

O Exame de DNA e sua Influência nas Ações de Investigação de Paternidade



Cristiane de Souza Rodrigues Bortolotto*

RESUMO: O presente trabalho aborda a influência do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, questionando e formulando posicionamentos a respeito da representatividade desse tipo de prova pericial no ordenamento jurídico brasileiro. A prova realizada através do exame de DNA como meio absoluto de determinação da paternidade e a eventual falibilidade desse exame genético são os principais entendimentos analisados. Para tanto, são, também, referidos temas como doação de espermas e reprodução assistida. A matéria é controversa e não se encontra pacificada. Para muitos, a descoberta da genética trouxe certeza inequívoca à paternidade, no entanto, não são poucos os que alertam quanto à sacralização da prova pericial.

Introdução

O presente trabalho versa sobre a influência do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade.

O estudo do perfil genético do DNA surgiu por volta de 1953, quando os cientistas James Watson e Francis Crick descobriram a estrutura de dupla hélice do ácido desoxirribonucléico. No entanto, as técnicas para a análise das informações genéticas de cada indivíduo somente começaram a surgir em 1980. O grande avanço científico realizou-se em 1985, quando Alec Jeffreys criou sondas moleculares radioativas com a propriedade de reconhecer regiões altamente sensí-

* Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS, advogada.

veis do DNA, sendo possível, então, identificar os padrões específicos de cada pessoa, chamado, pelo cientista, de impressão genética.

Até então, as ações de investigação de paternidade eram instruídas a partir de exames de sangue muito mais simples, que não possuíam o índice de certeza oferecido pelo exame de DNA, método científico capaz de identificar algumas informações genéticas herdadas pelo indivíduo, que, na verdade, são combinações de genes do pai e da mãe.

Após o seu advento, a análise do DNA tornou-se o meio de prova mais utilizado nas ações de investigação de paternidade, transformando muitos conceitos do ordenamento jurídico, principalmente, aqueles inerentes ao reconhecimento do estado de filho.

Essa inovação, no entanto, não é interpretada de forma unânime entre os pensadores do direito, gerando dois posicionamentos principais abordados neste trabalho: a prova pericial como meio absoluto de determinação da paternidade e a falibilidade do exame de DNA.

Os principais pontos referentes à possibilidade, ou não, de se afirmar que a prova genética, e apenas ela, é capaz de decidir de forma absoluta o vínculo familiar é o fator mais importante deste trabalho, sendo seu principal objetivo demonstrar as transformações geradas pelo ingresso do teste de DNA nas ações de investigação de paternidade.

Para tanto, a presente monografia foi elaborada a partir da leitura e reunião de livros e artigos referentes ao exame de DNA e sua influência nas ações de investigação de paternidade, a fim de reunir e explicar as correntes que interpretam a perícia genética.

Seguindo esse mesmo processo, foram abordadas, ainda, questões relacionadas aos pressupostos fundamentais para ingressar com a investigatória de filiação, sobretudo no tocante às modificações trazidas pelo atual Código Civil, bem como a influência das novas formas de concepção como a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

O presente estudo também versa sobre temas como doação de esperma, trazendo, além da prova genética, outros meios de provas utilizados nas ações de investigação de paternidade, inclusive institutos como a confissão, presunção e indícios.

Na tentativa de verificar as posições, doutrinárias e jurisprudenciais, a respeito do tema, tratou-se de aspectos como a coisa julgada, depois da aplicação dos testes de DNA, a recusa à submissão da perícia por parte do investigado e, finalmente, a margem de erro da referida perícia.

1. Ação de Investigação de Paternidade

1.1. Natureza Jurídica e Objeto da Ação

A ação de investigação de paternidade é, acima de tudo, uma ação de estado, que vem do latim *status*, destinada a dirimir controvérsias relativas ao *status personae*, e especialmente ao estado de filho.

Clóvis Benviláqua, citado por Fernando Simas Filho, aduz que o estado significa “a posição jurídica da pessoa, no seio da coletividade”¹; que pode ser individual, familiar e política.

O estado individual, também chamado físico, é o modo de ser da pessoa, sua constituição orgânica, idade, sexo e saúde. O estado político é a qualidade jurídica que advém do indivíduo integrante de uma nação (sociedade politicamente organizada), como a nacionalidade, naturalidade e cidadania. E, por último, o estado familiar, o qual realmente importa à ação de investigação de paternidade, é a posição ocupada pela pessoa no seio familiar, seja através do vínculo conjugal, do parentesco ou da afinidade. Assim, o estado familiar de uma pessoa será o de mãe, pai, filho, irmão, tio, enfim, parente consanguíneo e afim.

A ação de investigação de paternidade é, também, uma ação declaratória, que tem como objetivo a declaração judicial de que o autor é filho do réu. Proferida a sentença em favor do filho, a sua posição fica definida, sendo filho natural reconhecido terá direito ao uso do patronímio do pai, de ser alimentado e educado por ele, bem como de lhe suceder. Poderá, também, declarar que o suposto pai não é o responsável pela concepção do investigante.

Não há que se falar em natureza constitutiva, porquanto a ação de investigação de paternidade visa a acertar a relação jurídica, apenas confirmando a existência de uma condição ou estado pré-existente, sem construir para o autor nenhum direito novo, nem condenar o réu a uma prestação, exceto nos casos de cumulação de pedido de alimentos e ou petição de herança.

Antes mesmo de ingressar com a ação de investigação de paternidade, o estado de filho já existe. Ocorrerá, na realidade, uma declaração a respeito dessa condição.

O juiz declarará a existência ou inexistência dos fatos constitutivos da relação de procriação invocada, preenchendo todos os pressu-

¹ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 5.ed. Curitiba: Editora Juruá, 1996, p. 41.

postos do eventual vínculo jurídico, gerando um efeito jurídico novo, mas não criando fatos novos.

Nesse sentido o Tribunal de Justiça já decidiu:

Ementa: Investigação de paternidade. Alimentos. Vigência. 1. O pai é pai desde a concepção e não desde a sentença. Em razão disso, **a sentença que julga procedente a ação de investigação de paternidade e declaratória e não constitutiva do vínculo parental**. 2. Consoante entendimento jurisprudencial pacífico nesta corte, a obrigação alimentaria vige desde a citação ex vi do art. 13, §2º, da lei nº 5.478/68, pois os filhos, reconhecidos ou não, devem ser tratados em igualdade de condições. Inteligência do art. 226, §6º, da CFB. Recurso provido. (apelação cível nº 70005598818, sétima câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 12/03/03) (*grifo nosso*).²

Havendo procedência em ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos ou petição de herança, a sentença, além de declaratória, será também condenatória. O seu objeto, além da declaração de estado, será uma prestação típica, consubstanciada no título executivo judicial, o qual possibilita a execução contra o réu.

Nesse último caso, a condenação do réu será o pagamento de alimentos, cuja justificativa encontra-se nos direitos e obrigações das partes.

A condenação referente ao pedido de alimentos e petição de herança será uma consequência do reconhecimento realizado. Conforme conceituou Caio Mário da Silva Pereira, seguindo a mesma linha de Clóvis Benviláqua, “o estado da pessoa é o seu modo particular de existir, sua condição individual na sociedade, da qual derivam direitos e obrigações”.³

O objeto dessa ação, portanto, é o reconhecimento da filiação, a partir do qual será declarado o estado, a posição ocupada pelo indivíduo. Assim, conforme Sílvio de Salmo Venosa, “a ação de investigação de paternidade é a que cabe aos filhos contra os pais ou seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento da filiação”.⁴

² Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 20.04.2003. 20:02:03.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p.51.

⁴ VENOSA, Sílvio dos Santos. *Direito Civil: Direito de Família*. Vol.VI. 2.ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002, p. 295.

1.2. *Legitimidade ad causam*

1.2.1. *Legitimidade Ativa*

São legitimados ativamente para ingressar com essa ação o investigante, ou seja, o pretense filho, que poderá ter qualquer idade, e o Ministério Público, o qual possui legitimidade extraordinária.

A ação de investigação de paternidade é personalíssima, o que significa dizer que o filho, legitimado ordinário, é quem tem direito à proclamação de seu estado, sendo o único dotado de *ius actionis*. O artigo 27 da Lei 8.069/90 (Estatuto da criança e do Adolescente) dispõe incisivamente que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser executado contra os prováveis pais, os seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

Assim, o poder de agir será extinto caso não seja exercido pelo filho, isto é, se o legitimado não ingressar com ação de investigação de paternidade enquanto vivo, os seus herdeiros não terão direito de agir, independentemente de seus interesses.

Os herdeiros só estarão habilitados, caso o filho tenha proposto a ação antes de sua morte, momento em que apenas representaram seu interesse expresso em vida no respectivo processo.

O Ministério Público, de acordo com o artigo 2.º, § 4.º, da Lei n.º 8.560/92, será legitimado para propor ação de investigação de paternidade quando o pai indicado não responde à notificação em 30 (trinta) dias ou nega a paternidade. A partir disso, a ação será proposta em nome próprio, para defender interesse alheio, ou seja, do investigante, tornando-se substituto processual (art.6.º, CPC).

Artigo 2.º da Lei n.º 8.560/92 – Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

(...)

§ 4.º - Se o suposto pai não atender, no prazo de 30 (trinta) dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

Artigo 6.º do Código de Processo Civil – ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

É importante ressaltar que, a lei exige, para atuação do Ministério Público, a presença de elementos suficientes da existência da paternidade, cumprindo-lhe realizar juízo de valor. Nesse sentido, sua

atuação não é obrigatória. Conforme Marco Aurélio S. Viana, “a existência de mera alegação por parte da mãe ou do declarante do registro de nascimento, sem outros elementos de convicção, não é suficiente para que o Ministério Público atue”.⁵

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assim já definiu:

EMENTA: Investigação de paternidade. Ministério Público. Legitimidade para intentar a demanda. Precedentes do STJ. Lei 8.560/92, art.2º, §4º. (...) **o Ministério Público é legitimado para propor ação de investigação de paternidade, nos termos do art.2º, §4º. da Lei n.º 8.560/92.** (STJ – Resp 120.577/MG, Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 07/12/2000). (*grifo nosso*)⁶

A mesma Lei, no entanto, não exclui a legitimação dos interessados que, uma vez proposta a ação, podem pedir seu ingresso como assistentes litisconsorciais (artigo 2.º, § 5.º) . Haverá, também nesse caso, extinção da ação quando da morte do investigante, porquanto desaparece a figura do substituto processual, restando apenas o interesse econômico.

Artigo 2.º da Lei n.º 8.560/92

(...)

§ 5.º - A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.

Em se tratando de autor menor de 18 anos, haverá representação ou assistência, respectivamente, por parte da mãe ou do tutor. Nessas hipóteses não se vislumbra infringência à legitimidade ativa, porque a iniciativa da ação, o poder de ação, é do próprio filho.

Cabe salientar que a incapacidade absoluta de exercer pessoalmente os atos da vida civil, conforme o artigo 3.º do atual Código Civil, abrange os menores de 16 (dezesseis) anos, conforme já era previsto no artigo 5.º do Código Civil de 1916. O que modificou foi a incapacidade relativa, prevista no artigo 6.º do Código anterior, que deixou de ser entre os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos, para abranger os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, de acordo com o artigo 4.º do Código Civil de 2002.

⁵ VIANA, Marco Aurélio S. *Da Ação de Investigação de Paternidade: anotações à Lei n.º 8.560/92*. Belo Horizonte: Editora Livraria Del Rey, 1994.

⁶ Diário de Justiça. 19/02/2001 - BIJ 283/24.309.

A redação atual é:

Artigo 4.º do Código Civil/2002 – São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de **18 (dezoito)** anos;
(...) (*grifo nosso*)

1.2.2. Legitimidade Passiva

No pólo passivo da ação deve figurar o indigitado pai ou seus herdeiros, não tendo legitimidade o espólio. A mãe, via de regra, não é parte legítima, limitando sua participação como representante ou assistente do filho menor. No entanto, se o pai apontado não deixar descendente ou ascendente, sua mulher será herdeira, configurando-se como parte passiva da ação, a qual repercutirá no seu patrimônio.

É, então, pertinente a decisão do Tribunal de Justiça:

Ementa: Investigação de paternidade. Ilegitimidade passiva. Preliminares. Já falecido o investigado, a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos deve ser dirigida contra herdeiros ou sucessores, portanto correta a decisão que afastou a viúva-meeira do pólo passivo. Desacolhidas as preliminares de inadmissibilidade do recurso, visto que cumpridos os seus pressupostos. Agravo de instrumento desprovido. (segredo de justiça) (5 fls) (agravo de instrumento nº 70004867578, oitava câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 26/09/02)⁷

Nos casos em que não existirem herdeiros, o artigo 1844 do atual Código Civil estabelece que os bens serão transferidos ao Estado, que passará a figurar no pólo passivo.

Artigo 1844 do Código Civil/2002 – Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

Os legatários serão colocados no pólo passivo apenas quando a herança for distribuída a eles somente, pois não serão atingidos se concorrerem com os demais herdeiros.

Dessa forma, qualquer pessoa que possa ser afetada pela sentença de reconhecimento pode ter legitimidade passiva (artigo 1.615

⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 21.05.2003. 21:21:33.

do Código Civil), estando presente na inicial ou solicitando seu ingresso como assistente litisconsorcial.

Artigo 1615 do Código Civil/2002 – Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

1.3. Rito Processual e Competência

Com relação à definição do foro competente para ajuizamento da ação de investigação de paternidade existem dois posicionamentos.

Parte da doutrina entende que o foro competente para intentar ação de investigação de paternidade é aquele do domicílio do réu; outros, observando o aspecto social, entendem ser o foro do investigante.

Quando o investigante ingressa somente com a ação de investigação de paternidade, sem qualquer cumulação com outros pedidos, o foro competente será o do domicílio ou residência do suposto pai, observando o disposto no artigo 94 do Código de Processo Civil. Não sendo, portanto, competente o foro do domicílio do investigante.

Artigo 94 do Código Processual Civil – A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.

Em se tratando de vários réus, domiciliados em lugares diversos, o Tribunal de Justiça se manifesta:

Ementa: Investigação de paternidade. Competência. Existentes vários réus com domicílios diferentes, a ação de investigação de paternidade poderá ser intentada em qualquer dos domicílios. Incidência do § 4º, do art. 94, do CPC. Deram provimento. Por maioria. (agravo de instrumento nº 70005223888, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, julgado em 19/12/02)⁸

No entanto, quando houver cumulação de pedido de fixação de alimentos a competência não mais será a referida anteriormente, devendo a ação ser proposta no foro do domicílio ou residência do filho, o qual tem foro privilegiado. A respeito dessa matéria, o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula n.º 01, esclarece: “o foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para ação de investi-

⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 25.05.2003. 18:57:03.

gação de paternidade, quando cumulado com a de alimentos”.⁹ Presupõe-se que o alimentando é a parte mais fraca economicamente, merecendo esse benefício na propositura da ação.

A Lei n.º 8.560, em seu artigo 7.º, estabelece que a fixação de alimentos em favor do filho se torna obrigatória em se tratando de procedência da ação, aplicando-se de modo geral a mencionada Súmula. Nesse sentido, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira citado por Belmiro Pedro Welter, esclarece:

Vale lembrar que o artigo 7.º da lei n.º 8.560/92 determina que na sentença de mérito, sempre que for reconhecida a paternidade, o juiz deverá fixar alimentos em favor do reconhecido, se deles necessitar. Diante disso, poderá a jurisprudência entender que também, agora, toda ação de investigação de paternidade poderá ser demandada no foro do domicílio do autor.¹⁰

Cabe salientar, que o foro do domicílio ou residência do autor não tem competência absoluta, mesmo nos casos de ação de investigação de paternidade cumulado com alimentos, razão pela qual o investigador pode preferir propor a ação no domicílio do alimentante. Este, no entanto, não poderá opor exceção de incompetência, pois a escolha do foro, pelo autor, somente lhe favorece.

1.4. Imprescritibilidade da Ação

Verifica-se, nesse ponto do trabalho, uma das principais características da ação de investigação de paternidade. Característica esta que, a partir da vigência do atual Código Civil, também passou a ser aplicada à ação negatória de paternidade.

A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tendo em vista que o reconhecimento do *status familiae* do indivíduo não pode estar inserido no sistema simples da verdade processual, formal, o que comprometeria a obrigatória paternidade genética.

Assim, tendo os filhos, nascidos ou não do casamento, os mesmos direitos, é evidente que podem pleitear a paternidade verdadeira a qualquer tempo, mesmo estando registrados por outrem.

Com relação a esse tema, é evidente a diferença entre a ação de investigação de paternidade, como ação de estado, e os efeitos da sen-

⁹ Acórdão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, súmula n.º 01, transcrito na RSTJ 16, ano 2, p. 22.

¹⁰ WELTER, Belmiro Pedro. *Investigação de Paternidade*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 139.

tença proferida nesta demanda, porquanto a declaração do estado de filho e a obtenção de seus efeitos patrimoniais são resultados distintos.

Entende-se que, sendo imprescritível o objeto da ação, ou seja, o *status familiae*, não há como existir perda do direito de declaração desse estado. Conforme Caio Mário, “se o estado das pessoas é imprescritível, imprescritível obviamente será o direito de ação visando a declará-lo, pois que a ação de reconhecimento compulsório é uma ação declaratória”.¹¹

Portanto, em se tratando de ação de estado a prescrição não existirá.

No tocante a imprescritibilidade da Ação de Investigação de Paternidade, a jurisprudência corrobora o entendimento da doutrina ao julgar que:

Ementa: Apelação cível. Ação investigatória de paternidade. Prescrição. **É imprescritível a ação de investigação de paternidade.** Apelação cível provida, para desconstituir a sentença, a fim de que o mérito do pedido inicial seja julgado. (apelação cível nº 70002079218, segunda câmara especial cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Des. Lúcia de Castro Boller, julgado em 22/11/01) (*grifo nosso*)¹²

O instituto da prescrição, defendido por alguns autores, recai, na verdade, sobre a obtenção dos efeitos patrimoniais gerados pela confirmação da paternidade.

Assim, havendo ação de investigação de paternidade com petição de herança, haverá, respectivamente, uma ação de natureza declaratória e outra de natureza constitutiva. Nesses casos, haverá uma soma de objetos, sendo imprescritível a declaração de estado e prescritível a concepção de herança.

Essa questão, inclusive, já se encontra pacificada na Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.¹³

Conclui-se que o direito ao reconhecimento da paternidade é imprescritível, sendo prescritível apenas o direito aos efeitos gerados pela declaração de paternidade.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. p. 91.

¹² Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 18.04.2003. 22:02:14.

¹³ STF, in *Revista Forense*, vol.136, p.130

2. Pressupostos Fundamentais na Apuração da Paternidade

2.1. Pressupostos Fundamentais: Código Civil de 1916

Atualmente, os princípios tradicionais, tais como concubinato, rapto, relações sexuais, existência de prova escrita, não são mais vistos como *numerus clausus*, mas sim como elementos subsidiários.

Antes da vigência do atual Código Civil, esses pressupostos eram interpretados de forma taxativa, porém, com o advento e evolução dos métodos científicos, foram tornando-se obsoletos frente às diversas formas de concepção que surgiram, tais como a inseminação artificial, a possibilidade de clonagem e outros exemplos abordados posteriormente.

Assim, a paternidade pode ser evidenciada sem que, necessariamente, estejam presentes os requisitos dispostos no artigo 363 do Código Civil de 1916, qual seja:

Artigo 363 do Código Civil/1916 - Os filhos ilegítimos de pessoas que caibam no art.183, I a VI, têm ação contra os pais, os seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

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

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

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

Cabe ressaltar, ainda, que mesmo antes da edição do Novo Código Civil, o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente já tornavam revogado o dispositivo acima, porquanto não permitiam qualquer restrição quanto ao reconhecimento da paternidade.

Artigo 227 da Constituição Federal/1988 – 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.

Artigo 27 da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) – O reconhecimento do estado é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

Nesse contexto, cabe ressaltar que o artigo 363, acima transcrito, não apresenta correspondência no recente texto legal.

No entanto, as hipóteses previstas no Código Civil de 1916 devem, ainda, ser estudadas, pois mesmo não sendo mais exigidas, a prova de sua existência auxiliará no julgamento da Ação de Investigação de Paternidade.

2.1.1. Concubinato

O concubinato é uma das formas de convivência que, se comprovada, permite pressupor a concepção no período de relacionamento. A definição doutrinária esclarece que o concubinato “é a união ostensiva de duas pessoas de sexo diferente, que, embora não estando ligadas entre si por casamento válido ou putativo, vivem como se fossem marido e mulher, sob mesmo teto, na maioria dos casos”.¹⁴

Nas palavras de Jônatas Milhomens e Geraldo Magela Alves, “o concubinato é a união prolongada daqueles que não se acham vinculados por matrimônio válido ou putativo”.¹⁵

O concubinato, na verdade, é uma união pública, estável e quase matrimonial, modernamente chamada de união estável, união livre, ou qualquer outro termo que signifique uniões não decorrentes do casamento.

Diferentemente do Código Civil de 1916, a atual lei tem utilizado a expressão concubinato para aquelas situações em que o homem mantém um casamento e detém uma amante.

Trata-se, portanto, da convivência *more uxória*, existente também na sociedade de fato e na união estável, em que predomina o convívio com aparência de casamento. Não se faz necessária a coabitação, bastando que hajam ligações freqüentes.

2.1.2. Rapto

Quando o legislador referiu-se ao rapto como fundamento para ingressar com ação de investigação de paternidade, considerou que se a mulher é tirada de seu lar, seja mediante emprego de violência, seja por meio de sedução ou emboscada, o fato constitui presunção de que houve relações carnavais.

¹⁴ NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 7.ed. Vol. II. São Paulo: Editora Parma., 1984, p. 317.

¹⁵ MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. *Manual Prático de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 134.

Nesse sentido, o Código Penal Brasileiro define, no artigo 219, o crime de rapto, definindo-o como “raptar mulher honesta mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso”.

Havendo coincidência entre o tempo da concepção e o rapto, presume-se que o filho proveio das relações com o raptor, podendo, então, servir de fundamento à sentença declaratória de estado de filiação. Assim, é necessário provar três ocorrências: a identidade do raptor, o tempo em que a raptada ficou em poder do raptor e a coincidência entre esse período e a data de nascimento do investigante.

A lei de 1916 era omissa quanto a idade da vítima do rapto, exigindo, no entanto, a honestidade da mulher, tendo cabimento, no tocante à contestação, a exceção *plurium concubentium*.

2.1.3. Relações Sexuais

O inciso II, parte final, do artigo acima transcrito, elenca, ainda, as relações sexuais como fundamento da investigatória. Nesse caso, devia ficar evidente que, ao tempo da concepção do filho, houve relações sexuais entre a mãe do autor e o suposto pai.

A prova da existência das relações sexuais era, evidentemente, indiciária.

A respeito desse item, Caio Mário esclarece que “tendo havido estupro, ou sedução, é lícito extrair daí um indício grave das relações, sem constituir, no entanto, uma presunção de paternidade”.¹⁶

Como já citado, a relação sexual deixou de ser forma única de concepção, tendo em vista o avanço científico a permitir que seres humanos sejam concebidos em laboratório, dispensando o contato físico entre o casal que geneticamente o gerou.

A contrário senso, Fernando Simas Filho afirma que “as relações sexuais constituem um fato que por si só não faz presumir a paternidade; elas são um pressuposto necessário à procriação”.¹⁷

2.1.4. Existência de Escrito com Reconhecimento Expresso

A lei refere-se ao escrito que não traga em si mesmo a validade do reconhecimento, pois se assim fosse não haveria necessidade de postular ação de investigação de paternidade. Estaríamos, nesse caso,

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. p.106.

¹⁷ SIMAS FILHO, Fernando. *Investigação de Paternidade: alterações do Novo Código*. 6.ed. Curitiba: Editora Juruá, 2003, p.23.

diante do reconhecimento espontâneo, previsto no artigo 1.609 do Novo Código Civil.

Artigo 1609 do Código Civil/2002 – O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I – no registro do nascimento;

II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

(...)

Nada mais era do que a comprovação da paternidade através de cartas, cartões, bilhetes, necessariamente, dirigidos ao filho. Baseava-se, ainda em fotografias.

Silvio Venosa contribui referindo que “o escrito deve ter abrangência ampla, podendo inserir-se em sua compreensão testamentos nulos, anulados e revogados”.¹⁸

O valor jurídico desta prova é relativo, porque tal confissão de paternidade pode não ser verdadeira, resultando de erro ou coação, fazendo-se necessário, muitas vezes, a juntada de outras provas que venham corroborar a prova da confissão.¹⁹

Para João Luiz Alves, “cartas de família, assentos e etc., constituem elementos de prova, desde que delas emane o expresse reconhecimento”.²⁰

2.2. O Avanço Científico e as Novas Formas de Concepção: Alterações nos Pressupostos

O ponto que se enfoca nesse momento é extremamente controvertido, formando-se um paradoxo entre a evolução da medicina e a inovação social das formas de concepção.

É importante ressaltar que as novas técnicas de procriação não só modificaram a ordem natural de concepção, como também passaram a invocar uma paternidade diversa da biológica, baseada na ver-

¹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. *Direito de Família*. 2.ed. Vol. 6. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 298.

¹⁹ SIMAS FILHO, Fernando. *Investigação de Paternidade: alterações do Novo Código Civil*. 6.ed. Curitiba: Editora Juruá, 2003, p. 24.

²⁰ ALVES, João Luiz. *Código Civil Anotado*. 2.ed. volume I, 2000, p. 374.

dade dos sentimentos e do afeto criado entre os pais e o filho: a paternidade afetiva.

O novo Código Civil não traz mais como pressupostos fundamentais aqueles previstos no artigo 363 do Código Civil de 1916.

Na verdade, com o avanço científico, principalmente no tocante à possibilidade de concepção sem sequer existir relações sexuais, tornaram-se ultrapassados os requisitos descritos acima.

Esse novo entendimento traduz a evolução da legislação, principalmente com relação ao crescimento de estudos científicos dos últimos anos. Anteriormente, por exemplo, entendia-se que só por meio da conjunção carnal poderia ser gerada uma criança, mas essa não é mais a realidade atual. Basta que a inseminação artificial, a chamada “produção independente”, o bebê de proveta, os chamados bancos de sêmen e outros sejam utilizados.

Tanto isso é verdade que grande parte dos argumentos de defesa nas ações de investigação de paternidade, cuja incidência se dá ainda nos dias de hoje, mesmo que de forma diferente, era a prova da promiscuidade sexual da mulher, utilizando-se o argumento do *exceptio plurium concubentium*, na tentativa de afastar a invocada paternidade, pois diante da existência de relações sexuais com diversos parceiros, a prova da paternidade ficava prejudicada.

Hoje, porém, com o advento da prova pericial através do exame de DNA, não se faz necessário invocar a vida pessoal da mãe do investigante, uma vez que a relação sexual poderá nem ter existido.

Apesar de estar presente no atual Código Civil, a reprodução assistida não encontra qualquer regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

A fim de solucionar alguns conflitos referentes a esse tema, o Conselho Federal de Medicina, por intermédio da Resolução 1.358/92²¹, adotou as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

Essa resolução estabelece, dentre outros preceitos, que as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na solução dos casos de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outros métodos tenham sido ineficazes ou ineficientes. Fica esclarecido que as técnicas de reprodução assistida somente poderão ser utilizadas quando houver possibilidade efetiva de sucesso e não

²¹ Disponível em: <http://www.portalmedico.or.br/resolucoes/1992>. Acesso em: 15.mai.2003. 19:00:25.

haja risco grave de saúde tanto para paciente, quanto para o possível descendente.

2.2.1. Inseminação Artificial

A inseminação artificial surge nos casos em que a procriação natural não é possível, por haver obstáculos, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doenças hereditárias, etc.

Essa técnica é entendida como a introdução do sêmen diretamente na vagina da mulher ou a sua inserção no útero, por meios distintos da cópula, significando atualmente um tratamento para a infertilidade, cujo principal objetivo é o processo de procriação.

Nesse mesmo sentido, Silvio Venosa conceitua a inseminação artificial como “aquela forma de fecundação artificial, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais”.²²

Esse tipo de concepção pode ser homóloga, quando o sêmen utilizado na mulher é do próprio marido, pressupondo a existência de casamento ou união estável; ou heteróloga quando o espermatozoide for doado por um terceiro, normalmente utilizada nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, etc.

Na inseminação artificial homóloga, o casal busca a solução para a infertilidade, utilizando-se o esperma do próprio marido ou companheiro da mulher receptora, sendo desnecessária a participação de um terceiro. Esta técnica é a que apresenta menor grau de contestações, porquanto o pai biológico coincide com o pai legal, não alterando a estrutura jurídica.

No entanto, a questão pode se tornar controvertida, no que diz respeito ao congelamento do material coletado, à utilização do mesmo sem o consentimento do cônjuge, chegando à polêmica da inseminação *post mortem*.²³

O atual Código Civil já prevê a necessidade de autorização prévia por parte do pai, para que assim possa ser considerada presumida a paternidade, referindo-se, porém, à inseminação heteróloga. Prevê,

²² VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. *Direito de Família*. 2.ed. Vol. 6. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 271.

²³ Esta técnica consiste na inseminação artificial de uma mulher, realizada mediante o esperma congelado de seu marido ou companheiro, após o falecimento deste.

ainda, a presunção nos casos de inseminação *post mortem*, conforme veremos a seguir.

No tocante à inseminação heteróloga, conforme escreve Taciana Jusfredo Simões Pinto “a esterilidade é indiscutível e irremediável”²⁴, na qual o marido ou companheiro não possui espermatozoides, ou, se possui, o número é inferior ao necessário exigido pela técnica (azoospermia). Assim, o sêmen é colhido de um terceiro que de forma anônima doa os espermatozoides.

Nesse último caso, é indispensável o consentimento do marido ou companheiro, tendo em vista que a hereditariedade biológica diverge da jurídica, devendo ser preservado o *status* de filho.

Além do questionamento social gerado por esse tema, seja com relação à concepção de um filho gerado pelo sêmen de uma pessoa estranha ao relacionamento dos pais, fato que pode, posteriormente, desestabilizar a relação familiar; seja pela inexistência da relação sexual, exigida pelo antigo Código Civil de 1916 como pressuposto fundamental para o ingresso da investigação, ainda há divergências quanto às consequências e efeitos gerados aos filhos e aos pais biológicos e jurídicos.

No que se refere ao doador do sêmen, o assunto é polêmico e não possui previsão legal, pois embora seja vedado o ingresso de ação de investigação de paternidade ao pai que consentiu a inseminação, não há qualquer referência se tal direito também é defeso ao doador.

Diante da ausência de legislação para regular essa matéria, existe uma corrente de doutrinadores que entende que, sendo o material genético depositado nos bancos de sêmen propriedade daquele que o produziu, pode o doador exigir informações a respeito da utilização e destino de seu sêmen.

Da mesma forma, pode o filho gerado por inseminação artificial heteróloga também se ver prejudicado, uma vez que as circunstâncias ferem sua personalidade e, recorrendo à investigação poder-se-ia garantir seu direito à identidade.

Nesse sentido, questiona-se, por exemplo, o direito do filho gerado por meio de inseminação artificial heteróloga de ver reconhecido seu estado de filho pelo doador do sêmen. Além dessa, outras tantas situações surgem, inclusive a possibilidade de fraude ou de trocas de sêmen, situação em que o casal descobre que o sêmen utilizado não era o do marido e sim o de outro doador, ou aquelas em que o pai a-

²⁴ PINTO, Taciana Jusfredo Simões. *Procriações Artificiais*. Disponível em: <http://www.forense.com.br>. Acesso em: 31.mar.2003. 18:52:25.

credita na inseminação heteróloga, enquanto a concepção foi, na verdade, resultado de uma traição.

Têm-se, ainda, embora não seja enfoque central desse trabalho, as hipóteses de maternidade de substituição ou ventre de aluguel, o que inclusive coloca em dúvida o princípio *mater semper certa est*.

O atual Código Civil concebe, em seu artigo 1.597, a hipótese de inseminação artificial, inclusive prevendo-a como forma de presunção da concepção na constância do casamento.

Alguns denominam esse instituto como fertilização assistida.

A divergência maior surge, na verdade, nos casos de inseminação heteróloga, pois se vê nesse momento a intervenção de uma terceira pessoa. Nesse sentido, Heloíza Helena Barboza aponta que “a inseminação artificial homóloga não traz, a princípio, maiores problemas jurídicos, na medida em que coincidem a paternidade biológica e a legal. Aplicando-se a presunção legal, o marido é o pai dos filhos concebidos na constância do casamento, mesmo que por inseminação artificial”.²⁵

O conteúdo do dispositivo é:

Artigo 1597 do Código Civil/2002 – Presumem-se concebidos na constância do casamento dos filhos:

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

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

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

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

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (grifo nosso)

A partir da leitura acima, depreende-se, no entanto, que a nova lei não vem regulamentar a fecundação assistida ou inseminação artificial, mas sim a existência desse novo meio de procriação, trazendo soluções apenas no que se refere à paternidade.

Além disso, conforme preceitua o inciso V, do mesmo artigo, é necessária, para que ocorra a presunção, a concordância do marido,

²⁵ BARBOZA, Heloíza Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993, p. 47-51.

nos casos de inseminação heteróloga; caso contrário, o marido pode impugnar a paternidade.

Parte da doutrina já revela ter o legislador omitido-se a respeito da reprodução assistida, porquanto poderia ter regulado sua aplicação e não simplesmente citado-a como presunção de paternidade.

2.2.2. *Fertilização in vitro*

Mais conhecida como bebê de proveta, a técnica de procriação artificial consiste na retirada de um ou mais óvulos de uma mulher, que depois de fecundados em laboratório, portanto, fora do corpo da mulher, são transferidos ao útero ou às trompas de Falópio.

Nesse mesmo sentido, Heloísa Helena Barboza conceitua a fertilização *in vitro* como “a técnica mediante a qual se reúnem os gametas masculino e feminino, em meio artificial adequado, propiciando a fecundação e formação do ovo, o qual, já iniciada a reprodução celular, será implantado no útero materno”.²⁶

No tocante as controvérsias da paternidade, os problemas suscitados são basicamente os mesmos já examinados acima, porquanto o embrião, igualmente ao sêmen, poderá ser congelado e utilizado posteriormente à morte do doador. Da mesma forma, poderá envolver terceiro ou realizar-se apenas com o material genético do casal, causando as mesmas polêmicas e apresentando as mesmas dificuldades da inseminação artificial.

2.2.3. *Voluntariedade do Suposto Pai no Ato da Concepção*

2.2.3.1. *Doação de Esperma*

Como já foi visto, a concepção de uma nova vida pode ser estabelecida através de uma fecundação artificial. Essa, por sua vez, pode ter como parte envolvida um doador, o qual se credencia num banco de espermas.

No Brasil, a Resolução n.º 1.358/92²⁷ do Conselho Federal de Medicina garante dois princípios pertinentes à doação de espermas, quais sejam o anonimato e a gratuidade. Alguns autores, no entanto, têm entendido que a doação de gametas é uma forma duvidosa de

²⁶ BARBOZA, Heloísa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993, p. 73.

²⁷ Disponível em: <http://www.portalmedico.or.br/resolucoes/1992>. Acesso em: 15.mai.2003. 19:00:25.

generosidade, porquanto veda, em princípio, direitos ao filho concebido artificialmente.

Sobre essa matéria, Eduardo de Oliveira Leite alerta que “(...) o doador não tem nenhuma garantia do anonimato e se expõe, mais cedo ou mais tarde, à ação de investigação de paternidade”.²⁸

Surge, então, casos em que o filho, concebido por inseminação artificial heteróloga, ao ficar sabendo dessa situação, deseja saber quem é seu verdadeiro pai genético. Confrontam-se, nesse momento, o direito à declaração de estado de filho e a garantia do doador de ter sua identidade mantida em sigilo.

Quanto a essa matéria existe o projeto de lei n.º 90, de 1999, ainda em tramitação, o que significa que, atualmente, não há qualquer garantia legal de que o pedido de reconhecimento pleiteado pelo doador ou pelo filho gerado através de inseminação artificial ou fertilização *in vitro* seja declarado improcedente em Juízo.

Pertinente, no entanto, imediata regulamentação dessa matéria, tendo em vista as conseqüências dessa liberdade, a começar pela criação de bancos de espermas com finalidades lucrativas.

Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite afirma:

Em terreno tão delicado quanto este, que envolve a criação de seres fora das técnicas tradicionais, o Estado tem o dever de interferir restringindo o livre exercício da medicina, reservando a procriação artificial a centros reconhecidos e controlados. O desenvolvimento anárquico provocaria inevitavelmente injustiças sociais.²⁹

O Projeto de Lei do Senado, n.º 90, de 1999, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, tem como finalidade a regulamentação da prática de reprodução assistida, formulando regras a respeito do consentimento informado, dos estabelecimentos profissionais, das doações, dos gametas e embriões, das crianças concebidas através desse método, legislando, inclusive condutas a serem consideradas como crime.

Como principal justificativa, o referido projeto apresenta exatamente as conseqüências geradas pelo desenvolvimento da reprodução assistida, sobretudo, no que diz respeito ao estado de filiação da criança.

²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 332.

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 331.

Dentre as principais disposições do projeto de lei está a utilização de material genético pertencente a doadores já falecidos, como é o caso do marido que torna disponível seu esperma para permitir a uma mulher, que pode ser sua esposa ou não, ter um filho seu, mesmo após sua morte; ou a situação do doador anônimo que deposita seu esperma em um banco de sêmen e depois morre.

No intuito de solucionar esses conflitos, o artigo 9.º, §4.º, I, do projeto de lei n.º 90, determina ao banco de sêmen que não se utilize gametas de um doador sabidamente morto, acrescentando que fica proibida a conservação de esperma por tempo maior do que dois anos.

O referido instrumento ainda proíbe o banco de gametas de entregar o material depositado a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante.

Na tentativa definitiva de evitar o emprego da reprodução assistida o projeto estabelece que fica excluída a atribuição de paternidade ao morto.

Cabe ressaltar que, segundo a redação inicial, a criança concebida através da reprodução assistida pode exercer o direito de exigir do doador o reconhecimento de paternidade, direito esse que também deve ser estendido ao doador que queira reclamar a paternidade da criança.

Além dessas questões, o projeto de lei também prevê proteção relacionada à maternidade e aos doadores do material genético.

O último andamento a respeito da tramitação desse projeto, até 16 de maio de 2003, era o seu encaminhamento à Câmara dos Deputados para as devidas providências.

Nesse sentido colabora Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, ao dizer que:

A existência de bancos destinados à armazenagem de sêmen, realidade nos EUA desde a década de 50, e a possibilidade de instaurar-se condenável comércio de embriões revelam o cuidado que deve ser adotado para obstar aventuras ligadas à eugenia.³⁰

3. Meios de Prova na Ação de Investigação de Paternidade

3.1. Das Provas em Geral

Conforme preceitua Fernando Simas Filho “prova é a demonstração da verdade dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos,

³⁰ OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 3.ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999, p. 161/162.

em que se fundamenta a ação ou a resposta. Prova não é meio; é resultado”³¹.

A contrário senso, segundo a opinião do Professor Ovídio A. Baptista da Silva, ao dizer que “prova pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz”³².

O dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, dentre outros conceitos, esclarece que “provar é estabelecer a verdade, a realidade de; dar prova irrefutável de; tornar evidente; demonstrar, patentear, testemunhar, justificar, comprovar”³³.

Em ações de investigação de paternidade não basta a probabilidade de uma paternidade e de um estado de filho, faz-se necessário a certeza do alegado, o qual deve ser uno, inequívoco, coeso e absoluto. Para que isso se torne viável é indispensável que a produção de provas seja robusta, pois conforme Fernando Simas Filho “só o conjunto uniforme de elementos seguros pode levar à declaração de filiação contestada, pois se é desumano não ter o filho, direito à paternidade, injusto também é a declaração de uma filiação inexistente”³⁴.

No tocante à prova a maior dificuldade reside nas ações de investigação de paternidade, porque mesmo diante da autonomia concedida ao juiz, pelo Código de Processo Civil, relacionado ao campo probatório, controvertida é a demonstração de relacionamento sexual e a necessária relação de causa e efeito entre esse fato e a concepção da criança.

Assim, o processo de investigação de paternidade deve ter um conjunto probatório volumoso.

Nesse contexto, Eduardo Cambi disserta que “o DNA trouxe um elevado grau de cientificidade ao juízo probatório. Aquilo que, antes, se julgava com base em aparências passou a ser diagnosticado e solucionado com pequena margem de erro”³⁵.

³¹ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 5.ed.. Curitiba: Editora Juruá, 1996, p.54.

³² SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2001, p. 293.

³³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, p.1408.

³⁴ SIMAS FILHO, Fernando. *Investigação de Paternidade: alterações do Novo Código Civil*. 6.ed. Curitiba: Editora Juruá, 2003, p. 41.

³⁵ CAMBI, Eduardo. *O paradoxo da verdade biológica e socioafetiva na*

É preciso ressaltar que a convicção do juiz deve ficar estabelecida apenas através de provas juridicamente admissíveis, conforme artigo 332 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”; excetuando, portanto, aquelas obtidas por meios ilícitos, conforme preceitua o artigo 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988 (São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos).

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência tem entendido que “não é possível proclamar a procedência de uma investigatória, quando o processo peca por ausência de elementos seguros na exigência de insofismável e absoluta prova de paternidade; e não havendo certeza não se pode dar uma sentença da gravidade de uma ação de investigatória de paternidade”.³⁶

3.2. Prova Documental

Propositadamente, iniciamos pela prova através de documentos. Isso porque passaremos a analisar o meio de prova de maior valor, antes, é claro, da evolução da prova através do exame de DNA, matéria que será aprofundada no decorrer do trabalho.

A relevância da descoberta da prova genética, no entanto, não significa dizer que a prova documental tenha perdido sua nobreza, porque continua sendo a própria declaração de vontade, expressa de forma escrita. Por isso, havendo manifestação de vontade inequívoca, comprovadamente produzida pelo suposto pai, assumindo a paternidade do autor, incabível, em princípio, deferimento de prova pericial pela parte contrária.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior esclarece que “o documento, quando autêntico, é prova que goza de enorme prestígio, pela grande força de convencimento que encerra”.³⁷

O documento nada mais é do que a representação de um acontecimento. Assim, por exemplo, a certidão de casamento é a demons-

ação negatória de paternidade, surgido com o exame de DNA, na hipótese de adoção à brasileira. RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 3, Vol 12, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2002.

³⁶ TJPR – Ap. Cív. 17.833-0 – Ac. Unân. 7.897 – 4ª Câm. Cív. – Rel. Dês. Ronaldo Accioly – Publ. DJPR 3.718, de 12.08.1992.

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 402.

tração do matrimônio; a certidão de nascimento é a representação da existência de uma nova vida; a carta de amor é a demonstração da existência de vínculo amoroso, etc.

Conforme Fernando Simas Filho, “o documento é todo meio idôneo e moralmente legítimo, capaz de provar materialmente a existência de um ato ou fato. São documentos não apenas os escritos, mas também gráficos e a fotografias”.³⁸

Os documentos apresentados na forma de cópia, para que sirvam de prova no processo, devem, necessariamente, estar devidamente autenticado e conferindo com o original. Essa possibilidade, porém, não alcança aquelas hipóteses em que a lei exige a apresentação do documento original.

No tocante à ação de investigação de paternidade podem servir de exemplo de prova documental reconhecimento em testamento, as declarações em escrito particulares, cartas, cartões, fotos, bilhetes e outros.

3.3. Prova Testemunhal

Esse meio de prova surge quando se faz necessária a presença de pessoas, que não as partes, que conheçam os fatos. Nesse momento do processo, as testemunhas vêm à juízo e relatam tudo aquilo que lembram, por isso que muitos estudiosos dizem que a prova testemunhal é a mais falível entre todas as outras.

Nesse sentido, João Monteiro, citado por Humberto Theodoro Júnior, conceitua a testemunha como sendo “a pessoa, capaz e estranha ao feito, chamada a Juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso”.³⁹

As testemunhas têm como função reproduzir os acontecimentos que ficaram presentes em suas memórias, sempre através de depoimento oral, na presença do juiz e das partes.

Apesar de ser o meio de prova mais antigo e mais utilizado pela Justiça, a grande maioria dos litígios não pode ser solucionado exclusivamente através do testemunho. O maior exemplo dessa situação é exatamente nos casos de investigação de paternidade, nos quais não se pode admitir que a declaração de estado de filho seja baseada unica-

³⁸ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 5.ed. Curitiba: Editora Juruá, 1996, p.54.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 27.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 375.

mente em testemunhos, ante à existência de provas mais confiáveis, como a pericial.

Nota-se que na ação de investigação de paternidade, assim como na área de direito de família em geral, as testemunhas, normalmente, mantêm vínculos estreitos com os envolvidos, em alguns casos, inclusive, laços de parentesco. Isso ocorre pela própria natureza da matéria em discussão. É inevitável que uma pessoa sem laços, no mínimo, de amizade possam de alguma maneira contribuir informações a respeito da eventual intimidade entre os genitores do autor, fato este fundamental para a formação da convicção do julgador.

No tocante ao tema desse trabalho, a prova testemunhal será, na maioria das vezes, utilizada como auxiliar a todo restante do conjunto probatório. Assim, o juiz pode, por exemplo, entender que a prova documental é suficiente para formação de sua convicção e, por isso, dispensar a prova testemunhal.

3.4. Prova Pericial

Na ação de investigação de paternidade, a prova pericial é a mais utilizada, sendo: HLA, tipagem sanguínea e exame de DNA. Esta, por ser muitas vezes definitiva de existência, ou não, da paternidade, tem dividido os pensadores naqueles que a entendem indispensável e aqueles que a consideram complementar.

Tem por finalidade perceber fatos, verificá-los e apreciá-los por um *expert* no assunto.

A perícia, especialmente nos casos de declaração de paternidade, é muito utilizada, justamente porque envolve matéria técnica, exigindo intervenção de especialistas.

Atualmente, existe uma grande convicção de que a comprovação da filiação através do exame de DNA tem transformado testemunhos, cartas, coincidências morfológicas e cronológicas em meros indícios de parentesco, os quais passam a ser acolhidos de forma relativa. Isso significa que o exame de DNA converteu-se no principal método de identificação humana, tornando os demais sistemas empregados ultrapassados, assumindo, também, um valor diferenciado não só em relação às provas periciais anteriormente utilizadas, mas também às provas processuais cabíveis nas ações de determinação da filiação.

Nessa mesma linha, Eduardo Cambi afirma que:

Não obstante o artigo 436 do CPC afirme que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, fica muito difícil para o magis-

trado desconsiderar o laudo pericial, decorrente do exame de DNA, para negar a existência de um vínculo nele consignado ou afirmar que ele existe, se os dados técnicos apontam o contrário.⁴⁰

A contrário senso, a respeito dessa sacralização ao exame pericial, Rolf Madaleno alerta:

Já é o momento de evitar o endeusamento do resultado pericial, convertendo o julgador num agente homologador da perícia genética, certo de ela possui peso infinitamente superior a de qualquer outra modalidade de prova judicial.⁴¹

O tão divulgado “teste de DNA” é uma análise de algumas informações genéticas herdadas pelo indivíduo. O DNA é uma molécula presente no núcleo das células somáticas e cuja principal função de suas seqüências, chamadas genes, é a codificação da informação genética. Ao nascermos, todos nós recebemos duas informações para cada característica genética, uma que vem do espermatozóide e outra que vem do óvulo, ambas células germinativas. Assim, cada genitor colabora com 50% das informações genéticas do filho concebido, que se combinam uma a uma.

Complementando este processo, Reinaldo Pereira e Silva afirma que:

O exame de DNA, nesse contexto, nada mais é do que a análise de algumas informações genéticas que o filho herdou da mãe e do suposto pai. Em sua aplicação, depois de apurada a contribuição materna no DNA do filho, é necessário verificar a contrapartida: a contribuição paterna. Se o suposto pai possui as informações genéticas transmitidas ao filho, o resultado de sua contribuição deve ser apresentado em termos de probabilidade de paternidade, porque se trata de análise bastante limitada (apenas algumas poucas informações genéticas são analisadas). Caso contrário, não as possuindo, o resultado é a exclusão da paternidade. Dessa forma, a prova pericial, sob hipótese alguma, pode ser considerada como suficiente, muito menos como prova exclusiva. Por mais sofisticada que seja, ela não define com caráter absoluta a paternidade.⁴²

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. *O paradoxo da verdade biológica e socioafetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame de DNA, na hipótese de adoção à brasileira*. RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 3, Vol 12, Editora Padma, Rio de Janeiro, 2002.

⁴¹ MADALENO, Rolf. *A sacralização da presunção na investigação de paternidade*. RT 766/69.

⁴² SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: o exame de DNA e sua influência*

Dessa forma, ainda não é possível conferir, ao exame de DNA, infalibilidade, porquanto as evidências conferidas pelos testes podem servir para excluir de forma absoluta um homem de ser o pai biológico de determinado indivíduo, mas apenas servir de base para calcular a probabilidade de que ele realmente seja o pai biológico, apresentando, mesmo que demasiadamente pequena, uma margem de erro.

Além disso, não se pode esquecer que a posição da lei processual civil é de que, para o alcance da verdade dentro do processo, e obviamente dentro das ações de investigação de paternidade, onde as partes controvertem acerca do vínculo genético, todas as provas admitidas, tanto as orais quanto as documentais, também, os indícios e as presunções, servem para fazer prova a respeito dos fatos controvertidos.

A respeito dessa matéria o Tribunal de Justiça já se manifestou:

Ementa: Apelação cível. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. DNA. Renovação. A perícia médica pelo método do DNA tem sido entendida pelos tribunais como mais um meio de prova na investigação da paternidade biológica, não podendo, por si só, substituir a sentença. Havendo outras provas no sentido da paternidade, que apresentem colidência com o resultado do DNA, este deve ser renovado, mesmo por que foi suprimida informação que deveria ter sido prestada ao perito antes da realização do exame. Sentença casada. Instrução reaberta para novo exame. Apelo provido. (segredo de justiça) (5 fls) (apelação cível nº 70005167929, oitava câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Des. José Ataídes Siqueira trindade, julgado em 31/10/02)⁴³

No mesmo sentido:

Ementa: Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA conjugado com outros elementos. Procedência. A conjugação da perícia médica pelo método do DNA, que apontou probabilidade cumulativa positiva de paternidade em 99,85%, com as demais provas que residem nos autos, que também indicam paternidade positiva, conduz inexoravelmente a confirmação da declaração de paternidade, com a manutenção da sentença recorrida e improvimento do apelo. Sentença mantida. Apelo improvido. (fls. 08). segredo de justiça. (apelação cível nº 70003710290, oitava câmara cível, Tribunal de Justiça

na investigação de paternidade biológica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 78.

⁴³ Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 31.05.2003. 19:39:08.

do RS, relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 21/03/02)⁴⁴

Ainda, nesse sentido, Genival Veloso de França Filho contempla que “as partes podem lançar mão de todas as provas possíveis e imagináveis, desde que sejam obtidas por meios lícitos e legais”.⁴⁵ Essa convicção se extrai do artigo 332 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

Art. 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que funda a ação da defesa.

A Constituição Federal, no entanto, em seu art. 5.º, inciso LVI, faz apenas a seguinte ressalva a respeito da produção de provas:

Art. 5.º (...)

LVI – São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

No tocante à produção do exame de DNA, cabe esclarecer que, por se tratar de exame de alto custo, muitas vezes inacessível aos hipossuficientes econômicos, a jurisprudência tem estendido alcance da assistência judiciária gratuita a todas as perícias, inclusive o exame de DNA.

Pertinente, nesse momento, a colocação de Ricardo Rodrigues Gomes, questionando a obrigatoriedade de custeio desse exame por parte do Estado:

Ao instituir a justiça gratuita, a Constituição Federal o fez de forma genérica, mas a Lei n.º 1.060/50 tratou de atribuir os contornos necessários à maneira de exercitar tal direito, precisando os benefícios para que se desse a efetiva assistência judiciária. (Em conformidade com o art. 3.º da referida lei, a assistência judiciária compreende as seguintes isenções: (...) V) dos honorários de advogados e **peritos**. (*grifo nosso*)⁴⁶

⁴⁴ Acórdão do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 31.05.2003. 19:59:02

⁴⁵ FRANÇA FILHO, Genival Veloso de. *Exame de DNA – Meio de Prova*. Disponível em: http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_18. Acesso em: 28.mar.2003. 21:36:35.

⁴⁶ GAMA, Ricardo Rodrigues. *O exame de DNA é obrigação do Estado?* Disponível em: <http://kplus.cosmo.com.br/matéria.asp?co=9&rv=Direito>. Acesso em 28.mar.2003. 22:21:30.

O mesmo autor complementa que a jurisprudência do STJ tem decidido que, nesses casos, as perícias a ser suportada pelo Estado, só devem ser deferidas quando houver insuficiência probatória para o convencimento do julgador. Isso significa que, existindo outras provas inequívocas apontando para a solução da lide, o juiz deve prolatar a sentença, evitando gastos necessários ao erário público.

Cabe salientar, em última análise, que a jurisprudência tem também examinado, quanto à sacralização de exame de DNA, a qualidade dos laboratórios clínicos responsáveis pela realização dos testes de DNA, principalmente, destinados aos processos de investigação de paternidade.

A grande procura por este tipo de exame tem gerado um crescimento elevado de laboratórios especializados, os quais, até o momento, não estão vinculados a qualquer regulamentação que defina os padrões laboratoriais para a execução dos testes. Pertinente, portanto a colocação de José Geraldo de Freitas ao dizer que “(...) não é difícil abrir um laboratório nesta área, bastando que se adquira equipamentos da ordem de 70 mil dólares e se contrate um especialista em biologia molecular para a interpretação dos resultados”.⁴⁷

Além disso, os laboratórios carecem, via de regra, de dados estatísticos tão caros e próprios da população brasileira, que, composta por uma raça mista e de características singulares, divergem dos levantamentos estatísticos realizados por outros povos.

Por tratar-se do enfoque principal deste trabalho, o tema será novamente examinado ao longo da exposição.

3.5. Confissão, Presunção e Indícios

João Batista Lopes, ao discorrer sobre os meios de prova, conceitua a confissão como “ato (declaração) voluntário pelo qual a parte admite como verdadeiro fato que lhe é prejudicial, alegado pelo adversário”.⁴⁸

Note-se, contudo, que, a respeito dessa matéria, todas as ações de estado (filiação, estado civil, investigação de paternidade, etc.), que objetivam a alteração, não admitem a confissão pela parte demandada, conforme proibição expressa no artigo 351 do Código de Processo

⁴⁷ DRUMOND, José Geraldo de Freitas. *A determinação da paternidade e a sacralização dos testes de DNA*. Disponível em <http://www.unimontes.br/aunimontes>. Acesso em: 26.fev.2003. 13:02:36.

⁴⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 89.

Civil: “Artigo 351 – não vale como confissão a admissão, em Juízo, de fatos relativos a direito indisponíveis”.

Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos, citado por Humberto Theodoro Júnior, demonstra:

Quem confessa renuncia ao próprio direito e atribui o direito ao adversário. Mas há direitos indisponíveis, cuja renúncia é inoperante e, pois, os fatos a eles relativos não são suscetíveis de confissão. Donde ineficaz é a confissão quando dela resultaria a perda de direitos em relação aos quais o confitente não pode dispor, pois nesses casos os princípios de ordem pública prevalecem sobre a vontade das partes.⁴⁹

De maneira diversa da confissão, surge a presunção nas ações de investigação de paternidade, a qual traz para o processo relevância elevada.

A presunção que interessa nesse momento é a legal, isto é, aquela estabelecida pela própria lei, a qual se subdivide em absoluta e condicional. A primeira é a consequência que a lei deduz, de forma expressa, de certos atos ou fatos, desinteressando a existência de prova em contrário (*juris et de jure*). Quanto à presunção condicional, pode-se dizer que é aquela em que o ato ou fato são verdadeiros, até que se prove ao contrário (*juris tantum*)

Com relação à investigação de paternidade, a aplicabilidade desses conceitos aparece, principalmente, naqueles casos em que o suposto pai não aceita se submeter à perícia através do exame de DNA.

Quanto a essa matéria há grandes estudos e divergências, podendo-se distinguir duas principais correntes:

A primeira, com base nos princípios da inviolabilidade corporal, da dignidade humana e, principalmente, da legalidade, expresso no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal, o qual prevê que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, entende que a recusa à submissão ao exame de DNA faz presunção de paternidade.

Em contraposição, há outros entendimentos no sentido de que a recusa do investigado em submeter-se à perícia mencionada significa a presunção de veracidade dos fatos que se alegam. Esse posicionamento tem como principal fundamento a prevalência dos princípios da ordem pública e do interesse social, defendendo que o princípio da

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 27.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 391.

inviolabilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar aos direitos à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.

No tocante à recusa do investigado à submissão da prova pericial, melhor analisaremos a matéria em capítulo posterior.

Atualmente, no entanto, o papel da presunção de paternidade legítima vem cedendo lugar ao poder, considerado por alguns de inquestionável, das provas científicas da filiação biológica como, por exemplo, o exame de DNA.

Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite esclarece que:

A evolução da ciência e as contribuições trazidas pelo fantástico desenvolvimento tecnológico foram, paulatinamente, reduzindo o papel da presunção da paternidade legítima que, juntamente com a procura da paternidade natural, foram cedendo lugar ao poder inquestionável das provas científicas da filiação biológica. Os exames de DNA (que chegam a atingir uma certeza de quase 100%, na determinação da prova científica da paternidade) permitiram, de uma só vez, excluir e atribuir a paternidade questionada, reduzindo a nada a filiação estabelecida no registro de nascimento.⁵⁰

Ainda nessa seção devemos entender o que significam os indícios dentro do processo civil. Indícios são, na verdade, vestígios, sinais, rastros, que nos levem a concluir a ocorrência de um determinado fato.

Ao distinguir indícios e presunções, Fernando Simas Filho refere que “os indícios são elementos sensíveis reais que indicam um objeto, enquanto que as presunções são as conjecturas, os juízos formados sobre a existência do fato controverso, conjecturas pressupostas pela lei ou induzidas pelo juiz”.⁵¹

O mesmo autor acrescenta que os indícios podem ser concordantes, baseados em circunstâncias coerentes ao orientar os fatos; graves, quando resultam de uma correlação íntima entre o conhecido e o desconhecido; e, por último, os indícios veementes como sendo aqueles que constituem particularidades muito relacionadas com o fato.

Abstrai-se, portanto, que os indícios, independentemente do tipo, devem se apresentar de maneira coerente e harmônica.

⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 202.

⁵¹ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 5.ed., Curitiba: Editora Juruá, 1996, p. 75.

4. O Exame de DNA na Ação de Investigação de Paternidade: Aspectos Controvertidos

4.1. O Instituto da Coisa Julgada nas Ações de Investigação de Paternidade

O exame do DNA é um dos maiores exemplos a respeito da influência de outras áreas nas relações jurídicas, representando um dos principais reguladores das questões referentes ao reconhecimento da paternidade.

Nesse sentido, Graziela Cunha, advogada e mestrandia em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, afirma que:

Desde que surgiu esse exame, os conflitos sobre reconhecimento da filiação passaram a ser solucionados mais rapidamente e com grau de certeza invejável aos demais conflitos sob a proteção jurisdicional. Até mesmo o instituto da coisa julgada foi afetado pela precisão do exame. O que parecia inabalável – a representação de certeza das decisões do Judiciário, a estabilidade das decisões e a segurança nas relações jurídicas – hoje, para alguns, é instituto que deve ser mitigado, sobretudo quando em confronto com garantia constitucional ou sob questionamento acerca da justiça das decisões judiciais.⁵²

De acordo com Humberto Theodoro Júnior, a coisa julgada “não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela imutabilidade do julgado e de seus efeitos”.⁵³

Esse instituto divide-se em coisa julgada material e coisa julgada formal. O artigo 467 do Código de Processo Civil limitou-se a definir o primeiro tipo, afirmando que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Cabe ressaltar que, tanto a coisa julgada material, quanto a coisa julgada formal, decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença. Dessa forma, a coisa julgada formal decorre da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo.

⁵² CUNHA, Graziela. *A imprescritibilidade da ação negatória de paternidade*. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/ej/documentos>. Acesso em: 15.abr.2003. 20:04:52.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 473.

A coisa julgada material, no entanto, produz seus efeitos no próprio processo e em qualquer outro e, por isso, a sentença que formar coisa julgada material, deve, também, transitar em julgado formalmente. Assim, tendo a decisão incidido sobre o mérito da causa, haverá coisa julgada material e, conseqüentemente, coisa julgada formal.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942) assim prevê:

Artigo 6.º, § 3.º, LICC – A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (...) § 3.º - Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

A coisa julgada existe para dar segurança, tranqüilidade e paz social aos jurisdicionados, evitando discussões inacabáveis. Ocorre que, diante dos recentes progressos da ciência, os quais têm trazido grandes modificações nas relações sociais e, conseqüentemente, ao direito de família, cada vez mais se discute a relativização da autoridade da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

Nas ações em que a paternidade não foi declarada por ausência de provas, antes da possibilidade da realização do teste do DNA e que a ação rescisória já não possa mais ser proposta, é que surgem divergências sobre a possibilidade da propositura de uma nova demanda.

Aqueles que negam essa possibilidade defendem, principalmente, a segurança jurídica trazida pelo instituto da coisa julgada, fundamentando-se na impossibilidade de julgamento da nova ação pelo disposto no artigo 5.º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, o qual dispõe sobre os direitos individuais, assegurando que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Acrescentam, ainda, que, admitindo uma nova apreciação da matéria, haveria prejuízo ao disposto no artigo 471 do Código de Processo Civil, ou seja, que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativamente à mesma lide.

Esses são os argumentos da corrente majoritária, cuja materialização pode ser verificado no Supremo Tribunal Federal conforme decisão já admitida:

Ementa: Investigação de paternidade. Ação negativa de paternidade. Exame pelo DNA. Posterior. Coisa julgada. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo existentes, se, fora da coisa julgada, pudesse

o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do artigo 468 do CPC é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no artigo 485. Assim, a existência de um exame de DNA posterior ao feito já julgado, reconhecendo a paternidade, com decisão transitada em julgado, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. Recuso especial reconhecido e provido. (STJ – Resp. 107.248/RS – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – julgado em 07.04.1998 – DJ 29.06. 1998)⁵⁴,

Em contraposição, embora em menor escala, parte da doutrina entende que é possível a propositura de uma nova ação de investigação de paternidade, com base, agora, no exame de DNA. O fundamento principal dessa corrente está ligado à prevalência da verdade real sobre a verdade formal. Admitir a relativização da coisa julgada significaria proteger o direito humano à filiação e a dignidade da pessoa humana e, somente assim, estabelecer-se um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já se manifestou:

Ementa: Investigação de paternidade. Coisa julgada. Possível a renovação de demanda investigatória quando a ação anterior foi julgada improcedente por falta de provas e não foi realizado o exame de DNA. Os preceitos constitucionais e da legislação de proteção do menor se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, pois não há como negar a busca da origem biológica. Alimentos. Procedente a ação de investigação de paternidade. A verba alimentar deve ser concebida. (Agravo de Instrumento n.º 70004042958, TJRS, Des. Maria Berenice Dias. Julgado em 15.05.2002)⁵⁵

Tendo em vista não ser o instituto da coisa julgada enfoque central desse trabalho, porém admitindo-se a relevância do exame de DNA em diversos ordenamentos do direito de família, e, consequen-

⁵⁴ Acórdão disponível: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 15.mai.2003. 16:04:12.

⁵⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 20.05.2003. 23:00:21.

temente, do direito processual, é que se justifica a breve explanação acima.

4.2 A Recusa à Submissão da Perícia

Embora o exame de DNA esteja sendo utilizado em grande escala nas lides, especialmente nas investigatórias de filiação, cabe ressaltar que a sujeição da parte a essa prova pericial tem gerado polêmicas, mesmo considerando o exame pericial como prova quase absoluta.

Existem três principais correntes a respeito dessa matéria.

A primeira delas admite ser obrigatório a submissão do investigando ao exame de DNA, principalmente quando este for o único elemento de prova possível de ser efetuado. Em havendo recusa da parte, ficará caracterizado o crime de desobediência à ordem judicial, implicando, inclusive, confissão da matéria de fato.

A segunda posição entende que o réu poderia sim se recusar a fazer o exame. No entanto, defendem que sua negativa resultaria na presunção da verdade dos fatos, independentemente do cotejo com outras provas.

A terceira, a qual encontra maior número de adeptos, fundamenta-se na não-obrigatoriedade do exame, admitindo, também, que a negativa por parte do réu não implica presunção da paternidade. Ressalva, porém, que a recusa ao exame poderá reverter-se em seu desfavor, caso o contexto probatório restante assim permita.

Nesse momento, é indispensável esclarecer que não existe no ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos até o momento, qualquer dispositivo que obrigue o réu da ação de investigação de paternidade a submeter-se ao exame pericial solicitado.

Portanto, a questão acerca da sujeição ou não da parte à prova pericial sanguínea ainda não se tornou pacífica entre os julgadores.

Com efeito, diz a Constituição Federal de 1988, no art. 5.º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

Corroborando o exposto, Genival Veloso de França Filho afirma que “cuida-se de prova que envolve a própria pessoa na sua dimensão física e na sua dimensão moral. Portanto, só o investigando pode decidir sobre a conveniência de submeter-se ao teste, certo que arcará com os ônus decorrentes da negativa, mas essa é outra questão”.⁵⁶

⁵⁶ FRANÇA FILHO, Genival Veloso de. *Exame de DNA – Meio de Prova*.

A legislação, no entanto, não silencia totalmente a respeito dessa matéria, postulando regras gerais ao processo probatório.

Existem três hipóteses em que o juiz poderá indeferir a realização do exame de DNA, dispostas no artigo 420, parágrafo único, do Código de Processo Civil. A primeira delas, é aquela em que existirem outras provas para serem examinadas *a priori*; a segunda situação é a existência de outras provas, as quais são suficientes para a comprovação do alegado pela parte; e a terceira se caracteriza pela impossibilidade de efetuar a prova pericial.

A leitura do referido dispositivo é a seguinte:

Art. 420 – A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

Parágrafo único: O juiz indeferirá a perícia quando:

I – a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;

II – for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III – a verificação for impraticável. (grifo nosso)

Especificamente nas ações de investigação de paternidade, pode, por exemplo, o juiz, entender que diante de uma prova testemunhal clara e coerente, sem contradições entre os depoimentos prestados não se faça necessária a utilização da perícia genética. Essa possibilidade não só diz respeito à prova testemunhal, mas a todos os outros meios tradicionais, como os depoimentos pessoais, documentos e etc.

A respeito disso, o STF já orientou:

Ementa: Ação de investigação de paternidade. Artigos 125, 131, 145, 436 e 458, II, do Código de Processo Civil. Dissídio. Laudo pericial pelo método do exame do DNA não relevado. Apreciação do conjunto probatório, incluído outro exame pericial pelo método ordinário, prova testemunhal e ausência de alegação pelo réu da *exceptio plurium concurrentium*. Súmula nº 07 da Corte. 1. Sem dúvida, como já decidiu esta Terceira Turma, a "**independência do juiz e a liberdade de apreciação da prova exigem que os motivos que apoiaram a decisão sejam compatíveis com a realidade dos autos, sendo impossível desqualificar esta ou aquela prova sem o devido lastro para tanto.** Assim, se os motivos apresentados não estão compatíveis com a realidade dos autos há violação ao art. 131 do Código de Processo Civil". Em nossos dias, "**a ciência tornou acessível meios próprios, com elevado grau de confiabilidade, para a busca da verdade real, com o que o art. 145 do Código de Processo Civil está violado quando**

Disponível em: http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_18.
Acesso em: 28/03/2003. 21:36:35.

tais meios são desprezados com supedâneo em compreensão equivocada da prova científica" (REsp nº 97.148/MG, de que fui Relator para o Acórdão, DJ de 08/09/97). 2. Se o Acórdão recorrido, contudo, examina todo o conjunto probatório, relevando a prova testemunhal, outro laudo pericial hematológico pelo método tradicional, a ausência da alegação da *exceptio plurium concubentium*, o tempo de convivência e a existência da vida em comum no período próprio para a paternidade, não se está discutindo tema de direito probatório, mas, sim, de reexame das provas produzidas, o que não é possível, a teor da Súmula nº 07 da Corte. 3. **O afastamento fundamentado do exame hematológico pelo método do DNA, privilegiando o conjunto probatório amplo, devidamente especificado, não viola os artigos 125, 131, 145, 436 e 458, II, do Código de Processo Civil. Ao juiz é dado apreciar livremente a prova produzida, não sendo o laudo pericial o único elemento de convicção** (REsp nº 197.906/SP, da minha relatoria, DJ de 06/09/99); por outro lado, **o grau de confiabilidade do DNA não exclui a possibilidade de erro, não pela técnica em si mesma, mas, sim, pela própria realização, em função da falibilidade humana, não se cuidando da realização de novo exame de confirmação**. 4. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial 317809/MG; 2001/0043198-4, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em: 05/08/2002).⁵⁷

Mesmo diante da inexistência de legislação que regulamente a obrigatoriedade da parte submeter-se à prova pericial, não são poucos estudiosos que defendem essa hipótese. Para esses, a pessoa tem o direito natural de saber quem é seu pai, mas não através de presunções e sim com base unicamente no exame de DNA que fornece segurança jurídica absoluta e por isso deve ser obrigatório.

Entretanto, não há ainda decisões nesse sentido. Ao contrário, o Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus* impetrado durante ação de investigação de paternidade, cassou a determinação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de que o suposto pai fosse conduzido ao laboratório médico “debaixo de vara”, para a coleta de sangue viabilizador do exame de DNA. Sinteticamente, entendeu o ministro Marco Aurélio, em voto vencedor (acompanharam-no os Ministros Sydney Sanches, Celso de Mello, Nery da Silveira, Moreira Alves e Octávio Gallotti), que a determinação judicial cessada afrontara o princípio da legalidade. E mais, caso houvesse tal lei, a sua inconstitucionalidade seria manifesta em virtude dos preceitos que

⁵⁷ Acórdão disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 15.mai.2003. 20:57:02.

resguardam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.⁵⁸

Acompanhando o voto do Ministro Marco Aurélio, Sydney Sanches acrescentou:

“(...) não me parece possível conduzir alguém a juízo e submetê-lo, contra sua vontade, e até à força, à extração de sangue, como também não me pareceria razoável forçá-lo à ejaculação, para obtenção de espermatozoides, nem forçar alguém a fornecer elementos gráficos, de próprio punho, para exame grafotécnico(...)”.

No mesmo sentido, o Ministro Nery da Silveira afirmou que “ninguém pode ser constrangido, contra sua vontade, a um exame que implica extração de material hematológico de seu corpo”.

Dentro desse mesmo entendimento, o acórdão ainda acrescenta “a ordem antecipadamente programada constitui ameaça de coação, porque representará violência contra a liberdade de locomoção do impetrante, cuja recusa foi expressamente manifestada nos autos. Na ordem dada, há ilegalidade e abuso de poder, porque se executa medida restrita de liberdade antes de exaurir-se o julgamento da matéria, pela suscitação nos recursos excepcionais”.

A contrário senso, e mostrando-se vencido, o Ministro Francisco Rezek discordou, afirmando que “o que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física”.

Com efeito, Fernando Simas Filho sugere uma nova regulamentação processual para ação de investigação de paternidade, na qual seria expressamente prevista a realização da prova pericial logo no início da ação, e se não for excluída a paternidade, prosseguir-se-á na forma do rito ordinário.⁵⁹

Cabe ressaltar que a imposição feita pelo Estado de obrigatoriedade na realização do exame não é tão simples, porque, diante dessa inovação jurídica, muitos detalhes ainda seriam objeto de discussão, começando, por exemplo, por definir o custeio do procedimento.

Conclui-se que, recusando-se o réu a submeter-se ao exame hematológico de DNA, mesmo que determinado pelo juiz, não há

⁵⁸ *Habeas Corpus* 71.373-4, do Rio Grande do Sul, Supremo Tribunal federal, relator Ministro Marco Aurélio.

⁵⁹ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 6.ed. Curitiba: Editora Juruá., 1996, p. 177/180.

crime de desobediência, nem hipótese de confissão ficta, porquanto, atualmente, não há amparo legal que possa tipificar tal delito, bem como a negativa do réu não pressupõe a paternidade.

Não obstante o exposto, Eduardo Augusto Jardim faz uma ressalva, afirmando que “o profissional médico não é, por sua vez, obrigado a proceder a coleta médica de material genético contra a vontade do paciente, ainda que por determinação judicial, eis que, eticamente, seu procedimento de recusa será legal”.⁶⁰

4.3. Margem de Erro na Perícia Genética

É sabido que a prova pericial realizada através do exame de DNA pode gerar resultados de exclusão e de inclusão.

Melhor dizendo, o resultado do exame pode excluir a possibilidade de paternidade, não encontrando no suposto pai uma combinação entre o seu DNA e o material do sedizente filho; por outro lado pode demonstrar que o material coletado do investigado apresenta sequência combatível com a do filho.

Tanto para a exclusão como para inclusão da paternidade, a margem de segurança do exame de DNA é de, no mínimo, 99,9999%. Em casos de identidade incerta de um suposto pai, as evidências conferidas pelo teste de DNA podem servir para excluir (100%) um homem de ser o pai biológico de determinado indivíduo ou, se este homem não for excluído, servir como base para calcular a probabilidade (99,9999%) de que ele realmente seja o pai biológico.

Visto desta forma, parece simples entender a sacralização da prova pericial.

A descoberta, no entanto, iniciada pelos estudos científicos do inglês Alec Jeffreys, que, em 1985, descobriu as impressões digitais do DNA, ao notar que certos trechos de sua configuração exibiam polimorfismos, ou seja, ocorriam no genoma em mais de uma forma, representou uma inovação, não só biomédica, mas também jurídica e social.

Essa revolução afetou principalmente as questões relacionadas à declaração de filiação, porquanto trouxe a verdade científica ao processo, considerada inquestionável por muitos.

Nesse momento, porém, é preciso cautela na utilização única da prova pericial, uma vez que, embora incontestável sua utilidade para o

⁶⁰ JARDIM, Eduardo Augusto. *Investigação de paternidade: Sujeição da parte à prova pericial sanguínea (DNA)*. Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br>. Acesso em: 26.fev. 2003. 11:25:04.

direito, é impossível ignorar inúmeros fatores que podem comprometer e prejudicar os resultados ditos inquestionáveis.

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin escreve que:

A prudência na apreciação dos fatos e das provas há que ser retomada para afastar a prejudicial confortável segurança da prova biológica. Por certo, essa dualidade de angulações se põe em conflito, pois nem sempre o comportamento imita a biologia e, também, nem sempre a justiça se encontra no juízo estribado exclusivamente na lógica racional. Na presumida certeza da prova produzida pelo DNA, diminui-se, aparentemente, o risco do erro. Entretanto, a exagerada confiança neste tipo de prova poderá acabar sendo a própria configuração do equívoco.⁶¹

Um dos principais motivos que colocam em dúvida a sacralização da prova pericial através do exame de DNA é a qualidade dos laudos, pois realizados com apuro técnico podem atingir índices de acerto superiores a 99,9999%, mas boa parte dos laboratórios oferece técnicas menos complexas e mais baratas, aumentando a margem de erro.

Em entrevista fornecida à revista VEJA, o geneticista Sérgio Pena afirma que “infelizmente, a confiabilidade do DNA ainda depende muitos de onde você faz o exame”.⁶²

Juridicamente, ainda não há qualquer regulamentação referente à qualidade e técnica a ser verificada nos exames de DNA, o que gera grandes polêmicas a respeito da real garantia fornecida pelo exame.

Entretanto, um aspecto é certo, os laboratórios não estão seguindo uma lógica ao realizar os exames, visto que um bom exame custa em média R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), mas também é possível encontrar análises de DNA por menos de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Pode-se, então, concluir que essa matéria encontra entendimento diverso entre os doutrinadores. Uns entendem que a margem de erro da análise do DNA é insignificante, e, por isso, essa prova pericial oferece ao julgador um elemento sólido e determinante para a construção da verdade. Outros, no entanto, notam que é impossível negar a relevância do exame de DNA no conjunto probatório, salientando, porém, que existe uma distância entre reconhecer o exame como prova importante que traduz a evidência da paternidade e transformar tal

⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996, p. 75/76.

⁶² In Revista VEJA de 19/07/2000, Justiça, págs. 108/109.

reconhecimento em divindade infalível, com poder de dar por encerrada toda e qualquer discussão.

5. Atual Código Civil: Modificações Revelantes

No dia 10 de janeiro de 2002, o Presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou o projeto do Novo Código Civil, que fora aprovado em setembro de 2001 pelo Congresso e que entrou em vigor dia 10 de janeiro desse ano.

As modificações foram, na verdade, um reflexo da atual conjuntura, em que se vive num país modernizado, culturalmente evoluído e com uma visão mais social.

A necessidade de uma nova regulamentação surge juntamente com a evolução da família, através da emancipação da mulher, da criação de métodos contraceptivos, da genética moderna, fatos que transformaram conceitos como casamento, sexo e reprodução.

Nessa mesma direção, Luiz Edson Fachin escreve:

Basta assinalar que, no começo deste século, no momento em que entrou em vigor o Código Civil brasileiro de 1916, tínhamos um modelo de família regulado juridicamente, assentado em quatro pontos fundamentais, que, no final deste século, sofreu uma transformação sensível. Tínhamos o governo jurídico de uma família exclusivamente matrimonializada, hierarquizada, transpessoal e de natureza patriarcal como o modelo da grande família com número expressivo de filhos. Esse modelo, oitenta, noventa anos depois, cede espaço a um texto constitucional que mantém o casamento, seguramente, como fonte das relações familiares, mas retira-lhe a exclusividade, para reconhecer que também há família quando não há casamento, (...) dando sentido à família como uma comunhão de vida, uma história que se escreve a quatro mãos e tem, na sua dimensão sócio-afetiva, uma relação que transcende o vínculo formal.⁶³

Conforme foi visto até esse momento, o advento do Novo Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/02) trouxe ao Direito de Família inúmeras modificações, algumas já previstas em outras legislações e outras apresentadas pela primeira vez ao nosso ordenamento jurídico.

Esse Capítulo será, portanto, uma síntese das principais alterações e acréscimos feitos pela nova lei.

⁶³ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários sobre o Projeto de Código Civil Brasileiro: Direito de Família*. Volume 20, Brasília: Centro de Estudos Jurídicos, Conselho da Justiça Federal, 2002.

5.1. *Filiação*

Os temas de direito de família sofreram as primeiras modificações profundas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual traçou novos rumos à filiação dita ilegítima.

O Novo Código, portanto, em muitos dispositivos, atualizou aquilo que a Carta Magna já previa.

Atualmente, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento poderá ser feito pelos pais, conjunta ou separadamente, sendo irrevogável e feito no registro de nascimento. Não havendo o reconhecimento voluntário, é facultado ao filho, independentemente do momento e da forma da concepção, exigir coercitivamente essa providência por meio de ação de investigação de paternidade.

Anteriormente, o filho só era considerado legítimo quando concebido durante a constância do casamento, sendo condição de legitimidade.

O Código Civil de 1916, nos seus artigos 337 a 351, regulava a filiação *legítima*. O novo ordenamento suprimiu a expressão legítima, estabelecendo um novo título: *da filiação*.

Hoje, não há mais que se falar em filho legítimo ou ilegítimo, porquanto o novo código, no artigo 1596, é expresso ao disciplinar, conforme já era previsto no artigo 227, §6.º, da Constituição Federal/88, que todos são iguais perante a lei, proibindo qualquer forma de discriminação.

Assim está previsto:

Art. 1596 do Código Civil/2002 – Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por doação, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Note-se que, além de suprimir a palavra legítimos de alguns dispositivos, o Código Civil de 2002 passou a substituir legitimação por paternidade.

5.2. *Presunção de Paternidade*

Ratificando o que já era previsto no Código Civil de 1916, a atual lei, no artigo 1597, persistiu em estabelecer a presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento. Dessa forma, como já era previsto no artigo 338 da lei anterior, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...) I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, **separação judicial, nulidade e anulação do casamento**; (*grifo nosso*)

Como se vê, o inciso I foi transcrito integralmente ao novo ordenamento, no entanto, o inciso II apresentou-se acrescido das expressões grifadas acima, sendo suprimida a expressão *desquite*. Passou-se a prever também a nulidade do casamento, o que antes não ocorria.

A modificação que se percebe mais relevante nesse dispositivo é, na verdade, a regulamentação de institutos que nem ao menos eram previstos no Código Civil anterior, quais sejam, a fecundação artificial homóloga, os embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga e a inseminação artificial heteróloga.

A redação assim se apresenta:

(...)

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

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

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido;

Percebe-se, portanto, que os filhos concebidos por reprodução assistida têm sua paternidade reconhecida e os mesmos direitos que os outros filhos, ainda que dissolvido o casamento ou falecido o marido. Fernanda de Favre, advogada especialista em Direito de Família acrescenta que:

Devemos ainda destacar que, embora o Novo Código tenha previsto essas novidades científicas, ele perdeu uma grande chance de se igualar no tempo com os avanços da biogenética, além de estabelecer padrões e regras para preservar o direito dos casais, dos embriões e de todos os profissionais ligados aos exercícios de tais técnicas.⁶⁴

Na realidade, a possibilidade de reconhecimento do filho havido fora do casamento, antes da Lei n.º 10.406/02, já era prevista na Lei n.º 8.560/92, a qual estabelece essa faculdade de forma ampla, e de acordo com a Constituição Federal/88.

De acordo com a lei de 1992, mesmo existindo a presunção de paternidade por parte do marido, é possível à mulher, mesmo na vigência do casamento, reconhecer um filho havido com outra pessoa.

⁶⁴ FAVRE, Fernanda de. *Reprodução Assistida e Filiação*. Disponível em: <http://www.jj.com.br>. Acesso em: 15.mai.2003. 21:05:57

Assegurou-se, nesse caso, o direito de reconhecimento do filho adúltero *a mater*.

Quanto aos efeitos da paternidade, o atual Código Civil prevê, no artigo 1601, que o marido tem direito imprescritível de contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher. Dessa maneira, o legislador estabeleceu, expressamente, a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade.

Portanto, a redação atual é:

Artigo 1601 do Código Civil/2002 – Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade (antes legitimidade) dos filhos nascidos de sua mulher, **sendo tal ação imprescritível**. (*grifei e acrescentei*)

Ficou, portanto, estabelecido que não há mais limite de tempo para que pai conteste a paternidade. Antes, o prazo para a contestação da legitimidade, conforme artigo 178, §§ 3.º e 4.º, inciso I, do Código Civil de 1916, era de 02 (dois) ou 03 (três) meses após o nascimento da criança, conforme se achasse presente ou não o marido.

A jurisprudência, mesmo antes da aceitação expressa pelo atual Código, já vinha decidindo nesse sentido, conforme se vê no seguinte trecho de Ruy Rosado de Aguiar:

A interpretação nem poderia ser diferente, já que o direito de ação de investigação de paternidade é também imprescritível. Pelo artigo 27 do estatuto da Criança e do Adolescente, o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, inexistindo prazo para que o filho promova ação de investigação de paternidade, cumulada com a de anulação do registro de seu nascimento (Superior Tribunal de Justiça, 4.ª Turma, Recurso Especial 155.493, Ruy Rosado de Aguiar, relator, julgado em 16/03/99).⁶⁵

Novamente relevante o comentário de Graziela Cunha ao afirmar que:

A possibilidade de contestar a legitimidade do filho também sofreu mudanças diante da nova técnica científica. Segundo o Código Civil de 1916, o prazo prescricional para ação negatória de paternidade era de dois meses contados da data do nascimento, quando presente o marido. Mas com o advento do exame de DNA, as reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça são pela inadmissão de prazo prescricional para a investigação do estado de filiação. Esse é outro

⁶⁵ Acórdão disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 17.mai.2003. 21:15:05.

exemplo de regulamentação jurídica que sofreu mutações, resultando em sua positivação pelo novo Código Civil.⁶⁶

5.3. Outras Matérias

Quanto às demais matérias previstas no atual Código, pode-se dizer que permanecem iguais às estabelecidas anteriormente. A Lei n.º 10.406/02 ratificou dispositivos já previstos, quais sejam:

- A insuficiência do adultério e da confissão para presumir-se a negativa de paternidade, previstas, respectivamente, nos artigos 1.600 e 1.602;
- A determinação da prova da filiação pela certidão de nascimento, conforme artigo 1.603; a qual só pode ser excluída quando houver erro ou falsidade do registro, de acordo com o artigo 1.604;
- A supressão da certidão e nascimento, em caso de falta ou defeito do assento de nascimento, por qualquer meio, estabelecida no artigo 1.605;
- Atribuição exclusiva ao filho para a ação de prova de filiação, consoante artigo 1.606;

Além disso, foram excluídos os artigos 339, 340 e 342, do Código anterior, os quais previam a presunção de paternidade ao marido da mãe do investigante em alguns casos, ainda que nascesse o filho antes de 180 (cento e oitenta) dias do casamento, e a taxatividade dos casos de contestação da paternidade.

CONCLUSÃO

A presente monografia analisou os principais conteúdos relativos à influência do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade. Na verdade, a partir desse estudo fez-se uma exposição de considerações a respeito do DNA como prova suprema da paternidade.

Observou-se, no entanto, que não há, ainda, uma unanimidade entre os pensadores e aplicadores do direito, porquanto a procedência ou improcedência da ação de investigação de paternidade, baseada unicamente na prova genética, tem gerado diversas controvérsias.

⁶⁶ CUNHA, Graziela. *A imprescritibilidade da ação negatória de paternidade*. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/ej/documentos>. Acesso em: 15.abr.2003. 20:04:52.

Para muitos estudiosos, a descoberta das “impressões genéticas” trouxe para o mundo jurídico a certeza da paternidade, transformando o exame de DNA em prova inequívoca e suprema dentro do conjunto probatório, a qual ingressou no nosso ordenamento como uma solução para o reconhecimento da paternidade.

Entretanto, não são poucos os juristas, geneticistas e outros profissionais ligados às áreas médica e jurídica, que alertam quanto à sacralização da prova pericial, através da análise do DNA. Para esses, é preciso muito cuidado nesse processo de endeusamento do exame, principalmente, tendo em vista implicações de ordem ética e legal. Segundo os estudos analisados, o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se em um momento experimental, no qual sequer temos legislações que regulem temas como reprodução assistida, bancos de sêmens, coleta de material genético, formas padronizadas para realização e obtenção dos resultados do teste de DNA, bem como aperfeiçoamento e fiscalização dos métodos empregados.

Na prática, ainda não se alcançou um nível de certeza inquestionável, pois se verificam, ainda, lacunas no tocante às novas descobertas médico-científicas. É certo, no entanto, que o avanço genético representa-se capaz de solucionar problemas inerentes ao vínculo da filiação, inclusive nos casos em que o suposto pai já é falecido. Dessa maneira, fica muito difícil, para o julgador, negar a existência do estado de filho apontado no laudo pericial, decorrente do exame de DNA, ou afirmar que o vínculo genético existe, se os resultados apontam que a realidade genética é outra.

É momento, portanto, de grandes realizações nesta área, pois a descoberta da tipagem genética é uma realidade médica que, certamente, necessita da criação de uma legislação específica e profunda que regule a matéria e seus tópicos especiais. Apenas dessa maneira, será viável a adaptação do exame pericial à realidade atual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de Almeida. *A prova do DNA: uma evidência absoluta*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_44/Artigos/Art_Maria.htm. Acesso em: 03.abr.2003. 21:17:09.

ALMEIDA, Maria de Lourdes Rachid Vaz de. *O DNA e a prova na investigação de paternidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

AMARAL, José Amir. *Investigatória de Paternidade*. Artigo publicado na Revista da Ajuris n.º 63, fls. 219/223.

- BARBOSA, Bia. *Quem é o pai? Erros em exames de paternidade colocam em xeque credibilidade de muitos laboratórios*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros50.html>. Acesso em: 14.abr.2003. 20:00:04.
- BARBOZA, Heloísa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993.
- BOEIRA, Alfredo Gilberto. *O perfil de DNA como prova judicial – uma revisão crítica*. São Paulo, RT n.º 714.
- BREGA FILHO, Vladimir. *A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade*. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185>. Acesso em: 15.mai.2003. 22:10:46.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *A filiação no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/justicia>. Acesso em: 15.mai.2003. 19:57:03.
- CUNHA, Graziela. *A imprescritibilidade da ação negatória de paternidade*. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/ej/documentos>. Acesso em: 15.abr.2003. 20:04:52.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5.º volume, 12.ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- DRUMOND, José Geraldo de Freitas. *A determinação da paternidade e a sacralização dos testes de DNA*. Disponível em <http://www.unimontes.br/aunimontes>. Acesso em: 26.fev.2003. 13:02:36.
- FACHIN, Luiz Edson. *Comentários sobre o Projeto de Código Civil Brasileiro: Direito de Família*. Volume 20, Brasília: Centro de Estudos Jurídicos, Conselho da Justiça Federal, 2002.
- FAVRE, Fernanda de. *Reprodução Assistida e Filiação*. Disponível em: <http://www.jj.com.br>. Acesso em: 15.mai.2003. 21:05:57
- FRANCA, Genival Veloso de. *O vínculo genético da filiação pelo DNA: sua aplicação nos tribunais*. Jus navegandi, Teresina, a 3, n.º28, fev,1999. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=537>>. Acesso em: 20 fev. 2003. 22:45:02.
- FRANÇA FILHO, Genival Veloso de. *Exame de DNA – Meio de Prova*. Disponível em: http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_18, Acesso em: 28.mar.2003. 21:36:35.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. *Investigação de Paternidade*. São Paulo: Editora de Direito, 2000.
- _____. *O exame de DNA é obrigação do Estado?* Disponível em: <http://www.cosmo.com.br/materia.asp?co=9&rv=Direito>. Acesso em: 20.mar.2003. 22:21:30.

- JARDIM, Eduardo Augusto. *Investigação de paternidade: Sujeição da parte à prova pericial sanguínea (DNA)*. Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br>. Acesso em: 26 fev. 2003. 11:25:04.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas Atuais de Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- MADALENO, Rolf. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MALHEIROS FILHO, Fernando. *Investigação de Paternidade: Temas Polêmicos*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br>. Acesso em: 20 fev. 2003. 22:01:03.
- MALHEIROS, Fernando. *Investigação de Paternidade, Temas Polêmicos*. Artigo publicado na Revista da Ajuris n° 72, fls. 199/218.
- MELO, Mônica de. *Investigação de paternidade*. Disponível em <http://www.ibap.org/direitodamulher>. Acesso em: 26 fev. 2003. 17:10:47.
- MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. *Manual Prático de Direito de Família*. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- PENA, Sérgio D. J. *O DNA como (única) testemunha em determinação de paternidade*. Disponível em <http://www.cfm.org.br>. Acesso em: 20 fev. 2003. 16:20:31.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PINTO, Taciana Jusfredo Simões. *Procriações Artificiais*. Disponível em: http://www.forense.com.br/Atualida/Artigos_DC/procriacoes.htm. Acesso em: 31.mar.2003. 18:52:25.
- RASKIN, Salmo. *Investigação de Paternidade: Manual Prático do DNA*. 1.ª ed., Curitiba: Editora Juruá, 1999.
- _____. *DNA e Investigação de Paternidade*. Jus Navegandi, Teresina, a.3, n.35, out.1999. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=538>. Acesso em: 20.fev.2003. 09:55:01.
- REIS, Clayton. *Inovações ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Volume II, Rio de Janeiro: Editora AIDE, 1994.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: o exame de DNA e sua influência na investigação de paternidade biológica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. Curitiba: Editora Juruá. 5.ed. 1996.
- _____. Fernando. *Investigação de Paternidade: alterações do Novo Código Civil*. 6.ed. Curitiba: Editora Juruá, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 27.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- VENOSA, Sílvio dos Santos. *Direito Civil: Direito de Família*. Vol.VI. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.
- WAINSTOCK, Sérgio. *Investigação de Paternidade*. Disponível em: <http://www. Intermega.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2003. 10:15:58.
- WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 13.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de Família: Questões Controvertidas*. 1.ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- _____. *Investigação de Paternidade*. Vol. II. 1.ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.