não se reveste de juridicidade, restando como simples preceito ético.

Alexandre Freitas Câmara (2016) traz uma reflexão sobre a sacralização do exame de DNA, já que isso tem levado a processos decididos por peritos e tornado os juízes meros “homologadores” do laudo pericial. Traz ainda importante referência a uma matéria jornalística e um estudo, ambos realizados pelo Professor William Thompson, da Universidade da Califórnia, em que afirma que erros podem ocorrer na coleta, armazenamento e processamento das amostras, que podem ficar sujeitas ao sol, calor, água e assim deteriorar as amostras. Além disso, sobre os procedimentos propriamente ditos:

Encontra-se, por exemplo, na rede mundial de computadores a informação de que o professor William Thompson (da Universidade da Califórnia), examinou oito casos em que se fez o exame e verificou que em nenhum deles os procedimentos científicos foram corretamente seguidos. Além disso, noticiase que em março de 2003 constatou-se que a contaminação de provas e que padrões estabelecidos sem cuidado são endêmicos nos laboratórios da Polícia de Houston, Texas, EUA.

Há, de fato, uma tendência de supervalorização dos resultados obtidos na prova pericial do exame de DNA. No entanto, a Ministra Isabel Galloti, no julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração do Recurso Especial n.º 1.629.844 – MT já alertou sobre a impossibilidade de considerar a prova como absoluta: “embora o exame de DNA negativo tenha o condão de excluir com 100% de precisão a paternidade, seu valor como prova não é absoluto, na medida em que existe a possibilidade de falha humana”.

Não é demais lembrar que a realização indiscriminada de exames, sem padronização de critérios ou fiscalização pode gerar resultados falsos e danos irreparáveis aos envolvidos. A Ministra Nancy Andrighi concluiu sobre a responsabilidade do laboratório e ressaltou no julgamento do Resp 1.700.827/PR que o resultado equivocado de um exame “sujeita a mãe a um estado de angústia e sofrimento íntimo, pois lança dúvidas quanto ao seu julgamento sobre a realidade dos fatos:

Mais grave ainda, o antagonismo entre a nomeação feita e a exclusão da paternidade, atestada pelo exame, rebaixa a validade da palavra da mãe—inclusive perante o próprio filho, a depender de seu desenvolvimento psicossocial –, além de pôr a virtude, a honestidade, a moralidade, da mulher em condição de suspeita. É que, apesar das profundas modificações que a modernidade suscitou nas relações familiares e sociais, provocando uma onda de “democratização” de suas estruturas, ao menos teoricamente, determinadas concepções e atitudes conservadoras teimam em manter suas raízes na sociedade brasileira contemporânea, sobretudo quanto ao comportamento sexual da mulher.

Assim, conquanto seja uma prova revolucionária e segura, pode ocorrer divergências e, se for esse o caso, surge o problema sobre qual caminho seguir: a realização de um terceiro exame de DNA ou a análise das demais provas do processo?

Embora a conclusão pareça simples e lógica, já que o exame já está acessível nos dias atuais, a decisão que apresentou os critérios a serem seguidos foi proferida pela Relatora Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial n.º 397.013/MG:

Diante do grau de precisão alcançado pelos métodos científicos de investigação de paternidade com fulcro na análise do DNA, o valor da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: (a) se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; (b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e (c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas.

Ainda que tenha sido proferida no ano de 2003, em 2018 o Ministro Lázaro Guimarães, no julgamento do no julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração do Recurso Especial n. 1.629.844/MT, ainda utiliza o que foi decidido naquela oportunidade para possibilitar a realização do segundo exame quando o primeiro estiver em contradição com as provas nos autos, ao argumento de que:

Em ação de investigação de paternidade, impõe-se um papel ativo ao julgador, que não deve medir esforços para determinar a produção de provas na busca da verdade real, porquanto a pretensão fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, para a terceira hipótese, a posição da Ministra Nancy Andrighi, no ano de 2003, não é a melhor interpretação para os dias atuais, já que se o segundo exame de DNA for de encontro ao resultado do primeiro, o indicado é que fosse feito um terceiro exame de DNA como contraprova ao invés de contar apenas com a análise das demais provas do processo. Isso porque, embora sujeito a falibilidade, o exame de DNA ainda sim será mais seguro que a prova testemunhal ou registros fotográficos. Além disso, o exame está cada vez mais acessível.

Nesse sentido, o Ministro Raul Araújo, no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.741.944/AC, em 2019, entendeu pela necessidade de contraprova, através de um terceiro exame de DNA, quando os dois primeiros forem divergentes.

Da análise dos julgados fica evidente que embora a jurisprudência caminhe no sentido de se realizar até mesmo um terceiro exame de DNA dentro de um mesmo processo, caso os anteriores tenham sido divergentes, é notório que enfoque para solucionar a controvérsia está longe de ser resolvido, pois qualquer um dos exames pode conter falhas.

A ausência de critérios sobre os procedimentos para a realização da prova de DNA bem como a fiscalização os laboratórios que realizam os testes e acabam por, na prática, não apenas por decidir algum processo judicial, mas também por trazer supostas “verdades absolutas” na vida dos envolvidos, é questão séria e negligenciada pelo Poder Legislativo e Judiciário.

4. CONCLUSÃO

As complexas e nada harmoniosas construções jurisprudenciais envolvendo as ações de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento e a submissão – ou não – do investigado ao exame de DNA, mesmo após décadas de sua introdução como meio de prova no direito pátrio, persistem causando perplexidades e divergências de teses jurídicas e interpretações.

O exame de DNA é muito importante como meio de prova na busca da identidade e do vínculo biológico da filiação. Não é, porém, a única, sendo necessária a análise de todo o acervo fático-probatório, tenha ou não havido a realização da prova genética.

Além disso, a despeito da impossibilidade de condução coercitiva do investigado, a ausência de realização do exame de DNA continua a ensejar importantes consequências:

a) a presunção relativa que se deriva da recusa; b) a flexibilização da coisa julgada com amparo no direito de conhecer a ancestralidade ou a própria origem, e; ainda, c) a possibilidade de contraprova, em caso de divergência entre os resultados dos exames.

Por fim, cabe lembrar a lição de Zeno Veloso que, há vinte anos, já alertava para os riscos da *sacralização do DNA na investigação de paternidade*, com a conclusão a que se adere, porquanto ainda atual, no sentido de que não se deve deixar de aplaudir as conquistas tecnológicas, mas deve-se manter cautela para que evite a confiança cega e absoluta nos exames genéticos, pois são realizados por pessoas – que são falíveis – e, além disso, a tecnologia sempre avançará tornando o exame de hoje menos preciso que o de amanhã.

A regulamentação de critérios para a produção da prova e a fiscalização dos laboratórios que realizam tais testes, principalmente aqueles conveniados com os Tribunais de Justiça é questão de ordem e negligenciada pelo Poder Legislativo e Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil. Famílias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 01 jan. 1916.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937.

BRASIL. Decreto Lei nº 4.737 de 24 de setembro de 1942. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 24 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1949.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 dez. 1977.

BRASIL. Lei nº 7.250, de 14 de novembro de 1984. Acrescenta parágrafo ao artigo 1º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 nov. 1984

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

BRASIL. Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989. Revoga o artigo 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 out. 1989.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 dez. 1992

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. 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. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 29 jul. 2009.

BRASIL. Lei nº 12.654/12 de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 28 mai. 2012.

BRASIL. Lei nº 13.709/18 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 14.138/2021 de 16 de abril de 2021. Acrescenta § 2º ao art. 2º-A da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, para permitir, em sede de ação de investigação de paternidade, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes do suposto pai, nos casos em que especifica. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 16 abr. 2021.

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

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 71.373-4/RS, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça. Brasília, DF, 10 nov. 1994.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 397.013/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Diário da Justiça. Brasília, DF, 09 dez. 2003.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Plenário. Recurso Extraordinário 363.889 de 02 jun. 2011. Diário da Justiça. Brasília, DF, 02 jun. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Plenário. Recurso Extraordinário nº 898.060 de 21 de setembro de 2016. Diário da Justiça. Brasília, DF, 21 set. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl no AgInt nos EDcl no REsp n. 1.629.844/MT, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma. Diário da Justiça. Brasília, DF, 25 mai. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no REsp n. 1.741.944/AC, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma. Diário da Justiça. Brasília, DF, 11 abr. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp 1.700.827/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Diário da Justiça. Brasília, DF, 08 nov.2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A valoração da perícia genética: Está o juiz vinculado ao resultado do “Exame de ADN”?** Disponível em:

http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3f13dc31-9052-4471-81db-b0a972d52345&groupId=10136. Acesso em: 23 de abril de 2023.

CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de Paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

CORSINI, Iuri.; GUEDES, Milena. **Número de crianças sem o nome do pai na certidão cresce pelo 4º ano seguido**. CNN. Disponível em:

<<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/numero-de-criancas-sem-o-nome-do-pai-na-certidao-cresce-pelo-4-ano-seguido/>> Acesso em: 23.04.2023.

COSTA, Camila Oliveira da.; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Quimerismo em seres humanos: as incertezas no exame de DNA e seu status de prova pericial absoluta no direito de família - O caso de “brisa”, em travessia, de Glória Perez**. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/1953/Quimerismo+em+seres+humanos%3A+as+incertezas+no+exame+de+DNA+e+seu+status+de+prova+pericial+absoluta+no+direito+de+fa%C3%ADlia++o+caso+de+%E2%80%9CBrisa%E2%80%9D%2C+em+travessia%2C+de+Gl%C3%B3ria+Perez>. Acesso em 23/03/2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: RT, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. QUINTELA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MARX NETO, Edgard Audomar. A formação jurisprudencial do Direito de Família: Revisitando a Paternidade. **In: Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte: Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 2491-2508.

OLVEIRA, Cléo. **2022 já tem mais de 29 mil novas crianças sem o nome do pai no registro de nascimento**. CONDEGE. Disponível em:

<<http://condege.org.br/arquivos/2568>> Acesso em 23.04.2023.

PENA, Sérgio Danilo Junho. Determinação de Paternidade pelo Estudo Direto do DNA: Estado da Arte no Brasil. **In: Direitos de Família e do Menor.** (Org. por Sálvio de Figueiredo Teixeira), Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. **In: Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação.** (Coord. Eduardo de Oliveira Leite). Rio de Janeiro: Forense, 2002.