



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
FACULDADE DE DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO E ECONÔMICO**

**MICHELLINE SOARES BITTENCOURT TRINDADE LUZ**

**O PERFIL DAS AÇÕES FILIATÓRIAS À LUZ DA ERA DNA**

**SALVADOR  
2008**

MICHELLINE SOARES BITTENCOURT TRINDADE LUZ

## O PERFIL DAS AÇÕES FILIATÓRIAS À LUZ DA ERA DNA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia-UFBA, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Privado e Econômico.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

SALVADOR  
2008

Luz, Michelline Soares Bittencourt Trindade

O perfil das ações filiatórias à luz da era DNA / Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz. – Salvador: [s.n.], 2008.  
339f.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Roxana Cardoso Brasileiro Borges.  
Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2008.

1. Filiação. 2. DNA. 3. Coisa julgada. I.Título.

CDD 346

## TERMO DE APROVAÇÃO

MICHELLINE SOARES BITTENCOURT TRINDADE LUZ

O PERFIL DAS AÇÕES FILIATÓRIAS À LUZ DA ERA DNA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Privado e Econômico, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

---

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Roxana Cardoso Brasileiro Borges – Orientadora

---

Examinador(a)

---

Examinador(a)

Salvador, 11 de agosto de 2008

A todos os autores desconhecidos que, mesmo nessa condição, contribuem sobremaneira para que as noções jurídicas possam ser disseminadas no meio social, viabilizando o acesso ao Direito e transmitindo informação.

## AGRADECIMENTOS

Não são poucos, são especiais...

A Deus, por ter-me dado a oportunidade de vivenciar o meio acadêmico e ter tido a coragem e perspicácia necessárias a elaborar este trabalho de pesquisa, quando, muitas vezes, tive receio de não concretizá-lo. Ele é a força suprema e, com Ele, todos os obstáculos, que não foram poucos, puderam ser superados.

À Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Roxana Cardoso Brasileiro Borges, orientadora acessível, pelo incentivo, compreensão, simpatia e presteza no apoio às atividades e discussões em torno deste estudo e, ainda, pelo seu espírito inovador e empreendedor na tarefa de compartilhar os conhecimentos adquiridos ao longo da vida.

Ao Núcleo do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA, em especial funcionários e Coordenação, pelo apoio e pelas informações prestimosas que obtive para o desenvolvimento da minha vida acadêmica, possibilitando-me chegar a este momento.

Aos meus colegas de curso, alguns que se tornaram amigos pela troca de experiências.

Aos professores do Mestrado, por terem me oportunizado beber na fonte de seus saberes jurídicos.

Ao Sr. Jovino Ferreira Costa Filho, funcionário da Faculdade de Direito, pelo constante sorriso com que sempre me recebeu, pelo afeto que sempre me dispensou e pela atenção que me fora dedicada até nos últimos momentos da conclusão deste projeto.

Ao meu pai, por ter empreendido todos os esforços necessários ao meu desenvolvimento intelectual, e por ser modelo de honestidade e retidão.

À minha mãe, exemplo de perspicácia, de fé e, acima de tudo, de vida. Sem seu apoio eu jamais teria chegado a este patamar.

Aos meus avós maternos, que nutrem um amor incondicional por mim e que sempre mandam energias positivas, sendo demonstrando alto grau de maturidade e sabedoria.

Ao meu esposo, companheiro de todas as horas e parceiro intelectual, que, do seu jeito peculiar, incentivou-me e foi determinante para que eu pudesse concluir a dissertação.

A Sandra Freitas, pessoa que conheci ao longo deste processo, com quem pude trocar informações muito úteis ao desenvolvimento desta dissertação.

A todos aqueles que contribuíram, mesmo que de forma ínfima, para esta experiência enriquecedora e gratificante, da maior importância para meu crescimento pessoal e profissional.

*"Meia pessoa de cada vez  
Assim não era possível atingir toda a verdade  
Porque a meia pessoa que entrava  
Só trazia o perfil de meia verdade  
E a segunda metade  
Voltava igualmente como perfil  
E os meios perfis não coincidiam.  
Arrebentavam a porta, derrubavam a porta,  
Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade  
esplendia seus fogos.  
Era dividida em metades diferentes uma da  
outra  
Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.  
Nenhuma das duas era totalmente bela e  
carecia optar.  
Cada um optou conforme seu capricho, sua  
ilusão, sua miopia".*

Carlos Drummond de Andrade (2004)



## RESUMO

A Carta Magna trouxe novos matizes pelos quais o tratamento filiatório passou a se sujeitar basicamente aos princípios constitucionais, entre eles, à dignidade da pessoa humana, exigindo-se nova postura e interpretação do sistema de presunções antes vigente. Com o advento do DNA, impõe-se uma nova concepção das ações desta espécie, já que a possibilidade de verificação da ascendência com precisão e grau de acerto, permitiu o entrelaçamento do processo com novos conhecimentos sobre a vida. Deste modo, o objeto de estudo deste trabalho é a prova pericial de DNA nas ações filiatórias, como forma de concretização do direito de perfilhação, e seus reflexos na ponderação de interesses, no sistema de presunções legal e judicial e frente ao instituto da coisa julgada. A temática pertinente ao presente trabalho foi escolhida por despertar calorosas discussões, provocar reformulações e contribuir em função da sua relevância, para o aparecimento de novas ponderações e teorias atreladas à perfilhação. Essas discussões também conduzem a uma reflexão acerca da autoridade da coisa julgada, nas ações de paternidade, quando a sentença proferida transitou em julgado, destituída do critério científico da verdade biológica dos fatos, tendo a produção da prova genética (Era DNA) restado impossibilitada. Pretende-se, assim, verificar os meios de assegurar a aplicação coexistente dos princípios em conflito, sopesando o bem que deve prevalecer, tendo como norte a busca da verdade real.

Palavras-chave: DNA; filiação; paternidade; prova pericial; coisa julgada.

## **ABSTRACT**

The Constitution brought new shades for which the filiation treatment passed to subject basically to the principles constitutional, between them, to the dignity of the person human, demanding a new position and interpretation of the before effective system of presumptions. With the advent of the DNA, a new conception of the actions of this species is imposed, since the possibility of ancestry verification with precision and rightness degree, allowed the interlacement of the process with new knowledge on the life. So, the object of study of this work is the expert proof of DNA in the filiation actions, as form of concretion of the adoption right, and its consequences in the balance of interests, in legal and judicial system of presumptions and front to the institute of the judgeship thing. The thematic pertinent one to the present work was chosen by awaking warm quarrels, provoking reformulations and to contribute in function of its relevance, for the appearance of new balances and theories linked to the adoption. These quarrels also lead to a reflection concerning the authority of the judged thing, in the paternity actions, when the pronounced sentence transited in judgeship, destitute of scientific criterion of the biological truth of the facts, having the production of the genetic test (DNA Age) remained disabled. We intend, thus, to verify the ways to assure the application coexistent on the principles in conflict, evaluating the good that must prevail, having as north the search of the real truth.

Keywords: DNA; filiation; paternity; expert proof; judged thing.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2 DO CONCEITO DE FILIAÇÃO</b>	17
2.1 FILIAÇÃO NOS DIPLOMAS BRASILEIROS	21
2.1.1 Código Civil de 1916: o casamento como reduto da legitimidade familiar	21
2.1.2 CF/88: o término de um longo processo de discriminações com a previsão da isonomia formal entre os filhos	25
2.1.3 Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA): a família como núcleo maior a assegurar os direitos do menor	30
2.1.4 Lei nº 8.560/92: a facilitação do reconhecimento aos filhos e a paternidade sob a ótica registral	35
2.1.5 Código Civil de 2002: uma tímida inovação no Direito de Família	38
2.2 DAS VERDADES JURÍDICA, BIOLÓGICA E AFETIVA	42
2.3 ‘DESBIOLOGIZAÇÃO’ DA PATERNIDADE	56
<b>3 AÇÕES FILIATÓRIAS</b>	63
3.1 DIREITO INDISPONÍVEL E OBJETO DA AÇÃO	67
3.2 DA PROVA	71
3.2.1 Considerações gerais sobre a teoria da prova	75
3.2.2 Do elenco de provas possíveis e sua contribuição para a busca da verdade real nas ações filiatórias	81
3.2.3 Negligência e precariedade probatórias	86
3.2.4 O papel do juiz na colheita de provas	90
3.2.4.1 <i>Convencimento motivado e os fins sociais do processo</i>	99
3.2.5 O julgador e a amplitude probatória nas ações de filiação	103
<b>4 DA PERÍCIA GENÉTICA</b>	107
4.1 CONHECENDO O DNA	111
4.1.1 Difusão, acesso ao DNA e questão de infalibilidade e regulamentação	118
4.2 EXAME PERICIAL OBRIGATÓRIO VERSUS RECUSA DO SUPOSTO PAI EM REALIZAR PROVA PERICIAL	134
4.3 PRESUNÇÃO	145
4.3.1 Indício x Presunção	153
4.3.2 O art. 232 do CC/02 e a Súmula 301 do STJ frente à discussão acerca da presunção judicial x presunção legal	156
4.3.2.1 <i>O artigo 232 do CC/02</i>	161

4.3.2.2 A Súmula 301 do STJ	165
<b>4.3.3 Os projetos arquivados e em trâmite com vistas à solução das ações filiatórias</b>	170
<b>5 COISA JULGADA</b>	175
5.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E PREVISÃO LEGAL	176
5.2 A RAZÃO DO INSTITUTO E O RESPALDO CONSTITUCIONAL	184
<b>5.2.1 O binômio segurança x justiça</b>	189
5.3 REGULAMENTAÇÃO TRADICIONAL E VISÃO GERAL DAS HIPÓTESES DE RELATIVIZAÇÃO	195
5.4 DA NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DIFERENCIADO NO CONTEXTO DAS AÇÕES FILIATÓRIAS	199
5.5 COISA JULGADA <i>SECUNDUM EVENTUM PROBATIONES</i>	215
5.6 UMA NOVA AÇÃO DISTINTA OU AÇÃO RESCISÓRIA?	225
<b>6 PONDERAÇÃO DE INTERESSES</b>	242
6.1 NOÇÃO DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES E O EXAME DE DNA	243
6.2 TEORIA DOS PRINCÍPIOS	249
6.3 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO E COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	255
6.4 ALGUMAS DISTINÇÕES NECESSÁRIAS NO ÂMBITO DAS AÇÕES FILIATÓRIAS	264
6.5 A FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA É LIMITE DE EFICÁCIA PARA O EXAME DO DNA?	275
6.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	282
6.7 O MÉRITO DO DIREITO DE PERFILHAÇÃO	289
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	303
<b>REFERÊNCIAS</b>	316

## 1 INTRODUÇÃO

A partir dos novos matizes introduzidos pela Magna Carta de 1988, o tratamento filiatório passou a se sujeitar, basicamente, aos princípios constitucionais, dentre eles, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), vértice de todo o sistema jurídico vigente, exigindo-se nova postura e interpretação do sistema de presunções antes vigente.

Com o advento do DNA, prova mestra nas ações filiatórias, embora não constitua o único meio de prova a ser utilizado, impõe-se uma nova concepção acerca das ações desta espécie, já que a possibilidade de verificação da filiação biológica com alto grau de acerto (precisão quase absoluta) permitiu o entrelaçamento do processo com a realidade fenomenológica da vida.

Assim, que as ações investigativas de paternidade sejam submetidas a um sistema de coisa julgada diferenciado, peculiar, para atender às idiosincrasias que o direito material impõe, até porque o processo deve ser visto como instrumento para a concretização do direito substantivo correspondente.

Desse modo, o objeto de estudo deste trabalho é a prova pericial de DNA nas ações filiatórias, como forma de concretização do direito de perfilhação, pois nenhuma lei pode privar alguém da utilização de todos os recursos possíveis na busca de sua identidade biológica, e seus reflexos na ponderação de interesses, no sistema de presunções legal e judicial e frente ao instituto da coisa julgada, tendo como pano de fundo a Constituição Federal de 1988.

O exame de DNA como meio de prova pericial do processo civil deve ser viabilizado, sempre que for possível, de forma a determinar precisamente a ascendência nas ações de investigação e de negação de paternidade.

Hão de ser considerados, no entanto, ao tomá-lo como parâmetro para atribuir a paternidade, os princípios convergentes e as regras processuais postas, mesmo que para isso seja necessário verificar qual o direito determinante frente a colisão de interesses, mitigar a aplicação de presunções ante a recusa do suposto pai em se submeter à perícia genética, ou recorrer à relativização da coisa julgada, como forma de aproximar a decisão judicial em ações deste jaez, da verdade fática.

A temática pertinente ao presente trabalho científico foi escolhida por despertar calorosas discussões, provocar reformulações e contribuir, em função da sua relevância, para o aparecimento de novas ponderações e teorias atreladas à perfilhação, uma das máximas da dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, inc. III, CF/88, como motor de propulsão da nova ordem jurídica, que impõe novas visão, postura e interpretação acerca desse direito.

O progresso científico e suas aplicações tecnológicas deflagraram o surgimento de um conjunto de relações sociais e jurídicas, que pode ser analisado, sob o ponto de vista ético, médico, entre outros prismas, como o Biodireito que é entendido como um conjunto de normas jurídicas destinadas a disciplinar essas relações, devendo encontrar justificativas racionais que o tornem legítimo.

Outrossim, é importante destacar que muitas questões do Biodireito vêm sendo desenvolvidas tomando emprestados princípios de Direitos Humanos e de Direitos da Personalidade. Como o Direito não pode se confrontar com o progresso da ciência e podendo-se hoje provar a paternidade através da utilização de métodos científicos avançados, não há como prevalecer antiquadas presunções jurídicas diante de uma realidade nova e o direito fundamental da pessoa humana.

As ações de paternidade são de estado, por excelência, pois se encontra o investigante numa situação juridicamente indeterminada, no aguardo da pronúncia estatal declarando o seu efetivo *status* no seio familiar. Com a Constituição Federal de 1988, a investigação acerca da paternidade foi renovada, tornando o direito do estado de filiação algo independente do matrimônio. Pensou-se, então, ter-se estabelecido um ponto final em matéria de filiação, quando, na verdade, deu-se início a uma nova era, a “Era do DNA”.

A demonstração da ascendência biológica é concebida como direito supremo da personalidade humana, e a busca pela verdade biológica rompe um compromisso arraigado no Código Civil brasileiro com a verdade jurídica baseada na presunção de paternidade. Nesse contexto, a impressão digital do DNA é a “mãe das provas”, em questões de filiação, constituindo um meio de prova pericial usado, atualmente em alta escala, no bojo das ações investigativas de paternidade, alvo de muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

O exame DNA nunca poderia ser descartado pelos julgadores, dado ao grau de indisponibilidade do direito de filiação, não importando o interesse do pai em fazê-lo ou não. O fato é que os Tribunais de uma maneira geral, entendem ser impossível a coerção do pai a efetuar o teste de DNA nas ações de paternidade, mesmo quando há condições de produzir essa prova de excelência, em busca da verdade real, obrigando, assim, o magistrado a julgar o pedido por meio de provas indiciárias.

Nesse momento, surge um conflito legítimo entre o interesse individual da parte que quer resguardar sua intimidade, sua vida privada, sua inviolabilidade corporal, também, protegidos constitucionalmente, além do seu direito de não produzir provas contra si, de um lado; e, de outro, o interesse da sociedade e da outra parte de ver descortinada a verdade a respeito da relação de paternidade, sendo fato notório que a maioria das pessoas que se recusam a se submeter à realização do exame, assim procede como mecanismo de esconder o fato que seria provado cientificamente a partir da realização do exame técnico.

A colisão de direitos fundamentais pode ser resolvida com a aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, voltados à salvaguarda do equilíbrio entre valores conflitantes. Estes princípios guardam, em sua essência, o critério de valorização dos interesses envolvidos, cedendo espaço, o menos sacrificado, ao que, na hipótese concreta, mostre-se mais prioritário.

Nesse passo, dado à relevância do diálogo de fontes, traduzido na análise das provas processuais e científicas, visando ao alcance da verdade real, vem tomando corpo a idéia de se revisitar eventual julgado que não tenha utilizado o critério científico para apurar a paternidade biológica, objetivando torná-lo cientificamente seguro.

Isto conduz a uma reflexão acerca da autoridade da coisa julgada nas ações de paternidade, quando a sentença proferida transitou em julgado, destituída do critério científico da verdade biológica dos fatos, tendo a produção da prova genética restado impossibilitada, pois, à época do processo, não havia sido revelada e nem difundida a tipagem do DNA; ou porque as partes litigantes não possuíam condições financeiras de arcar com o custo do exame; ou, finalmente, quando uma delas, notadamente o investigado, recusou-se, num primeiro momento, a se submeter ao

exame, vindo o DNA a ser realizado após o pronunciamento judicial, que fez coisa julgada material quanto à paternidade.

Emana do texto constitucional a gênese do referido instituto, que assim dispõe no art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A coisa julgada consubstancia-se na imutabilidade do julgamento, quando foram esgotados todos os recursos processuais possíveis para a desconstituição da sentença.

Em assim sendo, questiona-se a relativização da coisa julgada nas ações de paternidade decididas sem a realização do DNA, isto porque a sentença proferida pode, ou não, coincidir com a verdade real, dado à sua estabilidade jurídica, como fruto da persuasão íntima do julgador, e não de uma convicção científica.

Para os que se posicionam contrários à possibilidade de alteração de uma decisão sobre a qual a coisa julgada tenha operado seus efeitos, ostentando, então, um caráter inquestionável, por se revestir do manto da intangibilidade, argumentam que a rediscussão do julgado seria terrificante para a segurança jurídica, ainda que em detrimento do direito humano à filiação e à dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, então, que, embora o tema já tenha sido objeto de várias ponderações, é atual e desperta especial interesse, haja vista o volume de ações de investigação e negatória de paternidade que são ajuizadas hodiernamente e que remetem a um constante enfrentamento do problema.

Pretende-se, assim, verificar os meios que assegurem a aplicação coexistente dos princípios em conflito, sendo que, restando infrutífera a tentativa de harmonização, deve-se partir para a ponderação dos direitos em choque, sopesando os interesses jurídicos de modo a possibilitar a definição de qual deve prevalecer, tendo como norte a busca da verdade genética que é o propósito das ações investigativas de parentalidade.

Nesse sentido, questiona-se: o reconhecimento do amplo e irrestrito direito investigatório de paternidade (assim como o negatório), ante a possibilidade de descoberta precisa da filiação pela perícia genética, está a exigir mecanismos eficientes, no intuito de torná-lo eficaz e liberto de qualquer restrição ou limite, como forma de atender a determinação constitucional, ainda que isso importe no abrandamento do sistema de presunções adotado pela ordem civil brasileira no



tocante à matéria, e no desenho de um novo sistema de coisa julgada para regular as ações filiatórias?

Levanta-se a hipótese de que da colisão dos direitos da personalidade entre si, ou do seu choque com outros bens jurídicos tutelados pela Constituição, como é o caso da coisa julgada (material), encontra-se o direito à prova, que é um direito fundamental, tendo o conflito, pela preponderância de um determinado interesse entre direitos da personalidade contrapostos e/ou entre estes e outro bem, despertado as mais apaixonantes polêmicas.

A maioria dos processualistas pende para a idéia de predominância do direito à prova, a ser produzida à exaustão, notadamente nas ações de paternidade, ante o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do filho de ser reconhecido como tal, que encerra manifesto interesse público e essencial para qualquer ser humano, em detrimento dos direitos à privacidade/ intimidade/intangibilidade corporal, argumentos invocados, por exemplo, para a não submissão do suposto pai ao exame de DNA.

A possibilidade de se rever decisão, sobre a qual já se tenha operado a coisa julgada, nasce da reflexão sobre os interesses juridicamente relevantes, presentes nas demandas investigatórias (e negatórias) de paternidade, ainda mais nos casos em que não se produziu a perícia genética adequada.

Diante da necessidade de se viabilizar meios para o exercício do direito material em questão, amparado constitucionalmente, a solução para conflitos dessa natureza (entre normas de igual hierarquia) é a aplicação dos próprios princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade (ponderação de interesses), como forma de ajustar os interesses convergentes, no caso concreto, com destaque para os valores envolvidos na relação paterno-filial, fazendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao reconhecimento da filiação, se este for o objetivo da ação sob análise.

Tem-se como escopo geral assinalar os parâmetros a serem seguidos quando da ponderação de direitos juridicamente relevantes que, embora recebam igual tutela normativa, entrem em choque na busca pela determinação da paternidade biológica.

Os objetivos específicos deste estudo acadêmico são: traçar as nuances sobre a prova de DNA; apresentar a matriz dos direitos da personalidade que se

debatem no seio das ações de investigação e negatória de paternidade, bem como comentar a construção processual em torno da coisa julgada material; discutir a harmonização ou ponderação dos direitos de perfilhação e de privacidade, no âmbito constitucional, além de verificar a prevalência ou não da coisa julgada material ante o resultado de DNA, obtido após o trânsito em julgado da sentença, principalmente quando não cabe mais ação rescisória; analisar a pertinência de se manter uma situação inverídica, qual seja, a relação filial entre autor e réu, em prol da propalada segurança jurídica das decisões jurisdicionais acobertadas pelo manto da coisa julgada; ponderar acerca da amplitude dos efeitos processuais da Súmula nº 301, editada pelo STJ, observando-se a construção legal prevista no Código Civil de 2002.

## 2 DO CONCEITO DE FILIAÇÃO

O significado de *família*, termo complexo e polissêmico, vai além do sentido comum<sup>1</sup>, podendo ser definido a partir de diferentes pontos de vista e enfoques (BLIKSTEIN, 2008, p. 7).

Ainda segundo o supramencionado autor, os filósofos Ernout e Meillet (1967) lecionam que, desde a antiguidade latina, a noção de família já está envolvida com o conceito de autoridade do *pater*<sup>2</sup>, “pai”. Família que provém de *famulus* “servidor” passou a significar a casa inteira: mulher, filhos e servidores que viviam sob o domínio do chefe, o *pater familiae*.

Contraopondo-se ao poder do *pater familiae*, havia o apagado papel jurídico da *mater*, “mãe”. Historicamente, dentro de um tronco ancestral comum, as funções do homem e da mulher sofreram grandes alterações. Com o enfraquecimento do conceito romano de *pater familiae*, a família adquiriu um caráter mais religioso e sacramental, inclusive com a democratização das relações internas, já que cada qual passou a assumir o seu papel familiar, tendo a consangüinidade importância fundamental na vinculação biológica.

Nesse sentido, afirma-se que, em sentido *latu*, família é o conjunto de pessoas que descendem de um mesmo tronco genealógico, são membros unidos por laços sangüíneos, abrangendo, desta forma, os parentes em linha reta ou colateral, bem como os parentes por afinidade, conforme declara o Código Civil Brasileiro de 2002<sup>3</sup> em seus dispositivos referentes às relações de parentesco.

Em sentido restrito, o termo família, representa o conjunto de pais e filhos, ou seja, o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio. Para o eminente

<sup>1</sup> “Quando se procura definir família, alguns significados ocorrem de imediato ao senso comum: principal forma de agrupamento dos indivíduos em busca da perpetuação da espécie; célula-mãe da sociedade; cenário em que o ser humano se educa e se forma; comunidade constituída por um homem e uma mulher, unidos por laço matrimonial (ou de união estável) e pelos filhos nascidos dessa união; comunidade constituída por um dos genitores e seus filhos (monoparentais)” (BLIKSTEIN, 2008, p. 7).

<sup>2</sup> Enquanto ‘genitor’ designa o pai que gerou fisicamente o filho, *pater* é a figura social conjuga as funções de chefe da casa (em grego, o *oikou despotes*, “dono da casa”), representante do judiciário, chefe político e religioso. É o *pater familiae*.

<sup>3</sup> Art. 1.591 do CC/02. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592 do CC/02. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.595 do CC/02. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. Estes artigos guardam correspondência com os arts. 330, 331 e 334 do CC/16, respectivamente.

jurista Pontes de Miranda (1989, p. 546): "[...] em sentido especial compreende o pai, a mãe e os filhos".

[...] Às vezes exprimia a reunião das pessoas colocadas sob o poder pátrio ou *manus* de um chefe único. A família compreendia, portanto, o *pater familias*, que era o chefe, os descendentes ou não, submetidos ao pátrio poder, e a mulher *in manu*, que se considerava em condição análoga à de filha: *loco filiae*. O *pater familias* e as pessoas sob seu poder eram unidos entre si pelo parentesco civil (*agnatio*) (PONTES DE MIRANDA, 1989, p. 546).

Note-se, que em tempos de outrora, a família, cujo vínculo matrimonial era indissolúvel, era percebida não apenas pelos laços de sangue, mas também pelo patrimônio constituído pela união dos genitores, como bem salienta Perrot (1991, p. 105): "a família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é fluxo de propriedade que depende primeiramente da lei".

Nesse diapasão, é oportuna a colocação de Farias e Rosenvald (2008, p. 475) sobre a família quando a elegem "como o instrumento ideal", o *locus privilegiado* no qual a pessoa humana nasce e "onde trava relações diversas com outras pessoas", com o objetivo de atingir o desenvolvimento das suas personalidades e concretização plena de sua personalidade. Continuam os autores afirmando que, ao se partir dessas idéias gerais, "é possível vislumbrar a filiação como um dos mecanismos de formação dos núcleos familiares" e, por via de consequência, um dos meios de "realização da personalidade humana".

Enfim, não resta dúvida de que, dentre as múltiplas relações de parentesco, a mais relevante, em razão da proximidade do enlace firmado e a sólida afetividade decorrente, é a filiação, sobressaindo o vínculo existente entre pais e filhos, nominado de 'paternidade' ou 'maternidade', sob a perspectiva dos pais.

Atualmente, o conceito de paternidade encontra-se fracionado entre os liames: jurídico<sup>4</sup>, biológico e sócio-afetivo. Desse modo, os conceitos de família e de filiação<sup>5</sup>, bem como suas definições no mundo jurídico vêm evoluindo desde a

<sup>4</sup> Para se referir ao critério jurídico de filiação são, também, utilizadas as expressões: legal, presumida, formal, matrimonial, registral, entre outras.

<sup>5</sup> Sob o prisma sociológico, tem-se como filiação o resultado das relações interpessoais na concretização do desejo pela perpetuidade da espécie. Segundo Brauner (2000), o acontecimento da reprodução significaria algo mais do que a mera comprovação de maturidade sexual e de fertilidade, ele estabeleceria uma nova etapa na vida adulta quando a responsabilidade pelo destino deste novo ser torna-se um dever, frente à família e a sociedade.

filiação biológica até a atual filiação sócio-afetiva. Destaque-se que causou profundo impacto sobre o critério legal<sup>6</sup> de determinação filiatória o avanço das pesquisas científicas, em especial, com o uso do exame de DNA.

Etimologicamente, a expressão “filiação” deriva do latim *filiatio*, termo utilizado para distinguir a relação de parentesco estabelecida entre as pessoas que concederam a vida a um ente humano e este. De *iure constituto*<sup>7</sup>, filiação é o vínculo existente entre pais e filhos. Conforme a boa lição de Netto (2005, p. 1.200):

Na relação filho e pai e filho e mãe, o traço marcante é a consangüinidade em linha reta de primeiro grau. A par da consangüinidade, há a filiação civil, decorrente da adoção (art. 1593/art. 330 CC1916), além da filiação social (arts. 1593 e 1597, V). De *lege ferenda*, não há de perder de vista a paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho.

A filiação, pois, é fundada no fato da procriação, pelo qual se evidencia o estado de filho, indicativo do vínculo natural ou consangüíneo, firmado entre gerado e progenitores.

Antonio Chaves (*apud* PAULO FILHO, 2006, p. 337) afirma que a “filiação constitui o vínculo existente entre pais e filhos, ou seja, a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhes deram a vida”.

Por sua vez, Diniz (2005) lembra que nem sempre este liame decorre de união sexual, porquanto pode decorrer de inseminação artificial homóloga (art. 1.597, III, do CC) ou heteróloga (adulterio casto), desde que tenha havido autorização do marido ou ainda fertilização *in vitro* ou na proveta.

Assim, a supracitada autora classifica a filiação em legítima (surgida de duas pessoas ligadas pelo casamento ao tempo da concepção), legitimada (surgida da união de duas pessoas que, após o nascimento do filho, vieram a casar) e ilegítima (decorrente da união de pessoas que estão impedidas de casar), podendo a filiação ser espúria (adulterina ou incestuosa) ou natural.

Mas a paternidade ou maternidade já não leva em conta essa classificação, na medida em que, hoje em dia, ser mãe ou pai, não significa apenas ser alguém

<sup>6</sup> Este critério está assentado na presunção, oriunda da máxima absorvida no Direito Romano: “[...] *pater is est quæm justæ nuptiæ demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias, pelo casamento)” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 495).

<sup>7</sup> Pelo direito vigente.

que gerou ou que seja geneticamente vinculada à criança, mas sim, significa uma pessoa que cria, amparando, dando carinho, amor e educação, ou seja, dando dignidade à criança, exercendo, de fato, as funções de pai, visando a atender ao seu melhor interesse. O que não significa, nem de longe, a imprestabilidade do método biológico de determinação da filiação, que se vale, hoje, da moderna técnica do DNA, para apontar, com precisão científica, a ancestralidade.

A supramencionada classificação era observada no período anterior à Constituição Federal vigente, quando o sistema brasileiro fazia distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, sendo, inclusive, mencionado por ocasião do registro, tornando-os alvo de discriminações. A classificação da filiação em legítima e ilegítima, desta forma, tinha por base a situação jurídica dos geradores, conforme Boeira (1999, p. 30):

[...] extremado-se os filhos gerados por pessoas casadas - filhos legítimos - daqueles provenientes de relações extramatrimoniais - filhos ilegítimos -, derivando daí histórica e odiosa discriminação, justificada pela proteção legislativa à chamada família legítima estabelecida pela união matrimonializada, em detrimento dos filhos nascidos de relação extraconjugal.

O panorama vetusto acerca da filiação manteve-se, portanto, até a entrada em vigor da *Lex Fundamentallis* de 1988, que derrubou o rigor do sistema de presunções que se manteve por mais de vinte séculos, suprimindo qualificações discriminatórias em relação à filiação, garantindo, assim, a isonomia no tratamento entre filhos.

Por isso, autores como Queiroz (2001, p. 52) afirmam que:

[...] o novo comportamento cultural, no tocante à paternidade, insere o mundo moderno em outro contexto social, em que a função de pai deve ser exercida no maior interesse da criança, sem que se atenha à própria pessoa em exercício da referida função.

Os autores que defendem esse ponto de vista, a exemplo de Welter (2003) e Nicolau Jr. (2006), julgam que o verdadeiro vínculo que liga pais e filhos é o afetivo e, portanto, esses pais certamente podem não ser os biológicos. Nas adoções, por exemplo, estabelecem-se filiações sócio-afetivas onde os vínculos entre pais e filhos tornam-se bem mais fortes que nas biológicas.

A condição jurídica de filho passou a poder ser investigada (e, por igual, negada pelo genitor) sem óbices ligados ao estado civil ou parentesco, sendo a ação investigatória disponibilizada para todo aquele que pretende regularizar o seu *status familiae*, sendo irrelevante a situação jurídico-familiar do investigante e do investigado.

Deste modo, busca-se, nesse momento, esclarecer de que forma se estabelece a filiação com base nos Diplomas brasileiros, abordando os critérios jurídico, biológico e afetivo, bem como a desbiologização da paternidade.

## 2.1 FILIAÇÃO NOS DIPLOMAS BRASILEIROS

A disciplina da filiação era juridicamente prevista no direito material, no CC/1916, em sua parte especial, livro I, arts. 180 a 484, constando da parte especial do CC/2002, em vigor, livro IV, arts. 1.511 a 1.783. Nesse interregno, vieram a lume inúmeros textos legais esparsos acerca da filiação, tendo esse tema merecido especial atenção na CF de 1988.

Destaque-se que a maioria dos textos legais volta-se para o reconhecimento paulatino, mas cada vez maior, dos direitos dos filhos extramatrimoniais, caracterizando-se como lenta essa evolução do reconhecimento dos direitos dos filhos nascidos de par não unido pelos laços matrimoniais. Em suma, na seqüência, os principais diplomas adotados como norte para os fins aqui pretendidos.

### 2.1.1 Código Civil de 1916: o casamento como reduto da legitimidade familiar

A leitura do Código Civil (CC) de 1916 permite perceber que, em épocas passadas, o fato nascimento é que definia a paternidade, como se vê no art. 347 (revogado pela Lei nº 8.560, de 29.12.1992) que estabelecia: “a filiação legítima prova-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no registro civil”.

Note-se que o Código Civil não fornecia o significado da expressão família, muito embora a reconhecesse e a resguardasse, porém, as Constituições brasileiras<sup>8</sup> a partir 1934 traziam, em seu texto, a noção de família, a qual era

---

<sup>8</sup> Art. 144 da CF/34. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

condicionada a idéia de casamento, de modo que se tinha como família o grupo social de sangue com origem no matrimônio válido, portanto, a família legítima. As Constituições de 1824 e 1891 não traziam qualquer menção com relação à formação do instituto *familiae*.

Pode-se dizer, então, que o referido Código, no que concerne às relações familiares, buscou como fundamento valores que possibilitassem a estruturação da família calcada no vínculo matrimonial e submetida à autoridade patriarcal, cujo intuito era, essencialmente, a segurança e a preservação da filiação oriunda do casamento.

Assim, inspirado pelos influxos patrimoniais e individualistas predominantes à época, no Código Civil de 1916 asseverava-se a filiação como o “laço firmado entre a pessoa que nasce e os seus genitores”, como preconizava Espínola (2001, p. 490), realçando seu caráter biológico.

No que tange à filiação, existia, portanto, uma diferenciação entre filhos ilegítimos e legítimos e entre adotivos e naturais. Por exemplo, pelo que rezava o art. 377, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolveria a de sucessão hereditária. O art. 359, por sua vez, dispunha que o filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderia residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Observa-se que a lei acatava a paternidade jurídica cuja finalidade era proteger aquele que tivesse nascido sobre os liames do matrimônio. Portanto, não importava tanto quem era o pai biológico, até porque não se podia provar cientificamente o vínculo, caso houvesse dúvida. Ao contrário, admitia-se que a presunção de paternidade atribuída ao filho nascido na constância do casamento

Art.124 da CF/37. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção de seus encargos.

Art.163 da CF/46. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

Art.167 da CF/67. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

Art.175 da Emenda/69. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º. O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Art.226 da CF/88. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º. O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.



tinha por fim prestigiar a família, único reduto no qual, à época, a procriação era vista como legítima.

Tal pensamento era justificado em nome da falsa segurança jurídica, buscando evitar a adulterinidade a matre, já que pelo tratamento legal vigente o homem sobrepujava a mulher. A verdade biológica, então, era uma verdade proibida, sendo considerado filho somente tido como tal no sentido jurídico.

Portanto, a necessidade de preservação do núcleo familiar, estabelecida por meio da presunção de paternidade, prevalecia em detrimento da verdade auferida pelo fato natural da procriação. Isso justifica o fato de Dall’Alba (2008) apontar a família como um dos três pilares do Código Civil de 1916.

Dessa forma, perdurou, durante quase um século, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, subdividindo-se estes em adulterinos, incestuosos ou naturais. Acredita-se que essa distinção objetivava apenas identificar a circunstância na qual havia sido gerada a criança: se dentro ou fora do casamento.

No panorama que antecedeu o Código Civil de 1916, “Dúvida não havia quanto à precariedade do tratamento jurídico emprestado aos filhos de pessoas não casadas, permitindo perceber a importância do casamento para o Direito de Família como um todo”, é o que comentam Farias e Rosenvald (2008, p. 478). Inclusive, na mesma obra, um pouco mais adiante, procuram contextualizar aquele momento histórico, citando, para sintetizá-lo, a frase de Napoleão: “a sociedade não tem interesse em que os bastardos sejam reconhecidos”.

Segundo Guimarães (2001, p. 70), “foi a dificuldade na fixação da descendência paterna que fez surgir sua forma presumida, uma ficção que o direito romano elaborou e levou para incontáveis codificações civis do mundo”.

Ainda com base no referido autor, sabe-se que o período existente entre a concepção do filho e seu nascimento possui variações temporais estatisticamente verificadas. Neste período, a mesma mãe pode ter tido também relações sexuais com outro homem, tornando duvidosa a paternidade do marido.

Levando em conta essas possibilidades, geradoras de incertezas quanto à filiação, o legislador civil estabeleceu, pelo art. 338, adiante citado, a segunda forma de paternidade presumida, resguardando, assim, a família conjugal:

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento: I - os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339); II - os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação (BRASIL, 1916, p. 42).

Verifica-se, neste dispositivo de lei, a regra pela qual são presumidamente tidos como concebidos no casamento os filhos nascidos a partir do 6<sup>o</sup> (sexto) mês da convivência conjugal, ou no período até o 10<sup>o</sup> (décimo) mês, no máximo, após a dissolução da sociedade conjugal, seja por morte, divórcio, separação judicial ou anulação do matrimônio.

Sobre o CC de 1916, vale observar, ainda, que o legislador adotou a proibição de reconhecimento de paternidade, tanto na forma voluntária como na forçada (judicial), para os filhos incestuosos e adulterinos. Diga-se o mesmo da investigação de maternidade.

Porém, o art. 363 da lei adjetiva civil em comento veio a permitir ação de investigação de paternidade dos filhos ilegítimos contra os pais ou seus herdeiros que não coubessem nas disposições do art. 183, I a VI, o que vale dizer que o aludido Código não concedeu faculdade aos espúrios para demandar a paternidade, mais precisamente aos filhos de pessoas impedidas de se casar, pelos óbices consignados no referido artigo, como se vê:

Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209): I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil; II - os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo; III - o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 376); IV - os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não, e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 376); VI - as pessoas casadas (art. 203) [...] (BRASIL, 1916, p. 23).

Os filhos espúrios (incestuosos e adulterinos) na vigência do referido Código, somente podiam intentar ação de investigação de paternidade para fins de alimentos (CRUZ, 2001).

Conforme se viu, foram muitas as injustiças cometidas contra os filhos ilegítimos de toda ordem. Se, naquela fase, a ascendência genética dever-se-ia igualar com a formulação do direito, sob pena de banir do sistema os filhos que não se adequavam aos estritos limites da lei, hoje, ao contrário, assiste-se à chamada

'desbiologização' da paternidade/maternidade, mesmo diante da importância do exame de DNA.

Em síntese, o CC de 1916, desde então, não era o instrumento legal mais moderno para o trato com o direito de família, uma vez que suas disposições são do início do século XX e já foram ultrapassadas, tanto pela Lei de Divórcio de 1977, a mais importante e substancial das leis extravagantes que tratam do direito de família, como pela Constituição Federal de 1988.

### **2.1.2 CF/88: o término de um longo processo de discriminações com a previsão da isonomia formal entre os filhos**

Com o processo de urbanização, os costumes foram sendo substituídos e a grande prole deu lugar a um número cada vez mais reduzido de filhos. Além disso, houve a possibilidade de maior convívio entre estes e os pais, dando margem a um relacionamento mais próximo, pautado na preocupação de um membro da família com os demais, permitindo a abertura de espaço para o afeto bem como indicando um início de modificação no modelo tradicional de família. Desta forma, o enxugamento da família acabou contribuindo para que ela pudesse se tornar uma comunidade mais coesa, com maior proximidade entre seus membros (CARBONERA, 2000, p. 283).

Corroborando essa mudança social, a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 inaugura uma nova fase do direito civil, alterando, sobremaneira, a base do direito de família, que, abandonando seu caráter privado-patrimonialista, passa a atender, a buscar e a satisfazer anseios da pessoa, como membro inerente à família.

Assim, mesmo presente, apenas, um dos genitores e seus descendentes já se configura uma família, apagando de uma vez por todas o ranço discriminatório de classificar a prole em legítima, legitimada e ilegítima, a última dividida em natural, incestuosa ou adúltera. Filhos agora são apenas filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, de modo que os tribunais passaram a se orientar da seguinte forma:

Filiação incestuosa - Direito a herança. Com a vigência da Lei nº 6.515/77, que deu nova redação ao artigo 2º da lei 883/49, o filho incestuoso passou a ter direito a suceder, em igualdade de condições com os legítimos. Não lhe sendo dado, até a Constituição de 1988, pleitear o reconhecimento da paternidade, esta haveria de ser examinada e decidida *incidenter tantum*, como questão prejudicial, para o único fim de assegurar-se o direito a herança (STJ, 1990, p. 260)<sup>9</sup>.

Finalmente, a relação pais e filhos ingressou, de forma plena, no terreno da igualdade jurídica, campo onde se torna possível a valorização das pessoas e de seus sentimentos.

Neste ponto é importante observar que, embora anteriormente pudesse existir vontade do genitor para o reconhecimento do filho ilegítimo, motivado seja por questão de consciência ou por afeto, a proibição jurídica imperou por tempo significativo. Com o abrandamento do rigor legal, a esfera do desejo pessoal e do sentimento aumentou e o afeto definitivamente ganhou espaço nas relações paterno-filiais (CARBONERA, 2000, p. 288-289).

O respeito à dignidade da pessoa humana tornou-se, então, um comando jurídico no Brasil. Após mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar, a Constituição democrática explicitou, no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...] (BRASIL, 2002, p. 1).

A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.

A transposição das normas diretivas do sistema de direito civil do Código Civil para o da Constituição da República, segundo Sarlet (2003), acarretou conseqüências jurídicas decisivas que se delineiam a partir da alteração da tutela, que era oferecida pelo Código ao “indivíduo”, para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana. O texto Constitucional, sem limitar as relações privadas e civilísticas, dá maior eficácia aos institutos codificados,

<sup>9</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. RESP nº 526. Relator: Eduardo Ribeiro. Data de julgamento: 18.11.90. DJ de 19.11.90, p. 260.

revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica. É a constitucionalização do direito civil.

[...] enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência é de ser atribuída às situações existenciais, ou não patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a tutela prioritárias. Por isto, neste novo sistema, passa a ser tuteladas, com prioridades, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos consumidores, dos não-proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimas (MORAES, 1998, p. 127).

O fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais. A essa igualdade básica, denominada igualdade formal, acrescentou-se outra, a igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade (SARLET, 2003).

Desse modo, a CF/88 não confere proteção apenas a quem efetivamente possui direito em face de uma lesão concreta, pois qualquer um pode requerer a tutela jurisdicional de forma ampla. Contudo, como decorrência da garantia da dignidade a todas as pessoas e tendo em vista a natural colisão de interesses e direitos, ocorrerá, no limite, o embate entre dignidades. Nesse caso, o princípio instrumental da proporcionalidade possibilitará a solução.

Por esse princípio, no exame do caso concreto, verifica-se se algum direito ou princípio está em conflito com o da dignidade e este dirigirá o caminho para a solução, uma vez que a prevalência se dá pela dignidade, comparecendo, aí, a proporcionalidade, apenas para auxiliar na resolução (DIDIER JR., 2006).

Foi assim que, entre outras medidas, a CF/88 ampliou o conceito de casamento, como gerador de família, e nele incluiu o conceito de entidade familiar (art. 226), a partir da realidade social, ou seja, da união de pessoas sem a formalização do casamento, ou pelo vínculo monoparental, mas com a mesma igualdade de filiação (art. 227) da família matrimonializada (BOEIRA, 1999).

Vê-se inconcebível atribuir à norma jurídica a determinação de afeto entre pessoas e, por conseqüência, a família, requisito inerente à afinidade e aproximação

sentimental, mas o Direito tão-somente intervém para regular socialmente esses efeitos humanos decorrente da união, declarando as relações que surgem da constituição do ente social que se formou.

Desta maneira, o afeto e a família são comumente referidos como dados, como fatos, embora sejam abstrações de difícil determinação. Presentes, um e/ou outro, em algum momento da vida das pessoas, especificamente, com relação ao afeto, é preciso lembrar que não diz respeito apenas àquilo que se denomina de "amor", mas, sim, a todos os sentimentos que unem os indivíduos.

Carbonera (2000, p. 286) destaca esse panorama, buscado pelo conceito de família, protegida pela Constituição Federal:

A família ganhou dimensões significativas e um elemento que anteriormente estava à sombra: o sentimento. E, com ele, a noção de afeto, tomada como um elemento propulsor da relação familiar, revelador do desejo de estar junto a outra pessoa ou pessoas, se fez presente. Diante disto, o Direito paulatinamente curvou-se e demonstrou, através da legislação e da jurisprudência, a preocupação com este "novo" elemento, mesmo que inicialmente de forma indireta.

Neste sentido, rompe-se, de certa maneira, com as definições puramente biológicas e formas de família, concebendo-a como uma comunidade onde há, além da consangüinidade, o afeto. A abstração dos termos leva a buscar elementos identificáveis nas práticas e na simbologia dos grupos sociais, que permitem reconhecer relacionamentos que possam ser nomeados de "família sócio-afetiva". Ainda assim, não se pode deixar de constatar a grande valia do DNA, que permanece a serviço do estabelecimento do estado de parentesco.

Foi desse modo que a redemocratização do país imprimiu uma concepção mais lúcida e libertária sobre a filiação e, de modo especial, a respeito da família, dedicando um capítulo para normatizá-la, bem como à criança, ao adolescente e ao idoso (arts. 226 a 230).

O art. 226, *caput*, preconiza que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. A Constituição de 1967, art. 167, dizia: "a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos".

Pela simples leitura dos textos, conclui-se que a família, na Constituição vigente, não é somente a fundada no casamento. Ao lado da família tradicional, há a família constituída informalmente, e ambas merecem proteção.

A família mencionada no art. 226 da CF/88 deve ser entendida no sentido amplo, em um plano de igualdade, sem discriminações, sem qualificações, sem designações depreciativas. Oliveira e Muniz (1990, p. 19) assinalam que:

[...] a família a margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento, de estabilidade e responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos.

Percebe-se, portanto, após o advento da Constituição Federal, uma profunda valorização da convivência familiar e das relações de afetividade, pautadas, sobretudo, no princípio da paternidade responsável.

Prova disso é que, modernamente, os tribunais brasileiros têm, de certa forma, focado a paternidade sobre o espectro da função, relegando ao segundo plano o ato da procriação, ou seja, segundo Lobo (*apud* DONIZETTI, 2007), pai é aquele que cria e não apenas aquele que gera. Isso leva autores como Carbonera (2000) a questionarem, a essa altura, o porquê da necessidade de se conhecer a identidade genética, uma vez que a concepção de família atualmente engloba também a complexidade das relações de afeto.

Quanto aos filhos, a Carta Política de 1988 deu-lhes os mesmos direitos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6<sup>º</sup>).

Por isso, hoje, há plena igualdade entre os filhos, acabando-se com as discriminações antes existentes. Veloso (1997, p. 87) comenta que:

A lei maior não tem preferidos, não elegeu prediletos, não admite distinções em razão de sexo, aboliu por completo a velha ditadura dos varões e acabou, definitivamente, com a disparidade entre os filhos, determinando a absoluta igualdade entre eles, proibindo, inclusive, os designativos que funcionavam como autêntica maldição. As denominações discriminatórias relativas à filiação não podem mais ser utilizadas. Filho de qualquer origem ou procedência, qualquer que seja a natureza da filiação, é filho, simplesmente filho, e basta, com os mesmos direitos e deveres de qualquer outro filho.

Nesse sentido, o legislador ordinário aprovou a Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, que revogava expressamente o art. 358 do CC de 1916, pelo qual os filhos incestuosos e adúlteros não poderiam ser reconhecidos.

Segundo Cruz (2001), houve quem reconhecesse que a CF/88 só tinha revogado o art. 358 do CC, estando vigente as disposições do art. 363 do mesmo código, de maneira que os filhos ilegítimos não poderiam intentar ação de investigação de paternidade, pois que aos filhos havidos fora do matrimônio, ou de pais proibidos de se casar, por parentesco próximo ou afinidade em linha reta, só estava permitindo o reconhecimento voluntário.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo instado a enfrentar a matéria, entendeu que o texto constitucional havia dirimido toda a questão discriminatória sobre filiação, pois os preceitos constitucionais vigentes mereciam exegese liberal e construtiva, repudiando discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica (CRUZ, 2001).

Desse modo, é inegável que a Constituição Federal de 1988, sabiamente cognominada de “Constituição Cidadã”, em matéria de direito de família, deu um enorme salto à modernidade, corrigindo distorções e colocando o País dentre os mais avançados nessa área.

Além disso, com vistas a dar efetividade ao estatuído no Capítulo VII, em especial, aos direitos referentes à criança e ao adolescente, institui-se, por Lei Ordinária, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de junho de 1990).

### **2.1.3 Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA): a família como núcleo maior a assegurar os direitos do menor**

A Lei nº 8.069, de 13/07/1990, apelidada de ECA, procurou regulamentar o disposto na Constituição Federal, no que concerne à condição jurídica da criança e do adolescente, garantindo-lhes uma enorme gama de direitos, na esteira de instrumentos internacionais, naquilo que dizem respeito aos direitos humanos assegurados à criança e ao adolescente (MONACO, 2002, p. 45-46).

Fundado na premissa dos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, o ECA, em seu art. 4º estabelecia que:



É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990, p. 1).

Desse modo, a criança e o adolescente passaram a gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral descrita na lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Cumprindo, ainda, como importante esforço legislativo, reflexo da igualdade constitucionalmente assegurada, o estabelecimento do art. 20, pelo qual os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas discriminações.

O art. 21, por sua vez, estabeleceu regra peremptória segundo a qual “a autoridade parental será exercida em igualdade de condições pelos pais, com a possibilidade de recurso à autoridade judiciária em caso de divergência” (LEITE, 1994, p. 192).

Esta Lei regulou, também, o reconhecimento voluntário e coativo da filiação, dispondo em seu artigo 26 que:

Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes (BRASIL, 1990, p. 3).

O referido dispositivo, portanto, assegura o direito de reconhecimento dos filhos, qualquer que seja a origem da filiação, podendo constar do termo de nascimento, de testamento, de escritura ou outro documento arquivado em cartório. Os pais podem reconhecer o filho, conjunta ou separadamente, antes ou depois do seu nascimento e até após a sua morte, se deixar descendentes. Como se vê, o referido artigo, já com linguagem e extensão compatíveis com os novos ditames constitucionais, regulou inteiramente a matéria tratada no art. 357 e parágrafo único do Código Civil de 1916, que, assim, ficaram tacitamente revogados.

Quanto às formas do reconhecimento voluntário da filiação, esta Lei manteve a manifestação no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento, que já constavam no art. 357, e inovou ao admitir o reconhecimento através de outro documento público.

A primeira parte do parágrafo único do art. 26 diz que o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho. Mas o filho já deve estar concebido, aplicando-se o art. 4º, segunda parte, do CC de 1916: “mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. A eficácia do reconhecimento do nascituro fica na dependência de ele vir a nascer com vida, adquirindo personalidade. Não se trata de uma condição, no sentido técnico, restrito, conforme mencionado no art. 114, também, do CC de 1916, cujo art. 361 dispunha que: “Não se pode subordinar a condição, ou a termo, o reconhecimento do filho”. Trata-se de um evento componente da figura jurídica, efeito necessário de um determinado ato (VELOSO, 1997).

Quanto aos direitos fundamentais inerentes à pessoa, dentre todos eles, o artigo 27, dispositivo moderno e adequado, edifica a igualdade entre os filhos, que, independentemente da origem da filiação, são todos legítimos perante a lei, como se vê: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

O referido dispositivo é informado pela CF/88 que, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, molda a disciplina da filiação ao interesse maior da criança, perdendo fundamento de validade as restrições à busca da verdade biológica que antes se justificavam em benefício da estabilidade institucional da família.

Desse modo, este preceito, na sua ampla abrangência, dá o perfil da ação investigatória diante da nova ordem constitucional do Brasil: a demanda pode ser intentada contra os pais (assim, no plural) ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, vale dizer, sem os limites e condicionamentos que outrora vigiam, como as causas determinantes que tornavam admissível a ação, a enunciação dos meios de prova, etc. Não existe mais nenhum óbice para o estabelecimento da paternidade decorrente do estado civil dos genitores ou do parentesco ou afinidade em linha reta

entre o autor e o investigado. Mesmo que tenha sido gerado de uma relação adúltera ou incestuosa, o filho pode ingressar com a ação.

Alguns autores<sup>10</sup> explicam a expressão “direito personalíssimo”. Monteiro (1992, p. 104), por exemplo, leciona que o reconhecimento da filiação “é direito personalíssimo, porque inerente ao estado de filho, não comporta sub-rogados, nem se trata de direito suscetível de ser exercitado por outrem”. Simas Filho (2006) complementa, informando que a investigação de paternidade é personalíssima porque é privativa do filho, detentor da *legitimatío ad causam*<sup>11</sup>. Nessa concepção, seus herdeiros não podem iniciar a ação se ele não tiver tomado a iniciativa. Podem, entretanto, prosseguir na ação se ela tiver sido iniciada.

Assim, quando o reconhecimento formal dos filhos havidos fora do casamento não ocorre de forma espontânea, fugindo os pais da responsabilidade pela fixação do nome do filho e, conseqüentemente, negando a proteção, o afeto, o sustento, a educação e os direitos hereditários dali emanados, tem o sujeito à sua disposição a ação de investigação de paternidade e de maternidade, fundamentada na exigibilidade de seu direito indisponível, inalienável e imprescritível de ter definida e fixada a sua condição de pessoa/personalidade na vida civil e jurídica. Segundo Borges (2005, p. 24): “pode-se falar de um direito geral da personalidade, que abarcaria todas as espécies de direitos de personalidade, presentes e futuras.”.

O acima exposto permite observar que, de uma maneira geral, esta lei pretende que todos os filhos sejam legítimos, e que esta expressão não mais signifique os filhos havidos na constância da relação matrimonial especificamente, mas todos os filhos que resultam de relação matrimonial e de relação não-matrimonial.

Um dos aspectos a ser destacado na leitura da Lei em comento, segundo Welter (2003), é o fato de o legislador fixar, como critério interpretativo de todo o

---

<sup>10</sup> De acordo com Francesco Galgano, citado pela Prof<sup>a</sup>. Roxana Borges (2005, p. 23): “[...] há duas categorias de direitos: os criados pelo direito objetivo e os reconhecidos pelo direito objetivo. Estes são os direitos do homem, que existem independentemente de um direito objetivo que os reconheça. São direitos que o Estado se limita a proteger, pois são direitos do homem enquanto tal”. Assim sendo, os direitos da personalidade não poderiam ser violados nem por particulares, nem mesmo pelo Estado, nos âmbitos de suas funções legislativas, executivas e judiciais. Buscando um efeito comparativo, a autora valendo-se da lição de Pontes de Miranda (2005, p. 24) destaca que se segundo este autor os direitos da personalidade não seriam impostos por uma ordem sobrenatural, ou natural, aos sistemas jurídicos, sendo efeitos de fatos jurídicos que se produziram nos aludidos sistemas, quando, a certo grau de evolução, pressionou-se politicamente que aqueles sistemas dessem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa.

<sup>11</sup> Legitimidade para a causa (TERMOS JURÍDICOS, 2008, p. 1).

estatuto, a tutela incondicionada da formação da personalidade do menor, mesmo em detrimento da vontade dos pais. Com efeito, dentro dessa proteção à filiação, podem ser lançados alguns indicadores para afastar o pré-conceito do jurista, como a outorga de maior importância emocional da paternidade na formação dos filhos, a contar da concepção e, sobretudo, do início da vida, preponderando o interesse da criança, inclusive sobre os direitos dos pais.

Em atenção ao disposto no art. 227 da CF/88, o ECA legitimou o Órgão do Ministério Público a “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis” (artigo 201, VIII).

No tocante à ação de investigação de paternidade, o referido órgão está legitimado a propô-la em favor da criança e adolescente, embora não tenha sido expressamente contemplada entre aquelas descritas nos incisos III e IX do artigo 201 do Estatuto.

Em suma, a Constituição Cidadã e o ECA afastaram do mundo jurídico a possibilidade de ser reconhecida a filiação por mera verdade formal, denominada ficção jurídica, determinando, desde então, que o magistrado produza todas as provas na ação de investigação de paternidade, na busca intransigente da verdade real acerca da filiação biológica. E somente com a produção de todas as provas permitidas em Direito poderá ser esclarecido se o investigado é, ou não, o pai biológico do investigante, pois, conforme refere Simas Filho (2006, p. 56), “se é desumano não ter o filho direito a paternidade, injusto também é a declaração de uma filiação inexistente”.

Nesse sentido, a primeira norma infraconstitucional seguidora da tendência liberal adotada pelo Constituinte de 1988, revolucionadora da investigação de paternidade, foi o projeto de lei de autoria do Senador Nelson Carneiro, que resultou na Lei nº 8.560, de 1992<sup>12</sup>. Essa Lei veio regulamentar a investigação de

---

<sup>12</sup> No conjunto, o espírito da lei corresponde ao que se pretendia, com certo rigorismo no que se refere à intervenção do Ministério Público e ao prazo concedido ao indicado pai para se manifestar sobre a paternidade que lhe é atribuída, 30 dias, quando na legislação de outros países que lhe serviram de modelo, como a Itália, Portugal, Alemanha, Suécia, o prazo é bem mais generoso, salvo em Cuba, que no art. 68 de seu Código de Família limita o prazo da manifestação do suposto pai a 30 dias a partir da inscrição do nascimento feita apenas pela mãe e é mais rigorosa ainda, ao atribuir a paternidade da criança àquele que não comparecer para aceitar ou negar o fato dentro do prazo prescrito (VERUCCI, 2002, p. 95-96).

paternidade dos filhos havidos em relações extramatrimoniais, consolidando definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro a igualdade entre os filhos.

#### **2.1.4 Lei nº 8.560/92: a facilitação do reconhecimento aos filhos e a paternidade sob a ótica registral**

A Lei 8.560/92 veio com o objetivo de facilitar o reconhecimento dos filhos, impondo as devidas responsabilidades aos pais biológicos, e, por outra banda, estabelece também o direito de assistência devido aos pais<sup>13</sup>. Logo em seu artigo 1º estabelece que:

Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (BRASIL, 1992, p. 1).

Note-se que o referido artigo, tendo regulado inteiramente a matéria, revogou implicitamente o art. 26 do ECA, que, por sua vez, e por idêntica razão, já havia revogado tacitamente o art. 357 do CC de 1916. Assim, entre as inovações apresentadas pela lei está o reconhecimento voluntário e o procedimento oficioso. Segundo Paulo Filho (2006, p. 339), reconhecimento voluntário é:

A forma consensual de o pai, a mãe ou ambos manifestarem espontaneamente o liame que os vincula ao filho ilegítimo. Trata-se de ato unilateral que por si só gera efeitos jurídicos. Além disso, constitui ato personalíssimo, mas que pode ser manifestado por via de instrumento de procuração revestido de poderes especiais.

O reconhecimento voluntário, realizado pelo pai da criança, passa a ser possível a qualquer momento, e não somente após a ruptura do impedimento ao reconhecimento, tratando-se de um ato de vontade ao qual não se impõe prazo, condição ou qualquer outro ato que venha a restringir o reconhecimento da filiação. Trata-se de ato unilateral, salvo se o reconhecido for maior de idade, hipótese em que prevalecerá o interesse deste no reconhecimento.

Cruz (2001) informa que, apesar das hipóteses de reconhecimento de paternidade voluntária dos filhos havidos fora do casamento, estabelecidas por essa

<sup>13</sup> Art. 397 do CC. De 1916. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Lei, o escrito particular e a manifestação expressa e direta perante o juiz são duas formas de reconhecimento que, até então, não eram permitidas pelo ordenamento jurídico.

No que se refere a escrito particular, a Suprema Corte brasileira, por sua Primeira Turma, em Recurso Extraordinário 93.493-6, datado de 14.08.1981, rel. Min. Clóvis Ramalhete, tinha o seguinte entendimento:

Dá direito de ação, para a investigação de paternidade, a exibição em juízo do escrito particular que a reconheça, produzido por aquele a quem, se atribui a paternidade (CC, art. 363, III); mas não constitui ainda o reconhecimento voluntário da paternidade ilegítima, cuja eficácia depende de escritura pública, registro civil ou testamento (CC, art. 357) [...].

Quanto à manifestação do indigitado pai perante o juiz, previsto pela nova lei, há de ser feita de forma expressa e direta. A Lei não distinguiu qual juízo competente para colheita dessa manifestação, logo, ela poderá ocorrer em qualquer Juízo (cível ou criminal), tanto em sede de procedimento administrativo como em processo judicial. Essa manifestação será tida como reconhecimento voluntário ainda que o ato não seja o objeto único e principal a ser processado no Juízo (CRUZ, 2001).

O procedimento da averiguação oficiosa, como mero procedimento administrativo, parte do pressuposto do direito de origem do indivíduo, de modo que, havendo assento de registro de nascimento unicamente constando a origem materna, caberá ao oficial remeter a certidão contendo os dados do suposto pai ao Juiz de Direito, a fim de que seja o mesmo identificado. “O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada” (WELTER, 1999, p. 60).

Uma vez notificado o suposto pai e não havendo resposta do mesmo, ou, em caso de manifestação, este conteste a paternidade, os autos devem ser encaminhados ao Ministério Público para que então se inicie a ação de investigação de paternidade. Dentre as provas que poderão ser produzidas, há que se destacar a realização do exame de DNA, que “na atual conjuntura é a prova mais confiável e segura para se determinar ou excluir a paternidade” (CARVALHO NETO; MUNIZ, 1998, p. 51).

Como se vê, a Lei em comento trata a questão da paternidade sob o prisma registral<sup>14</sup> e, portanto, “a legitimação do Ministério Público dá-se na defesa do interesse público, e não do interesse privado do infante” (WELTER, 1999, p. 60).

A despeito da opinião do renomado autor, a Lei nº 8.560/92 legitima o órgão ministerial para representar, de certa forma, um interesse privado<sup>15</sup>, por tratar-se de interesse do menor, embora a própria Carta Magna vede ao Ministério Público até mesmo a representação judicial de órgãos públicos e, mais do que isso, proíbe expressamente o exercício da advocacia, conforme o disposto no Artigo 129, IX:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (BRASIL, 1988, p. 59).

Além disso, esse mesmo artigo menciona expressamente em seu § 1º que “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Observa-se, assim, que a Lei nº 8.560/92 contemplou o Órgão do Ministério Público como um co-legitimado a deduzir ação de investigação de paternidade, em favor do menor, quando houver elementos suficientes. Dessa forma, expressou o que não havia sido feito por ocasião da vigência da Lei nº 8.069/90 (art. 201, III e IX).

Vale ressaltar, ainda, que a ação investigatória de paternidade ajuizada pelo Ministério Público é uma ação civil pública, estando sujeita, portanto, aos princípios que regem a matéria, inclusive quanto aos efeitos da coisa julgada. Por isso, seu artigo 2º, § 5º, estabelece que “a iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar a investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade”.

<sup>14</sup> “A parentalidade registral se consubstancia quando da lavratura do assento de nascimento de uma criança; possui presunção de veracidade e de publicidade” (REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1999, p. 147-148).

<sup>15</sup> Ao tratar da perícia compulsória, Maria Celina Bodin de Moraes, ressalta o caráter dúplice do direito ao reconhecimento do estado de filiação. Nessa perspectiva: “a perícia compulsória se, em princípio, repugna àqueles que, com razão, vêm o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser providência necessária e legítima, a ser adotada pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre *no caso do reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse que é, a um só tempo, público e individual*” (MORAES, 1997, p. 194). (**grifos nossos**).

Fica claro, então, que, como o Ministério Público não age em nome da parte, mas em nome próprio, de ofício, a improcedência não pode impedir que a parte interessada, com os elementos da prova que dispuser, reclame o reconhecimento de seu direito à filiação.

Como se viu, o direito de família sofreu várias mudanças desde a Constituição de 1988. Mas, com a chegada do novo Código Civil Brasileiro, que esteve em trâmite por mais de 25 anos no Congresso Nacional, buscou-se adaptar o Direito Civil a algumas dessas mudanças, que ainda não se tornaram plenamente reais e aplicáveis.

### **2.1.5 Código Civil de 2002: uma tímida inovação no Direito de Família**

O Código Civil de 2002 consagrou, em sede infraconstitucional, as linhas fundamentais da Constituição em prol da paternidade de qualquer origem, e não apenas biológica, encerrando definitivamente o paradigma do Código Civil anterior, que estabelecia a relação entre os dois tipos de filiação (legítima e biológica) (DONIZETTI, 2007). O referido diploma legal repete, literalmente, a norma do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que determina a igualdade de direitos e qualificações dos filhos, independentemente de sua origem.

Reale (2003) comenta que foram as emendas apresentadas no Senado Federal ao projeto do código, pelo então Senador Néelson Carneiro, que levaram a que a Assembléia Nacional Constituinte revisse a organização jurídica da família, consubstanciada nos art. 226 e seguintes da Constituição Federal.

Ocorre que, retornando a proposta do CC à Câmara dos Deputados, foram inseridas novas emendas ao texto já aprovado, entre elas a que acresceu o art. 1.597 de mais três hipóteses de presunção de paternidade.

Aguiar (2005) relaciona essas hipóteses como: a primeira, prevista no inciso III, que determinou a presunção como concebidos na constância do casamento dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; a segunda, consubstanciada no inciso IV, que estendeu a mesma presunção a qualquer tempo, em se tratando de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e, a terceira, indica no inciso V serem considerados presumivelmente



filhos, os nascidos em decorrência de inseminação artificial heteróloga, desde que aprovada pelo marido.

Note-se que o legislador utilizou os termos “fecundação”, “concepção” e “inseminação” para significar o mesmo fenômeno. Ressalte-se, ainda, que, o nascimento, mesmo quando decorrente de auxílio médico para fecundação, não deixa de ser um fato natural. Por isso, os avanços tecnológicos, com destaque para o método DNA, hoje representam um valioso papel na fixação de parentesco.

É assim que, relativamente à família, verifica-se que o Código de 2002, menos que o de 1916, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, fazendo clara opção pelo *ter*, pela propriedade, colocando o *ser* em posição inferior, ou quase que não lhe atribuindo valores ou cuidados, seguindo a tendência observada em muitos dos Códigos Civis<sup>16</sup> vigentes à época, inclusive o próprio Código Civil brasileiro.

Desta forma, ainda se vêem recentes decisões que enfatizam a desigualdade entre os filhos, relegando o afeto existente entre as pessoas, apoiando-se em conceitos materialistas:

ANULAÇÃO. PARTILHA. HERDEIRO ADOTIVO PRETERIDO. A questão consiste em saber se a filha adotada sob a antiga redação do art. 377 do CC/1916 (que excluía dos direitos sucessórios o filho adotado quando o adotante tivesse filhos legítimos) tem direitos na partilha em que a *de cujus* faleceu quando em vigor a CF/1988. Ressaltou o Min. Relator que, após a CF/1988, não mais se tolera qualquer distinção entre filhos havidos ou não do casamento ou por adoção. Outrossim, não há alteração do pedido ou causa de pedir com a inclusão, no pólo passivo da demanda, de novas pessoas, maridos e esposas dos réus originalmente nominados na inicial. Quanto à prescrição, considerou-a vintenária como decidido e consagrado na jurisprudência assente. Note-se que o Tribunal *a quo* julgou válida a anulação da partilha, pois a herdeira não participou do inventário, inexistindo coisa julgada contra ela, deixou, contudo, incólumes as doações efetivadas antes da nova constituição. A Turma não conheceu do recurso, pois não houve violação do art. 377 do CC/ 1916 nem do art. 6º da LICC. Precedentes citados: REsp 32.853-SP, DJ 27/5/1993, e REsp 114.310-SP , DJ 17/2/2003. REsp 260.079-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 17/5/2005. (g.n.)

<sup>16</sup> Perlingieri (2002, p. 4), relata a influência francesa recebida pelo Código Civil italiano, asseverando que o diploma de 1865, "caracterizava-se especialmente por colocar no centro do ordenamento a propriedade imobiliária da terra: na manutenção e no incremento desta, é predominantemente inspirada a disciplina da família e das sucessões *causa mortis*".

Mesmo assim, o CC/2002 buscou trazer inovações no Direito de Família que, em grande parte, já estavam dispostas na CF/88. O art. 1.511, por exemplo, sobrevém como grande primeira alteração, quando se declara explicitamente a igualdade entre homem e mulher na relação matrimonial. É a aplicação do princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges, firmemente assinalado na CF/88 (BLIKSTEIN, 2008, p. 19). Por outro lado, autores como Welter (2003) afirmam que hoje, com o novo Código Civil de 2002, a família se abre para configurar-se em um abrigo, uma proteção, um lar onde se sobressaem a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor.

Nesse sentido, diz-se que a família moderna não se origina apenas dos laços de sangue e do casamento, mas também da união estável e da comunidade formada pelos pais e filhos (pai e/ou mãe e filho), denominada família monoparental, unilinear, nuclear, eudemonista ou sócio-afetiva.

Procurou-se, portanto, com a edição desta nova lei, abandonar o caráter formal característico da lei anterior, preocupando-se em dar um sentido mais prático e aberto, em virtude das grandes transformações ocorridas no mundo. A nova lei suprimiu a distinção entre filiação legítima, ilegítima e legitimação, sendo agora usado apenas o termo filiação.

Diz o art. 1.596 que: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Ao falar sobre a diferença entre o filho havido do casamento, o havido fora das núpcias e o adotivo, Rodrigues (2002, p. 240) ensina que:

[...] para os filhos originados de uma relação conjugal, a lei estabelece uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação; para os havidos fora do casamento, criaram-se critérios para o reconhecimento, judicial ou voluntário; e, por fim, para os adotados, são estabelecidos requisitos e procedimentos para a perfilhação.

O mesmo art. 1.597<sup>17</sup> que despontou como inovador, manteve, nos seus primeiros incisos, a presunção quanto ao nascimento ocorrido no âmbito da sociedade conjugal, já prevista no CC de 1916:

---

<sup>17</sup> Os incisos finais do art. 1.597 do CC/02 prevêm como concebidos na constância do casamento, os filhos: “[...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo,

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; [...] (BRASIL, 2002, p. 147).

Observa-se que o Código, além de não mais especificar as causas de dissolução da sociedade conjugal, estabeleceu a paternidade presumida quanto ao filho advindo por reprodução assistida, em qualquer momento da relação conjugal, exigindo, como requisito único, o consentimento marital. Não explicita a necessidade de ser expresso tal consentimento, nem distingue a forma de inseminação, podendo ser verbal, pois, o assentimento marital.

Embora tenha o legislador incluído um tema tão inovador quanto à reprodução assistida, deixou de regulamentá-la especificamente no novo código (DONIZETTI, 2007). Os filhos advindos dessa técnica são desamparados pela lei, portanto, certamente muitos problemas advirão deste fato. Citando o exemplo de uma questão conflitante, filhos advindos por inseminação artificial com material genético proveniente de um terceiro que não os cônjuges podem ser excluídos da situação de filho por meio da ação de investigação ou negatória de paternidade contra os pais biológicos, dos quais não terão o mesmo DNA.

Em suma, o atual Código Civil seguiu as linhas mestras do Código anterior, dando ênfase a um caráter patrimonialista da própria constituição familiar. E não poderia ser diferente. Como regra disciplinadora e ordenadora por natureza das relações privadas, possui em sua essência regras eminentemente patrimonialistas, que visam a dar proteção aos bens e, em direito de família, propõem-se à manutenção e transmissão desses aos seus herdeiros.

Contudo, o seu mérito não pode ser retirado, pois o novo texto da Lei Civil tem o condão de adaptar o direito Civil às mudanças trazidas desde 1988 e que ainda não se tornaram plenamente reais e aplicáveis, uma vez que permanece a disputa de forças entre o texto atual do Código Civil e as criações constitucionais.

---

quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

## 2.2 DAS VERDADES JURÍDICA, BIOLÓGICA E AFETIVA

Pode-se apontar como uma característica marcante do século XXI, a crescente complexidade das relações humanas, sociais e culturais. Um exemplo que bem ilustra esse ponto é visto na esfera mais íntima da experiência humana: a família.

Considerando países ocidentais democráticos, é freqüente conviverem hoje, em uma mesma casa, filhos de dois, três ou mais pares de pais diferentes. Fenômenos dessa natureza despertaram o interesse do ponto de vista jurídico, pois as conseqüências dessas transformações é a ampliação quanti-qualitativa do espaço reservado à interpretação jurídica e ao intérprete (BARCELLOS, 2003).

Essa supracitada ampliação, especialmente no que tange ao intérprete constitucional, levou ao desenvolvimento de técnicas e princípios específicos de interpretação constitucional. Contudo, esses princípios, como parte da verdade jurídica, não têm sido suficientes para solucionar casos cada vez mais complexos (BARROSO, 2003). Muitos desses casos dizem respeito à filiação envolvendo questões de legitimidade e investigação de paternidade.

Há quase um século, tendo-se em vista que a sociedade percebia como família a advinda das relações matrimoniais, considerava-se como *filiação legítima* a oriunda de justas núpcias, ou seja, a que se originou na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo, conforme dispunha o próprio Código Civil Brasileiro de 1916, em seus dispositivos, a exemplo do art. 367, que dizia: “A filiação paterna e a materna podem resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo”.

Desta forma, a filiação legítima que concedia ao gerado o *status* de filho legítimo era assegurada pela evidência do casamento civil ou matrimônio, adotando-se um critério jurídico.

Ressalte-se o fato de que o legislador legou a filiação legítima à data de sua concepção considerando-se, contudo, concebidos na relação matrimonial os nascidos cento e oitenta dias após firmar-se a convivência matrimonial, bem como os nascidos dentro do período de trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação, de forma que o novo ser pode ter sido

gerado anteriormente ao matrimônio<sup>18</sup>, pois que se tem por presunção ter sido concebido na constância do casamento.

Nesta mesma linha, será, ainda, considerado legítimo aquele que, mesmo nascido antes do prazo de 180 (cento e oitenta) dias ou posterior aos 300 (trezentos)<sup>19</sup>, conforme prevê a lei, foi registrado pelo suposto pai, uma vez que, assumindo o matrimônio já ciente do estado gravídico, indiretamente estará assumindo este filho como seu, perdendo o direito de contestar a paternidade.

Por isso Silva (1989) defendia que a filiação legítima se fundava na geração havida no casamento civil (*justae nuptiae*), considerando que dele se formou a presunção, também estabelecida por lei, de que o filho nascido de mulher casada tem como pai, quando nascido nos seis meses, após a celebração do casamento, ou dentro dos dez meses, que se seguirem à dissolução do vínculo conjugal, o seu marido.

Considera-se, nas circunstâncias supracitadas, matrimonial o filho. Ainda que incontestável a paternidade dos filhos havidos na constância do matrimônio, o legislador ofertou a sociedade três exceções: havendo a presença de impotência *generand*<sup>20</sup>, separação de fato ou de direito à época da concepção e frente à hipótese de impossibilidade de coabitação (SIMAS FILHO, 2006).

Como filho ilegítimo, tinha-se, desta forma, o nascido fora da relação matrimonial, podendo tratar-se de filiação adulterina, quando um dos pais possuía vínculo matrimonial; e incestuosa, quando os genitores possuíam vínculo de parentesco. Filiação adulterina é a decorrente do nascimento de uma criança concebida por pais que não são legalmente casados (SILVA, 1989).

---

<sup>18</sup> Da lei extrai-se o fato de que mesmo havido antes do estabelecimento do vínculo matrimonial com este estabelece-se o vínculo de filiação, sendo o nubente considerado pai por presunção não lhe sendo concedida a possibilidade de contestar sua paternidade.

<sup>19</sup> Art. 1.597 do CC de 2002. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias após, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento. Correspondência: artigo 338, incisos I e II, CC de 1916. Art. 338 do CC de 1916 e art. 1.597 do CC de 2002.

<sup>20</sup> Tem-se por impotência *generandi* a falta de capacidade de gerar filhos tal como a baixa taxa de produção de espermatozoides que tornam o homem estéril.

A ilegitimidade, desta forma, decorria do fato de não serem concebidos em justas núpcias, ou na constância de justas núpcias<sup>21</sup>. Os filhos ilegítimos serviam, desta maneira, como alvos de discriminação.

No direito romano, o pai tinha o poder de vida e de morte sobre seus filhos, podendo aceitar ou recusar a filiação. O filho, enquanto o pai vivia, não era cidadão nem podia praticar nenhum ato da vida civil sem a outorga paterna, mas, “no final do século XVIII, o Estado passou a assumir uma participação ativa na formação familiar. Os filhos pertencem à República, antes de pertencerem a seus pais” (MORAES, 1997, p. 176).

Resumindo, até a promulgação da Constituição de 1988, a verdade jurídica estabelecia, quanto à situação dos filhos, o seguinte: 1. filhos legítimos, os concebidos durante a constância do matrimônio; 2. filhos legitimados, os havidos pelos cônjuges antes do casamento e equiparados, a partir de então, aos legítimos; 3. filhos ilegítimos, frutos de relações extraconjugais, distribuídos em naturais (havidos por pessoas não impedidas de se casarem) ou espúrios (adulterinos e incestuosos); 3. os adotados, “os que, embora não sendo gerados pelos adotantes, adquirem, por concessão de lei, a condição de filho legítimo, para determinados efeitos legais” (SILVA JR. *apud* WELTER, 2003, p. 67).

A Constituição Federal de 1988, no entanto, rompeu o tabu e concedeu aos filhos havidos fora do casamento igualdade de direitos, recriando todas e quaisquer discriminações a eles referentes. Conforme Boeira (1999, p. 30), a nova diretriz constitucional assegurou não somente a igualdade dos filhos, como também a tutela de núcleos familiares monoparentais, formado por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, 4<sup>o</sup>)<sup>22</sup>, e extramatrimoniais (art. 226, 3<sup>o</sup>).

Desse modo, ao contrário da visão moderna de proteção exclusiva da entidade familiar, a Carta Magna “permitiu que se reconhecessem constitucionalmente, em perspectiva pós-moderna, dois princípios eventualmente considerados antagônicos: o de proteção à unidade familiar e o de proteção aos

---

<sup>21</sup> Assevere-se ao fato de que a lei, com intuito de preservar a criança determinou que ainda que concebidos fora do casamento legal, mas, nascidos cento e oitenta dias após a realização do matrimônio a filiação resultante será considerada legítima.

<sup>22</sup> Art.226 da CF/88 [...] Parágrafo 3<sup>o</sup>: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Parágrafo 4<sup>o</sup> Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes [...].

filhos, considerados em sua individualidade” (CACHAPUZ *apud* WELTER, 2003, p. 68).

A contar da Constituição Federal de 1988, com relação ao Direito de Família, a verdade jurídica evoluiu nas seguintes leis: 1. Lei nº 7.841/89 que revogou o art. 358 do CC de 1916, que impedia o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos; 2. Lei nº 8.069/90 (ECA) que assegurou o direito do menor à convivência familiar, regulando o reconhecimento voluntário e coativo da filiação; 3. Lei nº 8.560/92 que permitiu o reconhecimento do filho, dentro ou fora do casamento ou da união estável, por meio de escrito particular, a ser arquivado em cartório; ou por manifestação expressa e direta perante qualquer juiz de Direito; 4. Código Civil de 2002 cujo art. 1.609 dispõe que:

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. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes (BRASIL, 2002, p. 147-148).

Verifica-se, assim, que as diversas reformas realizadas no decorrer do tempo facilitaram a busca da verdade, podendo o juiz valer-se de todos os meios de prova para tanto. Para alcançar esse mister, a lei abre todas as possibilidades de estabelecimento da filiação, suprimindo a proibição aos ilegítimos.

Marcha deste modo, a lei, no sentido de fazer desaparecer as filiações fictícias ao limitar o domínio da presunção *pater is est* e ao estabelecer os meios de contestação daquela presunção.

Na seara da filiação, o primeiro critério a despontar é o que encerra a verdade biológica, que se refere, por isso, à maternidade ou paternidade física. Em ações de investigação de paternidade, é relevante a questão das provas, pois o reconhecimento do *status* de filho deve ficar claramente assegurado, não obstante a prova pericial pelo exame de DNA tenha contribuído em muito para a declaração do pai biológico (ALMEIDA, 2001).

As biotecnologias vêm-se desenvolvendo com a missão de proteger o homem enquanto indivíduo, tendendo a resguardar, também, a liberdade individual,

respeitadas as questões éticas. Entre estas, a possibilidade de se saber as origens do indivíduo.

Como bem salienta Brauner (2000), o mundo sofreu profundas mudanças no decorrer desses dois séculos, a forma de viver em família foi redimensionada, a ciência desvendou os segredos da genética e da hereditariedade, possibilitando desse modo, determinar os vínculos de filiação sob o aspecto biológico.

Diante das biotecnologias, que se exteriorizam de forma cada vez mais valiosa para a espécie humana, os homens passaram a valorizar, não apenas setores isolados da sociedade, mas a sua disciplinariedade, incluindo-se as questões biopsicológicas referentes ao *afeto*. A própria noção de família assume novos contornos, deixa de relacionar-se apenas a vínculos jurídicos, como o matrimônio legal, para assumir a feição afetiva que, nas palavras de Brauner (2000) passa a denominar-se família sociológica.

As ações filiatórias despontam como um meio de instituir os laços de filiação. Pelo parâmetro biológico, filho é aquele que detém os genes do pai; reconhecida a identidade biológica entre pai e filho, surgem para a criança novos direitos, até então desconhecidos, como a possibilidade de passar a usar o nome do pai e demais direitos de cunho social como o direito a alimentos, a herança.

Ocorre que o estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de relações outras<sup>23</sup> que não exclusivamente genéticas. Em outras palavras, “o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica” (NICOLAU JR., 2006, p. 118).

O ponto merece maior desdobramento. Assim é que, sendo a filiação um conceito relacional, consistente na relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, o estado de filiação é a “qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados” (LOBO, 2003, p. 135). Enquanto o filho titular do estado de filiação, da mesma forma o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.

---

<sup>23</sup> É o exemplo da ‘adoção à brasileira’ que se verifica quando uma pessoa registra como seu um filho estranho sem passar pelo crivo do judiciário. Outras hipóteses são: a adoção judicial, a situação do ‘filho de criação’, a presunção decorrente da fertilização artificial heteróloga.



A legislação brasileira prevê quatro tipos de estados de filiação, que têm origem na: consangüinidade, adoção, inseminação artificial heteróloga e posse do estado de filiação<sup>24</sup>. Em outras palavras, o estado de filiação constitui-se *ope legis* ou por força da posse de estado, em razão da convivência familiar (*a fortiori*, social), consolidada na afetividade<sup>25</sup>.

No direito brasileiro atual, com fundamento no art. 227 da Constituição e nos arts. 1.593<sup>26</sup>, 1.596<sup>27</sup> e 1.597<sup>28</sup> do Código Civil, consideram-se estados de filiação *ope legis*:

a) filiação biológica em face de ambos os pais, havida de relação de casamento ou da união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental (LOBO, 2003, p. 136);

b) filiação não-biológica em face de ambos os pais, oriunda de adoção regular; ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho. Da mesma forma que a adoção, como escolha afetiva, erigiu-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, possui a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º), não sendo fator de relevância a origem ou a existência de outro pai (genitor). O mesmo é válido para o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constituindo, aquela, prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*) (LOBO, 2006, p.17);

c) filiação não-biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga. A origem do filho, em relação aos pais, é parcialmente biológica, pois o pai é exclusivamente sócio-afetivo (LOBO, 2006, p.17).

<sup>24</sup> O Direito Brasileiro não permite que os estados de filiação não-consanguíneos, provenientes da adoção e da inseminação artificial heteróloga sejam contraditados por investigação de paternidade com fundamento na ausência origem biológica, pois são irreversíveis e invioláveis, no interesse do filho (LOBO, 2006, p. 16). Poderá haver, contudo, aferição com fundamento na origem biológica, que apenas poderá ser objeto de pretensão e ação com fins de tutela do direito da personalidade.

<sup>25</sup> Nesse sentido, a filiação jurídica é sempre de natureza cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou não biológica.

<sup>26</sup> De acordo com este artigo, o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

<sup>27</sup> Este dispositivo reproduz a regra constitucional de igualdade dos filhos, havidos ou não da relação de casamento (este, os antigos legítimos), ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações.

<sup>28</sup> A inseminação artificial heteróloga é aquela em que há a utilização de sêmen de outro homem, desde que tenha havido prévia autorização do marido da mãe. Não pode ser contradita por investigação de paternidade ulterior.

O estado de filiação<sup>29</sup>, como se vê, desligou-se da origem puramente biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem (LOBO, 2003, p.134). Nesse mesmo sentido, Fachin (1992, p. 151) salienta que: “a verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isso, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade sócio-afetiva”.

Como se vê, a filiação passa a ser percebida não apenas pelo vínculo jurídico estabelecido, pelo reconhecimento voluntário, pela adoção ou pela investigação de paternidade; passa a ser percebida como um conjunto de atos de afeição e solidariedade que demonstram claramente a existência de um vínculo de filiação entre filho-pai-mãe.

Como que balanceando a busca da base biológica da filiação com o sentido sócio-afetivo da paternidade, o legislador valeu-se da conhecida noção de posse de estado. Nas palavras de Brauner (2000, p. 238):

A posse do estado de filho [...] é aquela que se exterioriza pelos fatos, quando existem pais que assumem suas funções de educação e de proteção dos filhos, sem que a revelação do fator biológico da filiação seja primordial para que as pessoas aceitem e desempenhem a função de pai ou mãe.

Note-se que não é propriamente à verdade biológica da filiação que a posse de estado de filho serve prioritariamente. Entende-se que esta se destina mais a valorizar o elemento afetivo e sociológico da filiação, porquanto sua ausência pode por em dúvida o vínculo da filiação.

Estado de uma pessoa são determinadas qualidades que a lei toma em consideração para atribuir-lhes certos efeitos jurídicos. Designar o estado de uma pessoa é qualificá-la e, rigorosamente, a toda qualidade que produza efeitos de direito pode dar-se o nome de estado. O direito reserva este nome às qualidades inerentes à pessoa, com exclusão dos qualificativos que lhe correspondem em razão de suas ocupações (COULANGES, 1999, p. 57).

---

<sup>29</sup> “Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza sócio-afetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. Portanto, não deve haver conflito com outro que ainda não se constituiu” (LOBO, 2003, p. 135).

Portanto, ostentar um estado de filho é ter, de fato, o título correspondente, desfrutar as vantagens a ele ligadas e suportar seus encargos. É passar a ser tratado como filho.

O estado de filho é irrenunciável e imprescritível, de modo que, a qualquer momento de sua vida, poderá o indivíduo pleitear sua filiação, não apenas contra seu próprio pai, mas, também, contra os herdeiros deste. Sua manifestação poderá dar-se tanto judicialmente como extrajudicialmente, através de atos capazes de exteriorizar a condição de filho daqueles que criam e educam a criança (BLINKSTEIN, 2008).

Embora a prova da filiação seja feita, ordinariamente, por meio da certidão do registro civil de pessoa naturais<sup>30</sup>, já que o fato impõe a lavratura de um assento em cartório, não há dúvida de que esta mesma prova pode “decorrer da reciprocidade de tratamento afetivo entre determinadas pessoas, comportando-se como pais e filho e se apresentando como tal aos olhos de todos” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 480).

A posse do estado de filho no direito brasileiro não recebeu a guarida legislativa necessária, vez que não é previsto pelo Código Civil juntamente com os demais casos em que a declaração de paternidade é admitida. Desse modo, assegura Boeira (1999, p. 30), ao transcrever estudos de Aroldo Medeiros da Fonseca, que, embora não tenha recebido o devido respaldo legal, não houve negação do estado de posse:

[...] pois os fatos que a caracterizam têm tanta significação que, aliados, por exemplo, à prova de relações sexuais, quando a ação tiver tal fundamento, ou a outros fatos nos quais pode o pleito basear-se, criarão, em favor do investigante, uma situação jurídica de irrecusável importância, de vez que pela sua conduta, foi o suposto pai o primeiro a considerá-lo, implicitamente, a fidelidade da mulher na época da concepção.

Autores como Lobo (2006) afirmam, contudo, que o art. 1605<sup>31</sup> do CC/02 consagrou a posse do estado de filiação quando houver começo de prova proveniente dos pais, ou ‘quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos’. Destaque-se que o Código brasileiro atual não indica, sequer de

---

<sup>30</sup> Art. 1603 do CC/02: A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

<sup>31</sup> Art. 1605 do CC/02: Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito.

modo exemplificativo, as espécies de presunção, ou a duração. A despeito dessa constatação, na experiência brasileira, incluem-se entre a posse do estado de filiação o filho de criação e a adoção de fato, também denominada de “adoção à brasileira”, que é feita sem observância do processo judicial, mediante declaração falsa no registro público.

A posse do estado de filho é reconhecida como mecanismo de estabelecimento de filiação, figurando ao lado das demais hipóteses legais de determinação do estado de filho. O seu papel preponderante “é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, conferindo, dessa forma, mais Direito à vida e mais vida ao direito” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 481).

A posse do estado de filho<sup>32</sup> que “não advém do nascimento (fato biológico) decorre, em verdade, de um ato de vontade recíproco e sedimentado no tempo”, espraia-se pelo terreno da afetividade (fato social), aspecto para o qual chamam a atenção os retromencionados autores, em passagem, um pouco mais adiante. Daí que a lição de Dias (2007, p. 333) é adequada para este contexto: “a posse do estado de filho é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva”.

A chamada filiação sócio-afetiva traduz, em algumas situações, a relação paterno-filial esperada e descrita no conceito de filiação. Por isso, a doutrina atual tem-se inclinado fortemente na aceitação da paternidade sócio-afetiva como modalidade de filiação e como prova de paternidade. No mesmo diapasão, Paulo Lobo (2008, p. 211) assinala que a posse do estado de filho “oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação, fazendo ressaltar a verdade sócio-afetiva”.

Assim, ainda que por longo período considerassem os operadores do direito a posse de estado de filho como simples meio probatório que, por si só, não bastava para comprovar a filiação, mas possibilitava a sua investigação, tem-se a sua existência real e viável, sendo o começo do desvelamento da paternidade afetiva na atualidade, que muitas vezes se torna mais eficaz para o desenvolvimento de uma criança do que a paternidade biológica.

---

<sup>32</sup> Welter (2002, p. 136) discorda da doutrina e da jurisprudência que ainda trata a relação paterno filial como “posse do estado de filho”, pois para ele, em verdade, ter-se-ia, ao invés, “posse de estado de filho afetivo”, cujo vínculo entre pais e filho, com o advento da Constituição Federal de 1988, não é de posse e de domínio, e sim de amor, de ternura, na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há mais nenhuma hierarquia.

Foi dessa forma que, no intuito de tornarem claras as relações sócio-afetivas perante a sociedade, por se tratar de uma verdade real inafastável, estabeleceram-se elementos caracterizadores da posse de estado de filho tais como o nome, o trato e a fama. Neste sentido assinala Brauner (2000, p. 238):

O nome: é a utilização pela pessoa do nome daquele que considera seu pai, o que faz supor a existência do laço de filiação. O tratamento: corresponde ao comportamento, são atos que expressam a vontade de tratar a criança como a trataria um pai; é o tratamento como filho. A fama: constitui a imagem social, são fatos exteriores que revelam uma relação de paternidade e expressam uma certa notoriedade da relação, a pessoa aparenta à sociedade, gozar do conceito de filho do pretendido pai. São elementos típicos e comuns às relações de filiação embasadas no amor e no afeto. Relações em que há a preocupação com o desenvolvimento emocional, social, cultural dos indivíduos sob a responsabilidade de um pai.

Dessa forma, deverá o indivíduo usar o nome do pai (*nomen*) – nome de família, ser tratado como filho, com todos os cuidados merecidos numa relação pai-filho (*tractus*) – tratamento de filho, bem como ser conhecido pela sociedade como filho de determinada pessoa (*fama*) - reputação.

Uma questão relevante a ser abordada é a impossibilidade de o ‘pai-afetivo’ contestar a paternidade, eis que a proteção é dispensada ao filho e não ao seu pai-afetivo ou ao seu suposto pai. O interesse na descoberta das origens biológicas caberia, então, com exclusividade ao filho, nesta hipótese. A Jurisprudência é simpática à tese de que:

quem registra filho de sua companheira como sendo seu leva a efeito a chamada ‘adoção à brasileira’, que, ao fim e ao cabo, se caracteriza como ato de reconhecimento de paternidade, de cunho irrevogável. Filho não é um objeto descartável, que se assume quando convém e se dispensa quando aquela relação de paternidade-filiação passa a ser inconveniente (TJ/RS, Ac. 8ª Câm.Cív., ApCív.7001.4089635, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 19.12.07)

Como já anunciado acima, mesmo diante desse quadro, “é possível ao filho afetivo ajuizar, a qualquer tempo, uma ação de investigação de origem genética, apenas para ver reconhecida a ancestralidade”<sup>33</sup> sem repercussão econômica, advertem Farias e Rosenthal (2008, p. 521).

<sup>33</sup> É preciso, apenas, que o investigante esteja consciente das conseqüências jurídicas da ação que maneja, pois caso se contente em saber apenas a vinculação biológica, sem mudança jurídica, deverá propor a ação de

Na sociedade atual, em que as reproduções artificiais ganharam extrema relevância, mister ter-se em mente a ética adotada para tais meios, eis que um indivíduo não ciente da fecundação de sua esposa poderá tornar-se pai acreditando ser pai biológico, pai por erro. Nesta hipótese, sabe-se que todo ato praticado por erro, dolo, coação, simulação ou fraude é passível de anulação, porém o prejuízo causado moralmente e materialmente à criança envolvida nesta relação é irreparável, cabendo ao Estado resguardá-la. Conforme declara Brauner (2000, p. 238):

Numa sociedade onde tantas crianças são privadas de pai, não se pode correr o risco de contribuir-se para aumentar estes índices de rejeição por questões egoístas e de cunho individualista, que podem dar origem a uma situação de insegurança jurídica para as pessoas que beneficiavam de uma posse de estado de filho, corroborada pela existência de um título, conforme esse estado.

É certo que se deve proteger e resguardar a criança de males decorrentes das relações inseguras de seus pais, no entanto, há que se considerar o fato de que, frente aos avanços biológicos<sup>34</sup>, é preciso observar uma conduta ética quanto às tomadas de decisões, uma vez que o descobrimento da falsidade biológica pode acarretar dano maior à criança, que poderá sofrer as mais variadas agressões e discriminações por parte de seu próprio pai-afetivo, retornando a sociedade ao período em que ilegítimos não eram filhos, simplesmente eram ilegítimos.

Com isso, não se pretende prejudicar as relações de filiação e nem mesmo o desenvolvimento sadio de uma criança, o que se pretende é inculcar na sociedade em geral a responsabilidade assumida frente à inseminação artificial, responsabilidade que segundo Boff (2000, p. 115): "mostra o caráter ético da pessoa. Ela escuta o apelo da realidade ecoando em sua consciência."

Feitas essas diferenciações, que contribuem para uma melhor compreensão do tema, tem lugar uma análise acerca dos aspectos decorrentes do enfrentamento da verdade biológica em relação a sócio-afetiva<sup>35</sup>.

---

reconhecimento da origem genética ou determinação da ascendência biológica e não a ação de investigação de paternidade em sentido estrito.

<sup>34</sup> "a probabilidade de se encontrar ao acaso duas pessoas com a mesma impressão digital do DNA é de 1 em cada 30 bilhões. Como a população da terra não chega à vinte por cento disso, é virtualmente impossível que haja coincidência." É o que informa Diniz (*apud* FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 513-514).

<sup>35</sup> O atual exame de DNA, e a perfeição de outras técnicas derivadas, que permitem atingir a quase absoluta certeza de paternidade, transformou em história as dificuldades do passado para apontar a paternidade genética. Hoje, a maior dificuldade do juiz não é definir a paternidade biológica, mas encontrar a melhor solução dentro do contexto da família sócio-afetiva (VENOSA, 2005, p. 291).

É comum que autores como Rodrigo da Cunha Pereira (1997) preguem que o elemento biológico ou genético relativo à parentalidade deva ser confrontado com outros elementos, capazes de verificar efetivamente se a verdade biológica deve prevalecer, para o fim de estabelecer vínculos familiares, com o objetivo de que se chegue à conclusão de que ela perdeu sua importância como fator único ou predominante. Azevedo (1996, p. 151) em sentido contrário, posiciona-se defendendo que:

O estado de filiação, como direito da personalidade, está vinculado à própria natureza do homem, que, descendendo, *ex iure sanguinis*, existe, nesse estado, desde a sua concepção até sua morte como um fato natural, independentemente de lei, que há de respeitá-lo, por inserir-se no âmbito do Direito Natural.

O embate é inevitável, mas de fácil solução, pois consoante afirmam Farias e Rosenvald (2008, p. 517): “somente no caso concreto consideradas as mais diferentes circunstâncias e elementos de prova é que será possível definir um determinado critério para estabelecer o vínculo paterno-filial.” A paternidade sócio-afetiva não se constitui em espécie supletiva da paternidade biológica. Embora a natureza do paradigma atual de paternidade seja incompatível com o predomínio único da realidade biológica, já que nem toda paternidade sócio-afetiva resulta da consangüinidade, não se pode romper, em definitivo, com os vínculos genéticos.

É de se admitir que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. O ideal seria, sempre, a coincidência entre a filiação biológica e afetiva. Entretanto, não sendo possível alcançar esse estágio, as duas podem conviver harmonicamente, em caso de desencontro, no meio jurídico, havendo destaque para uma ou outra, na situação que se formar, a depender da análise dos elementos apresentados.

Seja como for, um fato não pode ser descartado, o de que toda pessoa, especialmente a pessoa em formação, tem direito à perfilhação paternal e, se não a tem, porque ninguém a assumiu voluntariamente, pode-se investigá-la para que seja reconhecida judicialmente e imputada ao genitor biológico, em se tratando de ações de investigação de paternidade (LOBO, 1997).

É certo que “em função dos laços familiares biológicos, a paternidade é permanentemente condicionada pela cultura e não pela utilidade biológica” (SILVA JUNIOR, 2008, p. 69), mas “por diversas razões (emocionais, históricas,

econômicas, direitos, benefícios, heranças) pode ser necessário identificar o pai biológico de um determinado indivíduo” (RASKIN, 2006, p. 7). Não se trata, assim, de fazer preponderar, a todo custo, a biologia em detrimento do afeto, caso já exista um laço entre o filho e um pai de coração, mas assegurar que o indivíduo tenha acesso a um dado que é inerente à sua própria existência, sua ascendência biológica.

Destaque-se que não basta encontrar a verdade (qual seja, saber se um indivíduo é ou não pai de alguém), mas saber como conduzi-la, em razão das conseqüências que podem ser capazes de produzir na vida das pessoas envolvidas. “O estado de filiação, no caso biológico, é uma inerência do direito à personalidade, que, quando colocado em confronto com direitos patrimoniais, por exemplo, há de prevalecer, em nome da tutela da dignidade da pessoa humana” (CAMBI, 2003a, p. 87).

Há quem julgue<sup>36</sup> incabível fundamentar a investigação de paternidade biológica, para contraditar a paternidade sócio-afetiva, pois esta é uma construção cultural e não um dado da natureza, havendo um equívoco radicado no fato de enxergar o direito ao reconhecimento do estado de filiação como o direito de impugnar paternidade já estabelecida, ainda que geneticamente falsa, vez que o estado de filiação resultaria de convivência familiar duradoura (LOBO, 1997, p. 17).

Esse pensamento, contudo, não se sustenta, pois o estado de filiação nem sempre está constituído na convivência familiar duradoura. E mais, quando a paternidade é decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude) sobejamente demonstrado, admite-se a anulação do registro com a investigação de paternidade, que tem como efeito a alteração nos registros públicos de nascimento, devendo ser oportunizada não só quando não há paternidade, mas também para impugnar ou contraditar a paternidade sócio-afetiva consolidada, que poderá, a depender do resultado do processo, ser desfeita.

É preciso, apenas, que o investigador esteja consciente das conseqüências jurídicas da ação, pois caso se contente em saber apenas a vinculação biológica, sem mudança jurídica, deverá propor outra ação: a de reconhecimento da origem

---

<sup>36</sup> “O critério afetivo **pode** sobrepujar (basta pensar no exemplo da ‘adoção à brasileira’, quando um homem cria, cuida, educa, concede amor e carinho a um filho que registrou sabendo não ser decorrente de seu material genético e, posteriormente, tenta negar o vínculo que se estabeleceu – **aqui** releva o critério afetivo)” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 518) (**grifos nossos**).



genética ou determinação da ascendência biológica; desde que a afetividade não tenha sido construída a partir de uma adoção plena, na qual o reconhecimento foi voluntário e está presente, mais do que nunca, o liame sócio-afetivo, improcedente, portanto, a desconstituição do registro civil.

O reconhecimento voluntário – em princípio irrevogável – é passível de ser desconstituído, com fundamento na ocorrência comprovada de erro essencial ou na prova irrefutável de reconhecimento mediante coação a ação objetivando a anulação do registro é de caráter personalíssimo, só podendo ser ajuizada pelo interessado após atingida a maioridade ou a após sua emancipação (TJMG, 2007, p. 329-333).

Diante da evolução das técnicas de identificação da origem genética, notadamente o exame de DNA, torna-se viável ao interessado perquirir sua origem biológica paterna com considerável grau de acerto<sup>37</sup>, sendo possível a investigação tanto por aquele que não possua paternidade de qualquer natureza, para garantir o reconhecimento do estado de filiação àquele que nunca o teve, como por quem, valendo-se do judiciário, busque a descoberta da verdade real em substituição ao que se convencionava chamar de verdade jurídica, atingida, muitas vezes, sem qualquer critério cientificamente confiável.

Não se quer, ao defender o direito de investigação biológica ancestral, que a paternidade passe a ser algo como uma espécie de direito permanente de conteúdo variável, como critica Villela (1999, p. 134): “a cada um estaria deferido, como inerente à filiação, algo como um poder interno de mudar de pai, um autêntico *jus variandi*”, mas não se pode deixar de afirmar que o direito ao reconhecimento forçado da paternidade é imprescritível, através da ação de investigação, embora não o seja o da petição de herança, nada mais do que justo e prático.

Isso porque, a se admitir a possibilidade ad perpetuum e ilimitada<sup>38</sup> de investigação de paternidade para aqueles que já tenham vínculo jurídico de paternidade estabelecido em razão da verdade biológica, estar-se-ia encampando o arbítrio da pessoa, que poderia buscar vantagens econômico-patrimoniais<sup>39</sup>,

---

<sup>37</sup> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE TJRO - RT 862 AGOSTO DE 2007 – 96º ANO (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2007, p. 363 a 366).

<sup>38</sup> Defende Pereira (2006, p. 118), que dada a imprescritibilidade é possível ao filho reagir mesmo em situações de registro nulo, de registro falso, de manifesta inverdade de filiação biológica, e assim, por diante, fulminando a possibilidade de ação investigatória de paternidade biológica em relação a terceiro que não o pai registral.

<sup>39</sup> “Realmente, não faz sentido que se determine a paternidade ou maternidade com base em interesses econômicos, devendo ressaltar e ser prestigiado o *ser* e a proteção da personalidade. Com isso, determinada a filiação com base na afetividade, o filho terá direito a alimentos e a herança (bem como a todos os demais

desconstituindo vínculos de parentalidade antigos, e constituindo novos vínculos de parentalidade (GAMA, 2003, p. 440).

Não é a hipótese cuja bandeira aqui se defende, pois o direito aqui almejado é personalíssimo, indisponível sendo, até, dentre os direitos da personalidade, o mais importante e relevante. De fato, a prerrogativa de se saber exatamente quem são os ancestrais, quem são os verdadeiros pais, ter-se conhecimento da árvore genealógica, diga-se de passagem, não é apenas do filho, mas também do pai<sup>40</sup>.

Não obstante as técnicas hoje disponíveis, não se pode dizer que, descoberta a verdade genética, toda relação afetiva, numa dimensão cultural da paternidade havida anteriormente, deva ser desfeita ou desconsiderada, como se relação parental alguma tivesse existido, formada pela filiação social, que tem como elemento estruturante do elo da afetividade. Repise-se que cabe aos envolvidos (pai(s) e filho(s)) administrarem as conseqüências advindas dessa descoberta biológica, cabendo à justiça apenas a descoberta da verdade de acordo com a previsão legal.

### 2.3 'DESBIOLOGIZAÇÃO' DA PATERNIDADE

Por tudo o que foi exposto até aqui, pode-se afirmar que a filiação é um fenômeno excepcionalmente complexo. Antes de tudo, biológico, examinado pelos cientistas como forma de perpetuação das espécies; é um fenômeno fisiológico, um objeto de indagações sociológicas e históricas. Pertencendo ao mundo físico e ao moral, exprime o fato do nascimento e a situação de ser filho, e, dentro da ética, traduz um vínculo jurídico. Desse modo, compreende simultaneamente o fato concreto da procriação e uma relação de direito (PEREIRA, 1998). Ocorre que, nos dias atuais, a filiação não pode ser vista apenas sob o ângulo biológico, pois ela não se assenta mais somente na consangüinidade, razão pela qual se pode falar em desbiologização da paternidade.

Por "desbiologização" da paternidade entende-se o reconhecimento da paternidade afetiva, não necessariamente biológica. É a inexistência ou a ruptura do

---

efeitos, como guarda, visitas...) do seu *pai* – que é o afetivo. Rompem-se os vínculos com o biológico, que atua, meramente, como genitor, não podendo ser compelido a prestar alimentos e não transmitindo herança para o filho que estabeleceu vínculo com outro" (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 521).

<sup>40</sup> TJPB, 2ª Câmara Cív., ApCív 001.1998.0135634/001, rel. Juiz Convocado Francisco Francinaldo Tavares, j. 24.10.06 (REVISTA DO FORO, 2006, p. 247-255).

convívio duradouro entre pais e filhos biológicos, ou seja, *fato cultural* versus *fato natural*, podendo-se citar como exemplos legais, a adoção judicial e, até mesmo, “à brasileira”. Trata-se de uma inovação do Direito de Família, cuja verdade foi valorizada pela posse de estado de filho, servindo esta “para revelar a face sócio-afetiva da filiação” (FACHIN, 1992, p. 160).

Outra forma de explicar o termo seria uma separação definitiva entre pais/mães biológicos e filhos, por quaisquer motivos que sejam, impondo uma ruptura sócio-afetiva: a desbiologização. Nesse caso, o pai, como função, passa a ter maior importância que a do pai genitor (biológico), hipótese na qual a desbiologização pode ser pura (não-parental) ou impura (parental) (DIAS, 1999).

Ressalte-se que esse tipo de reestruturação familiar se expandiu espontaneamente pelo convívio natural dos indivíduos em sociedades que estão cada vez mais liberadas sexualmente e, por consequência, pela crescente dificuldade em compatibilizar-se subsistência e criação de filhos.

O referido termo é citado cada vez mais nas alusões às diretivas do Direito Familiarista. Muitos, ao tomarem conhecimento dele, ficam a refletir sobre seu real significado, uma vez que, nascido das ciências biológicas, é estranhamente referenciado como termo integrante do Direito de Família. Contudo, os operadores do direito, nessa área, de alguma forma, já leram ou ouviram algo sobre o vocábulo.

Apesar disso, é uma palavra inusitada para muitas personalidades da área jurídica. Aparentemente ininteligível, o termo tem significado jurídico óbvio. Citado de forma crescente nos estudos do Direito de Família, o termo despontou no meio jurídico pelo seu sentido inovador, refletindo uma realidade paterno-filial histórica, mas sempre atual, o que justifica seu estudo.

A propósito, embora pareça inaudita, a expressão “começou a ser usada” pelo Direito brasileiro “na década de 80”, sendo que o termo deu título a um “texto do jurista mineiro João Baptista Villela”, ‘A Desbiologização da Paternidade’, em 1979<sup>41</sup> (FACHIN, 2007, p. 12). Essa obra foi, provavelmente, a precursora na popularização do vocábulo no meio jurídico.

---

<sup>41</sup> “Este texto foi publicado em 1979 na Revista nº 21 da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e lançou as bases para a compreensão do que chamamos hoje de paternidade sócio-afetiva” (FACHIN, 2007, p. 12).

O vocábulo ganhou importância no âmbito do Direito Familiarista por nominar a relação entre pais e filhos conviventes de fato, sem laços de consangüinidade, parentais ou não. Vale ressaltar que, nos dias atuais, comumente encontram-se na linguagem termos específicos de uma ciência a serem citados em outra totalmente diferente. Essa reconfiguração da linguagem mostrou-se necessária, haja vista que as mudanças tecnológicas vêm determinando também profundas mudanças culturais cotidianamente.

A tecnologia da informação detém o importante papel de introduzir no meio social essa mistura de informações trazidas pela tecnociência, traduzindo-as de modo a torná-las compreensíveis a todos que buscam informação atual e útil (CASABONA; QUEIROZ, 2004).

O termo em comento é, assim, um exemplo disso. Transformado em matéria biossocial com ampla ramificação jurídico-sociológica, o termo de sentido ambivalente faz parte de duas diversas áreas de estudos: uma intrinsecamente ligada ao Direito, ou seja, a que reflete a situação do menor convivente sócio-afetivamente com pais não-biológicos; e outra própria da Biologia, onde se estuda e analisa a concepção não-natural, obtida por meio de técnicas de reprodução humana assistida, disponíveis desde o final do século XX. Contudo, embora distintas, ambas evoluem para um lugar comum, que é o do *Poder Familiar* não-natural.

Os bancos de embriões, de esperma, a clonagem humana, as mães de aluguel, entre outros, são áreas ainda não diagonalizadas entre as conquistas da ciência biológica e a ciência jurídica.

De qualquer modo, haja vista a influência exercida pela evolução da Biologia sobre o Direito, observa-se a aceleração da atualização do termo “desbiologização” à realidade social e sua normatização, no que se chama de juridicização, ou passagem para o mundo legal. Por outro lado, a desbiologização da paternidade é vista como solução para autores como Fachin (*apud* CHAVES, 1999, p. 24-25), que declara:

Não haverá cidadania na família sem a plena cidadania social. Advogamos a formação de conceitos sempre *a posteriori*, especialmente para não enjaular, em *numeros clausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir uma família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas.

Ora, de fato, a base dos inter-relacionamentos são as pessoas, e cada uma é única, dotada de atributos e qualidades próprios e distintos dos demais; logo, tal diversidade acarreta múltiplas possibilidades de relacionamentos interpessoais, que, obviamente, necessitarão de composições distintas sempre que levadas ao Poder Judiciário.

Tal matéria espelha realidade social tão antiga quanto os filhos então denominados espúrios, órfãos e demais gerados por descuido e ao arrepio de seus genitores. Isso reafirma premissa indiscutível: para ser pai não basta ser a fonte do espermatozóide fecundante, para ser mãe não basta gerar o feto. É preciso exercer o Poder Familiar de forma permanente e efetiva, seja qual for a estrutura que tenha essa família.

As estruturas familiares, onde está ausente a figura paterna e/ou materna, juntamente com a proliferação das uniões homossexuais, fizeram com que a desbiologização pudesse incluir tanto a paternagem como a maternagem? família monoparental ou unilinear? , ou ambos<sup>42</sup>.

Eis porque, segundo Welter (2000), atualmente, diante do moderno Direito de Família, não mais se admite o estabelecimento da filiação legal, denominada ficção jurídica, restando apenas a verdade genética e a sócio-afetiva. Partindo desse pressuposto, professora Fachin (*apud* WELTER, 2000, p. 89):

[...] Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação sócio-afetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social. E no fundamento da posse de estado de filho é possível encontrar a verdadeira paternidade, que reside mais no serviço e no amor que na procriação [...] nesse contexto, há um nascimento [...] emocional.

Portanto, não se podendo hoje edificar diferença jurídica entre o filho biológico e o filho de criação, pois ambos são reconhecidos como filhos, a desbiologização deve ter como foco o efetivo amparo moral, psicológico e educacional, o respeito e a socialização entre pais e filhos no recíproco afeto. Pereira (1997, p. 14) acentua que:

---

<sup>42</sup> Destaque-se, que o que se deve levar em conta nesse “pseudo-novo” poder familiar é a prevalência da autonomia da vontade e da responsabilização sobre o vínculo sanguíneo, ou seja, independente do laço biológico.

Desbiologizar a paternidade e sair de seu campo meramente formal e jurídico abre para nós a possibilidade de pensar a família em qualquer agrupamento humano, em qualquer ponto geográfico ou lugar da história, para poder retornar ao jurídico sob a clareza com que merece ser tratada a questão.

Nesse contexto, cabe falar do pai que, numa idéia sociológica, é a figura que sai de casa para buscar o sustento, estando dissociada da afetividade. Muitos filhos não têm o privilégio de conviver com um pai afetivo e presente, embora possuam um pai biológico, o que conduz à certeza de que o afeto deve ser imprescindível e não uma figura paterna biológica.

É por esse motivo que, embora já existam meios jurídicos para reivindicar afeição dos pais, isso não é fácil, haja vista não se poder conseguir afeto por meios legais. É impossível colocar afeto no coração de um pai por intermédio da lei. Não obstante seja certo compelir o pai a visitar um filho, devido à importância desse ato para este último, a afetividade jamais virá junto com a obrigação.

Fica mais claro, assim, o motivo da desbiologização e a concepção de paternidade sócio-afetiva. O art. 226 § 7º da Constituição Federal<sup>43</sup> pôs fim à preeminência da paternidade biológica, trazendo a noção de “paternidade responsável”.

Pereira (2003, p. 226) diz, de forma clara, o que é a paternidade: “paternidade é uma função exercida, ou, um lugar ocupado por alguém que não é necessariamente o pai biológico”; diz ainda de forma contundente que “o Direito brasileiro já deveria ter entendido que por mais que se queira atribuir uma paternidade pela via do laço biológico, ele jamais conseguirá impor que o genitor se torne pai”.

Quando se lêem as obras de juristas renomados como Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues e Orlando Gomes, percebe-se que eles vêem a família como união de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cônjuges e prole, conceituação esta por demais distante realidade atual. Para se ter um conceito de família mais adequado ao séc. XXI é preciso analisar principalmente a multiplicidade social, distanciando-se do preconceito que sempre preponderou na legislação brasileira.

---

<sup>43</sup> Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988, p. 98).

A despeito de, pela verdade científica, a filiação se apresentar de uma forma determinativa fria, puramente técnica, a sua importância não pode ser regateada. Isso é tão certo, que embora o parâmetro sócio-afetivo de determinação do estado de filho funcione como um tempero ao império da genética, não significa, por via transversa, “que o critério afetivo suplantara, cegamente, o biológico” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 517).

Asseveram os autores que “A filiação – a depender de cada caso, consideradas as mais diferentes circunstâncias da vida humana – pode se apresentar com diferentes feições” (2008, p. 519). Ora basear-se-á na genética, e ora fundamentar-se-á no afeto de quem tomou para si a feição paterna. É claro, que, em alguns momentos, o critério sócio-afetivo adquirirá singular importância, o que não quer dizer, que em outros, se reconheça a suficiência do critério biológico, como por exemplo, quando um homem se recusa a registrar um filho, mesmo quando não exista vínculo de afeto entre eles.

A fixação do estado filiatório pelo meio científico, servindo-se do DNA, deve prevalecer, também, quando não existe liame afetivo formado, apesar de lavrado o registro civil de nascimento. Afinal, a sócio-afetividade somente pode ser utilizada para determinar o vínculo parental, jamais para negá-lo (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 515).

Na ambiência da genética, o DNA é um poderoso instrumento de identificação e não uma mera impressão de certeza. Embora a CF/88 não autorize mais a excelência do valor biológico, o coloca como um dos fundamentos a determinar o estado de filiação. Mesmo não sendo a consangüinidade o parâmetro único existente, ainda guarda a sua força, sem sombra de dúvida.

Bem assevera Brauner (2000) não ser verossímil que o vínculo relacional entre pai e filho se crie, apenas, através de um documento, sendo preciso querer mais, ou seja, querer ser pai ou ser mãe e, de parte da criança, necessário que se sinta como filho. Desse modo, julga-se muito adequado encerrar este capítulo com uma frase de Saint-Exupéry (2006, p. 71): “Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”.

Desdobrando a célebre frase, diga-se, que se for plantada a semente do afeto na ligação que se formar a partir do vínculo biológico, ela poderá se transformar de

uma relação entre 'genitor e filho' numa relação de 'pai e filho'. Não germinando a semente, ainda assim, será perfeitamente legítimo o liame genético, pois refletirá, nada mais, que a vontade e a força da natureza ocultada pelos genes.



### 3 AÇÕES FILIATÓRIAS

Tradicionalmente, as ações que buscam regularizar o *status familiae*, movidas contra o suposto genitor ou os seus herdeiros, com o objetivo de obter o reconhecimento da condição de filho de forma forçada, são denominadas de ações de investigação ou investigatórias de paternidade.

Entretanto, autores como Farias e Rosenvald (2008, p. 534) afirmam que: “Designar as ações relativas ao estado parental de *investigação de paternidade*, é, por certo, enxergar menos do que a ponta de um *iceberg*”. Tanto que propõem a denominação de investigação de parentalidade, e não, apenas, de paternidade.

Partilhando dessa tendência, advinda dos avanços biotecnológicos da contemporaneidade, bem como da orientação igualitária, emanada da Constituição Federal de 1988, Dias (2007, p. 345) assevera que “chamar de investigação de paternidade as demandas que procuram a identificação dos vínculos de filiação demonstra certo ranço cultural”.

Afinando-se com esse entendimento, por ser mais atual, as ações em questão devem, então, ser chamadas de ações filiatórias, ações relativas ao estado filiatório ou ao estado parental, ou, ainda, ações de parentalidade como sugerido pelos aludidos autores.

Embora seja pertinente conceituar, doravante, as ações de investigação de paternidade de ações investigatórias de parentalidade, pois as denominações sugeridas são mais conexas com os tempos atuais, julga-se que, no âmbito deste trabalho, a utilização da terminologia “ação de investigação de paternidade” seja mais condizente, pois um dos pontos a ser abordado é a recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA, situação que, vez ou outra, ocorre no bojo da investigação de paternidade propriamente dita. Diga-se, ainda, que, não obstante as inovações, os autores mais conservadores e a jurisprudência dominante utilizam-se da expressão ação de investigação de paternidade, que é de uso mais comum.

Assim, já tentando se modernizar, mas sem abraçar totalmente a nova nomenclatura sugerida, alerte-se, que nas ocasiões em que este trabalho tomar de empréstimo a designação ação de investigação de parentalidade, estar-se-á referindo, a depender do contexto, às ações filiatórias em sentido estrito, quais

sejam, as tradicionais ações de investigação de paternidade, vez que as ações relativas ao estado parental englobam a investigação de outros vínculos de parentesco, que não apenas o paterno.

A investigação de paternidade é, antes de tudo, uma ação de estado. Segundo Simas Filho (2006, p. 77), a palavra “estado” vem do latim *status*, e designa os vários predicados da personalidade. O estado de alguém é a posição jurídica determinada, de onde decorrem certos direitos e obrigações. Esse estado pode ser individual, político e familiar.

Estado familiar é a posição ocupada pela pessoa no seio da família (ex: estado de casada, solteira, parente ou não, filho adotivo, entre outros). É esse estado que interessa à ação investigatória de paternidade<sup>44</sup>. O fundamento desta ação encontra-se no art. 27 da Lei nº 8.069/90, combinado com as disposições do § 5º, do art. 2º, da Lei 8.560/92, dispositivos estes, que estabelecem a legitimação ativa para promover a referida ação.

Com respaldo no Código Civil de 2002, art. 1.606, a legitimação é do filho<sup>45</sup>, que detém o poder de agir, embora Farias e Rosenvald (2008) argumentem que, mesmo sendo regra que as ações em questão sejam promovidas pelo filho maior ou menor, existem outros co-legitimados, que, por igual, podem ajuizar a ação: o nascituro, o filho já registrado em nome de terceiro, os herdeiros do filho morto (investigação avoenga)<sup>46</sup> e o Ministério Público<sup>47</sup>.

Ainda cabe ressaltar que o Código Civil de 1916 fazia restrições aos casos em que era possível a propositura de ação de investigação de paternidade. Em seu artigo 363, afirmava que somente o filho ilegítimo teria direito à ação, nos casos de

---

<sup>44</sup> É necessário distinguir a ação de investigação de paternidade da ação negatória de paternidade. Nesta o suposto pai é que o legitimado ativo, propondo a ação para dirimir dúvida existente quanto à paternidade do filho. Também, cabe referir que é possível a propositura de ação de investigação de maternidade.

<sup>45</sup> Tanto o filho, seu representante (se incapaz) ou seus herdeiros, se ele morrer, menor de idade ou, também, incapaz, podem propô-la (art. 1.606 do Novo Código Civil). Aqui há divergência, alguns entendem que os sucessores não têm legitimação para propor a ação, outros dizem os sucessores tem legitimação irrestrita e o Novo Código Civil dispõe que somente no caso de falecer menor ou incapaz poderá ser proposta a ação pelo sucessor (art. 1.606 da Lei 10.406/02).

<sup>46</sup> É válida a pretensão dos filhos, substituindo o pai, em investigar a filiação deste, junto ao avô (relação avoenga), dirigindo a lide contra os referidos herdeiros, especialmente em face da nova Constituição e da inexistência de qualquer limitação no artigo 363 do Código Civil (STJ, Resp 269 - RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU, 7 de junho de 1990). Também Farias e Rosenvald (2008, p. 548) esclarecem que “[...] a legitimidade dos herdeiros (netos) para propositura da ação iniciando-se contra o seu avô. É a chamada investigação de parentalidade avoenga”.

<sup>47</sup> O Ministério Público pode propô-la também, porque o interesse de estabelecer a paternidade é um interesse eminentemente público.

concubinato, rapto e quando houvesse escrito daquele a quem se atribuía a paternidade, reconhecendo-a.

Tais restrições não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, uma vez que prevê a igualdade entre os filhos, pondo fim à filiação ilegítima e, portanto, alargando a legitimidade para a propositura da ação, estendendo-a a todo o filho que tiver dúvida quanto à paternidade. No mesmo sentido é a Lei nº 10.406/02, que confere legitimidade ao filho, não fazendo restrição quanto à origem da filiação.

Com a nova orientação que passou a guiar o tratamento filiatório, tornou-se inadmissível qualquer vedação ou restrição aos direitos fundamentais do cidadão, ressaltado o caráter absoluto da dignidade do homem, conferindo-se novo perfil às demandas relativas à filiação no ambiente jurídico brasileiro pós *Lex Mater* de 1988, qual seja, de ação absoluta, imprescritível, intransigível, plena e de interesse público (SARLET, 2001). Como se vê, preconceitos advindos do passado perderam consistência.

Além de se apresentar como uma ação de estado, a investigatória de paternidade apresenta outras características, tais como: ser personalíssima, indisponível e imprescritível. Ao se obter o reconhecimento judicial da parentalidade, tem-se a declaração de uma situação fática preexistente (vínculo de filiação), que gera efeitos retroativos, desde o nascimento. Daí a natureza meramente declaratória das ações investigatórias, que, destaque-se, seguem o rito comum ordinário.

A ação de investigação de paternidade (ou maternidade)<sup>48</sup> pode ser proposta em face do pai ou da mãe (investigatória de maternidade), ou, ainda, de seus sucessores, se já houver falecido, de acordo com o artigo 1.606 do Novo Código Civil (em correspondência com o artigo 350 do Código Civil de 1916). Note-se, ainda, por evidente, o cabimento de litisconsórcio, quer no pólo ativo<sup>49</sup>, quer no pólo passivo<sup>50</sup> da relação processual. Como observa Blikstein (2008, p. 103):

---

<sup>48</sup> A prova da maternidade é, supostamente, muito mais simples do que a prova da paternidade. Enquanto a primeira se comprova pela gravidez, pelo parto e pela identidade da mãe com o filho nascido, esta última é muito mais complexa.

<sup>49</sup> “No pólo ativo, é possível a formação de litisconsórcio entre o Ministério Público e o investigador, considerando a legitimação de ambos para a propositura da ação. Também é possível o litisconsórcio formado por vários filhos que pretendem investigar a paternidade de um mesmo pai. São hipóteses de litisconsórcio facultativo, pois a sua formação não é obrigatória” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 551).

<sup>50</sup> Por outro lado, no pólo passivo também se admite a formação do litisconsórcio, como no exemplo de ajuizamento de ação contra dois (ou mais) homens que tenham mantido relações carnais com a genitora do

Os efeitos jurídicos do reconhecimento<sup>51</sup> são, em geral, divididos em efeitos patrimoniais, tais como o direito a alimentos e à sucessão, e em efeitos não patrimoniais, tais como a submissão ao poder familiar, o uso do nome de família, dentre outros.

Monteiro (1996, p. 263) chama a atenção para o fato de que, qualquer pessoa que tenha justo interesse, como o econômico e o moral, pode contestar a ação. Essa faculdade está prevista no art. 365 do Código Civil de 1916, mantido pelo art. 1.615 do Novo Código Civil.

A sentença que reconhecer a paternidade produz os mesmos efeitos do que o reconhecimento do filho<sup>52</sup> (art. 366 do Código Civil/16 e art. 1.616 do Novo Código Civil). Deve ser averbada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, procedendo-se ao registro da paternidade na certidão de nascimento. A declaração do estado de filho vale contra todos, conferindo os direitos e deveres resultantes do pátrio poder ao investigante e ao investigado, se procedente.

Admite-se a cumulação<sup>53</sup> da ação de investigação de paternidade com a ação de petição de herança<sup>54</sup>, anulação de testamento e partilha, com a ação de alimentos, dentre outros<sup>55</sup>.

Antes de enveredar pela sistemática das provas, nesse momento, uma diferenciação, ainda que aligeirada, faz-se necessária quanto a outro tipo de demanda totalmente distinta das ações de investigação de parentalidade. Trata-se

---

investigante no período da concepção, o que não impede o filho de investigar o seu estado filiatório. Em sendo possível que a ação seja movida contra mais de um réu – todos os prováveis pais – forma-se um litisconsórcio passivo alternativo eventual de caráter facultativo. Outra possibilidade de litisconsórcio passivo em ação investigatória é encontrado na propositura da ação pelo filho que está registrado em nome de terceiro, já, que nesta hipótese o pai registral formará um litisconsórcio passivo com o investigado, uma vez que sua esfera jurídica de interesses deve ser prevenida para poder ser atingida pelos efeitos da decisão, sob pena de nulidade. Esta hipótese configura litisconsórcio necessário.

<sup>51</sup> “A sentença que julgar procedente a ação de investigação de paternidade produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento, podendo ordenar que o filho se eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade (art. 1.616 CC/art. 336, CC/1916)” (NETTO, 2005, p. 1225).

<sup>52</sup> Não obtido o reconhecimento espontâneo da parentalidade, por meio da averiguação oficiosa, procedimento administrativo previsto na Lei nº 8.590/62, o filho deve propor a competente ação investigatória.

<sup>53</sup> A cumulação deve atender aos requisitos do CPC, dispostos no art. 292, que exige compatibilidade dos pedidos entre si, competência do juízo para conhecer todos os pedidos e, finalmente, adequação do procedimento.

<sup>54</sup> A sentença proferida em processo de inventário e partilha não é oponível ao herdeiro que nele não foi parte. Assim, as ações cumuladas, de investigação de paternidade e de petição de herança, julgadas procedentes, acarretam, *ipso jure*, a nulidade da partilha anteriormente realizada, salvo se, nos termos da Súmula 149 do STF, decorreu o prazo prescricional para a propositura da ação de petição de herança, que é de 10 anos, nos termos do artigo 205 do Código Civil.

<sup>55</sup> Não é despciendo sublinhar, ainda, a desnecessidade de cumulação expressa de pedido de anulação de registro civil de nascimento, na hipótese do autor da ação estar registrado em nome de outrem, pois nesse caso o cancelamento do registro civil primitivo é o corolário da declaração de paternidade, bastando, em casos deste jaez, a citação do pai registral, prevenindo sua esfera jurídica de interesses. Destaque-se que o STJ vem adotando firme entendimento neste sentido.

das ações de investigação da ancestralidade (ascendência genética), dentre outras nomenclaturas que guardam relação com o chamado direito à origem genética<sup>56</sup>.

As ações investigatórias da identidade biológica objetivam apenas o conhecimento da ascendência biológica, ou seja, o conhecimento do pai e/ou da mãe biológicos, uma vez que esse direito integra a identidade e a dignidade da pessoa humana, sem que isso implique em mudanças no registro ou em obrigações para os genitores.

Frise-se, ainda, que, enquanto a ação de investigação de parentalidade é promovida pelo filho para obter o reconhecimento de seu pai ou de sua mãe, a ação negatória de filiação é aforada pelo pai/mãe ou pelo filho para negar a existência de vínculo paterno-filial, enquanto a ação de impugnação da filiação, por sua vez, é ajuizada pelo filho, pelo pai/mãe ou mesmo pelo terceiro interessado, para demonstrar a inexistência de uma relação paterno-filial já reconhecida. Farias e Rosenvald (2008, p. 520) julgam importante verificar as nuances de cada ação, pois detêm pedidos diferentes, uma da outra, ainda que assemelhados. O ponto em comum é que todas elas versam sobre o estado de filho.

### 3.1 DIREITO INDISPONÍVEL E OBJETO DA AÇÃO

O direito indisponível, como a própria denominação sugere, não pode ser renunciado ou negociado pela parte, porquanto pertence a um rol diferenciado de direitos. Trata-se de direito “que não pode ser retirado da pessoa, quer pela alienação, quer pela renúncia, quer pela diminuição, quer pela substituição do seu conteúdo” (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 202). Esse direito, evidentemente, encontra-se fora da esfera disponível da parte. Não se permite, por isso, que seja abdicado pelo titular e, conseqüentemente, é insuscetível de ser objeto de transação judicial ou extrajudicial.

Os direitos relativos ao estado da pessoa contêm caráter indisponível. Disso decorre a vedação para que as questões de estado sejam solucionadas mediante concessões mútuas das partes. O ordenamento civil deixa clara essa opção legislativa em diversos dispositivos espalhados ao longo do Código Civil de 2002,

---

<sup>56</sup> Nestas ações, não se persegue a formação de uma relação filiatória, mas, apenas, obter o reconhecimento da origem ancestral.

como se infere, em primeiro lugar, pela redação do art. 841: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. A análise deste dispositivo indica que a transação é admitida apenas no tocante a direitos patrimoniais e de caráter privado. Excluem-se desse rol, portanto, as ações de estado.

Conquanto a indisponibilidade do direito diga respeito à vedação de resolver-se de forma consensual o litígio, mediante transação, também interfere de maneira direta no desenvolvimento do processo, em especial no que concerne à produção de provas. A relevância social que confere ao direito o *status* de indisponibilidade faz com que a forma procedimental ganhe relevância, para o fim de evitar o reconhecimento de direitos indisponíveis apenas em virtude dos fatos alegados por uma das partes, sem a correspondente prova da veracidade desses fatos.

Do ponto de vista estritamente processual, nota-se a preocupação legislativa em desvincular o exame dos fatos e das provas dos atos praticados pelo réu, sejam eles omissivos – como a não apresentação da defesa, sejam eles comissivos – como a confissão expressa. A linha traçada pelo CPC prevê a necessidade de produção da prova do fato constitutivo do direito do autor, sempre que se tratar de matéria envolvendo direito indisponível.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que o resultado do processo não pode ser manipulado pelo réu, em conluio com o autor, para alterar a verdade dos fatos e, conseqüentemente, obter resultado do processo favorável à tese invocada na contestação ou na petição inicial. O litígio em que se discute direito indisponível não dispensa a existência de prova quanto aos fatos que embasam o fundamento jurídico do pedido. A ausência de prova deve ensejar a improcedência do pedido inicial.

Junte-se a isso o fato de que o artigo 189 do Código Civil de 2002 estabelece que: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”<sup>57</sup> e o artigo 5º da CF/88 preconiza que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Além do mais, o artigo 227, § 6º da CF/88 pontifica a igualdade entre os filhos.

Por sua vez, J. Franklin Alves Felipe (1987, p. 66) defende “que diante do novo texto constitucional, não há mais que se restringir os casos em que a

---

<sup>57</sup> Tal artigo guarda correspondência com o artigo 75 do Código Civil de 1916 que reza: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

investigatória de paternidade é admissível. Simplesmente cabe ação para o filho pleitear o reconhecimento de sua paternidade".

Assim, mesmo numa situação em que os pais tenham firmado documento de consentimento informado no qual se comprometiam a não demandar a paternidade, o termo não vincula o filho nascido, pois o direito do reconhecimento do estado de filiação<sup>58</sup> e, por conseqüência, do reconhecimento da origem genética<sup>59</sup>, é indisponível e personalíssimo e pode ser exercido sem qualquer restrição, não podendo constituir objeto de renúncia por parte de quem não os possui.

Portanto, desde já, é possível se chegar a algumas conclusões no sentido de que, se for vontade do filho, seja por ato próprio, assistido ou representado, ele poderá, a qualquer tempo, em face da imprescritibilidade de seu direito, investigar a sua origem genética<sup>60</sup>, sem que isto constitua diminuição, discriminação ou desconsideração da filiação sócio-afetiva, porventura formada, e sem que implique quaisquer outros direitos inerentes à filiação que não o do reconhecimento genético.

Como ação de estado que é, a investigatória de paternidade trata da busca dos verdadeiros ancestrais, para o correto assento nos registros públicos de filiação. Por tamanha relevância na esfera social, a ação investigatória encontra norte na Constituição Federal, no Código Civil e em leis especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

<sup>58</sup> "O reconhecimento do estado de filiação é matéria de direito imprescritível, personalíssimo e indisponível e, por tudo isto mesmo, a ação de investigação de paternidade não pode e não deve ser extinta, alheando-se o julgador de sua finalidade e fins sociais, sem ouvir, previamente sequer, o Ministério Público que é, a teor do Art. 127, da Carta da República vigente, o defensor dos citados direitos, sendo-lhe, por isto mesmo, atribuído o poder da iniciativa da dita ação, por força do que preceituam os Arts. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, 82, incisos I e II, do Código de Processo Civil e § 4º, do Art. 2º, da Lei n. 8.560/92" (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, 2005, p. 35-163).

<sup>59</sup> Ter direito ao reconhecimento da origem genética não significa subjugação, discriminação ou preponderância da filiação biológica em face da filiação sócio-afetiva, pois tal entendimento só seria relevante quando tratamos da discussão travada em um conflito positivo de paternidade, mas, ao tratar de uma criança que não terá pai algum e desejando conhecer seus verdadeiros pais, nada mais lógico que se reconheça esse direito (FERNANDES, 2000, p. 89). O direito ao reconhecimento da origem genética não importa, igualmente, em desconstituição da filiação jurídica ou sócio-afetiva e apenas assegura a certeza da origem genética, a qual poderá ter preponderância ímpar para a pessoa que a busca e não poderá nunca ser renunciada por quem não seja o seu titular. O reconhecimento da origem genética também tem importância em casos de doenças somente solucionáveis através de compatibilidade consanguínea, tal é o caso de certos transplantes de órgãos e certas doença, como a leucemia. A própria Resolução 1.58/92 do CFM, que regula a reprodução humana assistida, prevê a possibilidade do fornecimento de informações acerca do pai biológico, em situações especiais e sempre preservada a identidade civil do doador, para o médico que a requisitar.

<sup>60</sup> Nesta hipótese, quando se pretende apenas reconhecer o direito personalíssimo à origem genética, a ação declaratória (não propriamente a investigação de paternidade) não implicará a declaração do estado de filiação biológica, porque irrevogável a filiação sócio-afetiva, não havendo qualquer possibilidade de alguém ter um pai biológico e outro afetivo. A figura do pai e a do genitor não se confundem; para ser genitor, basta fornecer o sêmen, enquanto para ser pai é indispensável muito mais, saber doar amor, afeto, carinho, participar ativamente do desenvolvimento do ser humano e isto não requer laços sanguíneos (CAMBI, 2005).

É na legislação especial que se verifica, de forma expressa, a importância da filiação nas relações sociais dos indivíduos. Nesse sentido é o artigo 27<sup>61</sup>, da Lei 8.069/1990, que dispõe sobre o reconhecimento do estado de filiação, exercitável em sentido amplo.

A partir de tal definição legal e com base nos direitos e princípios expressos na lei geral civil e na Carta Magna, questiona-se a soberania da coisa julgada nos processos de investigação da paternidade decididos antes do advento do exame de DNA, aspecto que será objeto de estudo em capítulo próprio.

Quanto às provas na ação investigatória, diga-se, a título preliminar, já que o ponto será melhor minudenciado mais adiante, que elas variam de acordo com a hipótese em que o pedido venha a se fundar. No entanto, não se pode deixar de reconhecer a relevância da prova pericial, notadamente no que tange ao exame de DNA (ácido desoxirribonucléico, também, chamado exame determinativo da identidade biológica) que promoveu uma revolução, uma nova era nesse tipo de ação, por permitir, com precisão, a determinação da paternidade, a partir das influências genéticas.

Com o aparecimento do DNA, as lides que orbitavam em torno da descoberta do vínculo genético, nas quais o juiz munia-se somente de provas indiretas a formar o seu convencimento, declarando ou não a relação paterno-filial, passaram a ser julgadas, com um grau de maior convicção, aproximando-se a decisão judicial da verdade real, fase que prevalece no direito processual civil brasileiro (ALMEIDA, 2001).

A descoberta das leis da hereditariedade significou um grande avanço, pois hoje não há mais espaço para a velha assertiva de que o direito processual civil se contenta com a verdade formal<sup>62</sup>, máxime em sede de direitos indisponíveis, em face da peculiaridade da sua natureza. A busca da realidade fática é fundamental para a solução do conflito de interesses.

Efetivamente, com o exame de DNA, os demais meios de provas indiretas, e mesmo as outras formas de perícia, restaram secundárias. Apesar da sua

---

<sup>61</sup> Art. 27 do ECA: O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

<sup>62</sup> "No que pertine à paternidade jurídica, muito embora continue correspondendo à regra geral no texto positivado, vem sendo reconhecida como uma ficção, como algo artificial, de sorte a ser eventualmente afastada ante a admissão de que possa ser questionada pela nova ordem de idéias que vem se fazendo presente nos pronunciamentos dos Tribunais Superiores, sendo marcante a referência à descoberta da verdade rela da paternidade" (ALMEIDA, 2001, p. 157).



importância, não se constitui prova única a ser realizada na investigação de parentalidade, já que não o havendo, os demais meios de prova disponíveis na sistemática processual continuam válidos e possíveis para a determinação da paternidade, sendo convocadas pelo juiz que as valorará, procurando respaldar seu entendimento na verdade que emana dos autos.

Valendo-se de expressão cunhada por Sérgio Gischkow Pereira, ao proferir voto no TJ/RS, no julgamento da Ap. Cív. 595074709 (RJT-JRS, 175:596), sobreleva, evitar uma ‘sacralização ou divinização do DNA’, que não se tornou prova exclusiva em tal tipo de ação, já que impende cautela na sua realização, desde a escolha do laboratório, até a cuidadosa coleta, esmerada redação e análise do laudo<sup>63</sup>, passando pela formação qualificada dos profissionais envolvidos na análise pericial (DINIZ, 2005).

### 3.2 DA PROVA

O conceito de ação, em seu caráter abstrato, não deve ser reduzido à possibilidade de se instaurar um processo. Envolve uma série de passos que devem ser respeitados, a fim de que seja assegurado às partes o efetivo acesso à justiça. Dentre eles, pode-se destacar o direito à prova.

O direito das partes à introdução, no processo, das provas que entendam úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que assentam suas pretensões, embora de índole constitucional, não é, entretanto, absoluto. Ao contrário, como qualquer direito, também “está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção” (GOMES FILHO, 1997, p. 91). No dizer do professor Barbosa Moreira (1998, p. 107):

No processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do juiz na investigação da verdade, inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa – que, em regra, costuma predominar – no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial.

---

<sup>63</sup> O órgão judicante não está limitado ao laudo pericial: poderá aceitá-lo ou não, sendo que nesta última hipótese deverá especificar os motivos de sua recusa (CPC, art. 436), baseado na prudência objetiva, pois esse exame traz em seu bojo “a verdade real (DINIZ, 2005).

É evidente que o direito à prova implica, no plano conceitual, a ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. Dentro desse contexto, a regra é a admissibilidade das provas; e as exceções precisam ser expressas de forma taxativa e cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante.

Esse princípio fundamental, segundo Barbosa Moreira (1998), que se reflete, por exemplo, na propensão dos modernos ordenamentos processuais para abandonar, na matéria, a técnica de enumeração taxativa e permitir que, além de documentos, depoimentos, perícias e outros meios legais tradicionais, em geral, minuciosamente regulados em textos legais específicos, recorra-se a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas atípicas).

Lembrando que nenhum princípio é absoluto em direito e lembrando, também, da "lógica do razoável" do mestre Recaséns Siches, poderão ocorrer situações onde estarão em disputa dois princípios protetores de bens jurídicos. Deve-se procurar, então, o chamado "ponto de equilíbrio" (BARBOSA MOREIRA, 1998).

Antes de adentrar no tópico específico acerca da realização da prova para a determinação da paternidade, são necessárias algumas digressões sobre a prova de um modo geral.

A problemática da prova tem sido muito discutida em termos de processo. As provas servem à formação do convencimento do juiz e, ao mesmo tempo, cumprem também o papel de justificar perante a sociedade a decisão adotada. Num primeiro plano, torna-se necessário aferir o conceito de prova que, não é unívoco, possuindo vários sentidos, tanto na linguagem popular quanto no uso técnico, e dentre eles, o dos juristas.

A palavra prova, segundo Santos (1968), provém do latim *probatio*, que significa prova, ensaio, verificação, exame, argumento, derivando do verbo *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de). Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato, de um ato material ou de um ato jurídico demonstrado.

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra *prova* não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência de fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador quanto ao instrumento por meio do qual essa verificação se faz. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação. No segundo sentido, a palavra *prova* é empregada para significar não mais a ação de provar, mas o próprio *instrumento* utilizado, ou o *meio*<sup>64</sup> com que a prova se faz (SILVA, 1998, p. 337-338).

Portanto, a prova consiste na demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega em juízo, razão pela qual se diz que nenhuma alegação sem provas possui valor, exceto, por exemplo, no caso de uma presunção legal<sup>65</sup>.

No mesmo sentido, pronuncia-se Mittermayer, afirmando que a prova “é o complexo dos motivos produtores de certeza” (1996, p. 75). E, ainda, Greco Filho (1997, p. 194) que declara:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Conclui-se, assim, que prova é a demonstração da verdade dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos, em que se fundamenta a ação ou a resposta. Não é, portanto, meio; é resultado. Se assim não fosse:

[...] ter-se-ia de admitir, inevitavelmente, por exemplo, que qualquer documento juntado aos autos constituiria, por si só, prova do fato a que se refere, ignorando-se, com isto, a apreciação judicial acerca desse meio de prova, apreciação que resultaria na revelação do *resultado* que tal meio produziu, conforme tenha eficácia para tanto. Ademais, se o meio é a prova, como sustentar-se essa afirmação diante de declarações conflitantes de duas testemunhas sobre o mesmo fato? (TEIXEIRA FILHO, 1991, p. 22).

Isso justifica o fato de que, por exemplo, em ações de investigação de paternidade, a prova tem que ser robusta, pois a paternidade apenas possível não pode ser sinônimo de paternidade concreta, judicialmente comprovada por critérios

<sup>64</sup> Ou soma dos meios.

<sup>65</sup> A esse respeito Didier Jr. *et al.* (2008, p. 61) se pronunciam: “As presunções legais estabelecem como verdades os fatos presumidos, tornando a sua prova irrelevante”.

objetivos. Só o conjunto uniforme de elementos seguros, pode levar à declaração de filiação contestada, pois se é desumano que o filho não tenha direito à paternidade, também é injusto a declaração de uma filiação inexistente.

Liebman (*apud* Greco Filho, 1997, p. 108), em sua obra “*Manuale de direito Processuale Civil*”, assinala que:

Por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança (como é próprio a todos os juízos históricos).

Por isso, convém atentar que no direito em geral, e no processo em particular, é sempre imprudente, e às vezes muito danoso, levar às últimas conseqüências, aplicação rigorosamente lógica de qualquer princípio.

A verdade, no processo, deve ser sempre buscada pelo juiz, mas o legislador, embora *cure da busca da verdade*, não a coloca como um fim absoluto, em si mesmo. Ou seja, o que é suficiente, muitas vezes, para a validade e a eficácia da sentença é a verossimilhança dos fatos (ARRUDA ALVIM, 2000, p. 440).

A significação dos princípios processuais é, desse modo, essencialmente instrumental: o legislador adota-os porque crê que a respectiva observância facilitará a boa administração da justiça. Eles merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida.

É nessa seara que se encontram os debates sobre os modernos meios de produção de prova, surgidos dos progressos tecnológicos e ainda não disciplinados de forma expressa pela lei, que, em muitos casos, não consegue acompanhar a evolução da tecnologia.

Dentro dessa gama de novos meios de prova que podem se apresentar no âmbito do direito processual pode-se arrolar, entre outras: a prova judicial via satélite, o interrogatório do acusado no processo penal, atos cometidos no meio eletrônico via *Internet*, a prova pericial do DNA, sendo que sobre esta, objeto de estudo desse trabalho, serão tecidas considerações mais detalhadas oportunamente.

### 3.2.1 Considerações gerais sobre a teoria da prova

O Código Civil vigente dedicou-se a tratar da prova judiciária nos artigos 212 a 232 (Título V – Das provas, do Livro III – Dos fatos jurídicos, do Livro I - Parte geral), repetindo o que fizera o Código revogado (arts. 136 a 144). A prova judiciária civil encontra-se prevista no Capítulo VI – das provas – do CPC, a partir do art. 332 até o art. 443.

Couture (1993, p 215) assevera que, em "sua acepção comum, a prova é a ação e o efeito de provar; e provar é demonstrar de algum modo a certeza de um direito ou a verdade de uma afirmação"<sup>66</sup>. Arruda Alvim (2000, p. 399), de sua parte, conceitua prova judiciária, dizendo que consiste:

[...] naqueles meios definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (v. arts. 332 e 366)<sup>67</sup>, como idôneos a convencer (prova como 'resultado') o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade principalmente, dos litigantes (prova como 'atividade').

Para Santos (1994, p. 11), prova judiciária: "é a verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do exame, da estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz, dos elementos probatórios".

Theodoro Jr. (2003, p. 381-382) diz que provar "é conduzir o destinatário do ato (o juiz, no caso dos litígios sobre negócios jurídicos) a se convencer da verdade acerca de um fato. Provar é conduzir a inteligência a descobrir a verdade".

Como se pode perceber pela apreciação das definições dos referidos autores, a maioria dos juristas que conceituam a prova judiciária, o faz adotando isoladamente as noções de atividade, meio ou resultado. E, embora já se tenha dito que prova não é meio, é resultado, sua amplitude, no caso da prova judiciária, impõe-se a análise de seu conceito sob duas vertentes: uma subjetiva e outra objetiva, que reúnam, conjuntamente, *forma, atividade, meio e resultado*.

<sup>66</sup> "En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación" (COUTURE, 1993, p. 215) – texto original.

<sup>67</sup> Vale observar que os artigos referidos pelo supracitado autor são dispositivos do Código Processual penal.

Com base em Teixeira Filho (1991), afirma-se que, sob o aspecto subjetivo, prova judiciária<sup>68</sup> é:

a) *atividade* – ação realizada pelas partes no intuito de demonstrar a veracidade das afirmações. Nesse caso, diz-se que a parte produziu a prova quando, através da demonstração de algo que pretendia provar, fez aparecer circunstâncias capazes de convencerem o juiz quanto à veracidade das afirmações.

b) *resultado* – soma de todos os fatos capazes de produzirem a convicção do juiz, apurados no processo. É a verdade extraída pelo juiz (*resultado*) dos elementos probatórios produzidos pelas partes (*atividade*), através do desenvolvimento do seu trabalho intelectual de avaliação, pelo qual pesa e estima tais elementos.

Ainda com base no referido autor, sob o aspecto objetivo, prova judiciária é:

a) *forma* – instrumento disponibilizado aos litigantes para que demonstrem a existência dos fatos alegados. Não se trata da ação de provar, mas do instrumento próprio (forma definida pelo ordenamento jurídico para o conhecimento dos fatos pelo juiz). Nesse caso, diz-se que a prova é documental, testemunhal, pericial, etc.

b) *meios* – emanações das pessoas ou coisas, que oferecem ao julgador percepções sensíveis atinentes ao *thema probandum*. Assim, o conteúdo ideal dos documentos, o conteúdo ideal do depoimento das partes ou das testemunhas, são meios de prova.

Cabe, ainda, citar Silva (2002), segundo o qual a classificação<sup>69</sup> mais utilizada pela doutrina brasileira divide as provas da seguinte maneira:

a) Quanto ao objeto, podem ser diretas (destinadas a comprovar o próprio fato) ou indiretas<sup>70</sup> (objetivam comprovar fatos secundários ou circunstanciais, também chamadas de prova de indícios);

<sup>68</sup> De acordo com Carnelutti (*apud* DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 44), a palavra prova, num sentido comum é “a demonstração da verdade de uma proposição”. Já, no sentido jurídico, Santos citado pelos mesmos autores, um pouco mais adiante, pondera, que são basicamente três acepções, sendo às vezes utilizado para significar ‘o ato de provar’, noutras para designar o ‘meio de prova’ propriamente dito e por fim pode designar o resultado dos atos ou dos meios de prova. Os autores complementam dizendo que quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, estar-se-ia falando de um ‘sentido objetivo’ e quando é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, resultado da atividade e meio probatório, faz-se o uso do termo prova num sentido subjetivo.

<sup>69</sup> Didier Jr. *et al* (2008, p. 67) classificam a prova quanto ao ‘objeto’ em diretas e indiretas; quanto à ‘fonte’ em pessoais e real; quanto à ‘forma de prova’, em testemunhal ou oral, documental e material e, por fim, quanto à sua ‘preparação’ em casuais ou simples e pré-constituídas. Assinalam, ainda, a categoria da prova composta que é a que resulta da concordância, entre si, de muitos meios de prova, os quais, cada um, é insuficiente para demonstrar o alegado, sendo a concordância entre si de vários meios imperfeitos de prova.

b) Quanto ao sujeito de que a prova emana, são pessoais (a revelação consciente de um fato por determinada testemunha) ou reais (produzidas por objetos ou coisas);

c) Quanto à forma, podem ser testemunhais (incluindo-se confissão e juramento), documentais e materiais (produzida por objetos ou coisas).

Pela regra geral, o objeto da prova constitui-se dos fatos que não sejam notórios, confessados, incontroversos ou presumidos legalmente, conforme dispõe o art. 334 do Código de Processo Civil vigente:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (BRASIL, 1973, p. 43).

Portanto, apenas os fatos relevantes para a demanda judicial são objeto de prova. E assim afirma claramente o art. 332 do mesmo Código: “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”.

Com relação ao supracitado artigo, a única exceção prevista no CPC encontra-se no art. 337, que exige da parte prova de direito estadual, municipal ou vigência de lei estrangeira, como se vê no art. 337: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

O objeto da prova, portanto, são os fatos controversos contidos no processo judicial. Ao apreciar os fatos controversos e valorar as provas produzidas na demanda pelo atual sistema do CPC, o magistrado irá seguir em busca da realidade pelos dados apresentados no processo - mostrando-se importante a convicção do julgador e suas certezas. E essa busca, na verdade, tem em vista a elucidação do fato controverso para solucionar a lide, que, em última análise, é o objetivo da jurisdição.

Ainda acerca do objeto da prova, costumava-se dizer que os fatos da causa o compõem (*thema probandum*), mas como bem alerta Dinamarco (*apud* DIDIER JR.

<sup>70</sup> Destaque-se que as provas indiretas não se referem ao próprio fato probando, mas a outro, do qual por operação raciocínio se atinge àquele. “São os fatos circunstanciais. A prova judiciária é a prova indireta” (DIDIER JR., *et al*, 2008, p. 67).

*et al*, (2008, p. 45), modernamente, a doutrina afirma que ‘provar’ é demonstrar que uma alegação é boa, correta, e, portanto, condizente com a verdade, de modo que o fato existe ou não, acontece ou não, sendo insuscetível de adjetivações. Em arremate, sintetiza Dinamarco (2005, p. 58): “As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.”

Distinguem-se os ‘meios’ das ‘fontes’ de prova porquanto os meios são as técnicas desenvolvidas para extrair de onde ela advém (isto é, da fonte), é o que dizem Didier Jr. *et al* (2008, p. 48). Portanto, os meios de prova são “pontes através das quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz” (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 212). São fontes de prova, por exemplo, as coisas, as pessoas, os fenômenos.

No que tange à função da prova, é válida a afirmação de Kisch (1994, p. 196), segundo quem “as conseqüências jurídicas estão associadas às afirmações sobre fatos”. Desse modo, a parte que deseja obter no processo um efeito jurídico, deve primeiro afirmar algo sobre certo fato, comprovando, a seguir, a veracidade dessa afirmação.

As dúvidas que surgem quanto à veracidade das afirmações feitas pelas partes, dado à sua contradição, devem ser dirimidas pela atividade probatória. Tal atividade é de fundamental importância.

Para que as afirmações feitas pelas partes sejam levadas em consideração pelo juiz no momento de julgar, imperiosa é a demonstração de sua veracidade. A prova, nesse caso, é a verdade extraída pelo juiz (resultado) dos elementos probatórios produzidos pelas partes (atividade), através do desenvolvimento do seu trabalho intelectual de avaliação.

A prova judiciária é utilizada com o objetivo de “formar a convicção, o convencimento do juiz”, a fim de solucionar a lide. É uma forma de demonstração da ocorrência, ou não, de determinado fato, com o objetivo de convencer o julgador acerca de fatos controvertidos do processo (BLIKSTEIN, 2008, p. 59). Pode-se afirmar, portanto, que a função da prova é a de formar a convicção do julgador, a fim



de que este faça incidir a norma jurídica ao fato<sup>71</sup>. Greco Filho (2003, p. 182) sintetiza bem essa finalidade: "no processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim mortal e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz".

Há princípios constitucionais<sup>72</sup> e processuais<sup>73</sup> relativos especificamente à prova. Dentre esses princípios, destaque-se o do livre convencimento motivado do juiz (ou persuasão racional), que afirma ser o juiz livre para apreciar a prova desde que o faça motivadamente: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento", é o comando consagrado no art. 131 do CPC.

Corroborando o referido artigo, as disposições dos arts. 154 e 458 do CPC mencionam o acolhimento do princípio da persuasão racional, o qual pode acarretar a nulidade da decisão que desatendê-lo.

De acordo com esse princípio, do livre convencimento motivado (persuasão racional), insculpido no mencionado art. 131 do CPC, "corolário dos sistemas de avaliação das provas", o juiz aprecia livremente as provas e, ao julgar, indica os motivos que formaram o seu convencimento. "Não há aqui, portanto, poder discricionário ou pessoal do juiz, há apenas a liberdade de formar a convicção motivada pela letra legal", baseada na ordem jurídica (BLIKSTEIN, 2008, p. 67). Vê-se, então, que a motivação da decisão é critério fundamental.

A evolução histórica da prova passou por várias fases, dentre as quais destacam-se: "a primitiva, a religiosa, a da livre convicção do juiz e, finalmente, a da persuasão racional do juiz" (BLIKSTEIN, 2008, p. 55). Enquanto na fase primitiva, não havia um sistema processual preciso e "as provas eram formuladas e valoradas de forma empírica" (LOPES, 2002, p. 15), as provas judiciais do segundo período – greco-romano – tiveram "como ponto fundamental a racionalidade como princípio para a valoração da prova" (BLIKSTEIN, 2008, p. 56).

---

<sup>71</sup> A prova, em direito processual, "assume a condição de um meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, convencer o Estado-Juiz da validade das proposições, objeto de impugnações, feitas no processo" (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 64).

<sup>72</sup> Ampla defesa, proibição da prova obtida ilícitamente e princípio da proporcionalidade (BLINKSTEIN, 2008, p. 62).

<sup>73</sup> Livre convencimento motivado do juiz, oralidade, imediação, identidade física do Juiz e princípio da comunhão da prova (BLINKSTEIN, 2008, p. 63).

Na fase legal, o marco foi a imposição de regras predeterminadas de valoração das provas, oferecendo-se ao julgador uma lógica na formulação dos juízos, que ficava obrigado a decidir o pleito com análise de todos os elementos probatórios apresentados. Já na quarta fase, da livre convicção do juiz, a valorização das provas ocorria apenas de forma subjetiva (BLINKSTEIN, 2008).

A última fase, da persuasão racional do juiz, busca dotar o julgador de faculdades inquisitivas, uma vez que a liberdade de valorização da prova é “conseqüência lógica do empirismo da modernidade” (BLIKSTEIN, 2008, p. 57). O mesmo autor complementa informando que se buscou formar, na sentença judicial, um silogismo perfeito, passando a serem adotados todos os meios de prova existentes atualmente: prova testemunhal, documental, pericial, confissão e interrogatório.

Para tratar da natureza jurídica da prova, destaque-se o comentário de João Mendes Jr. (*apud* MILHOMENS, 1986, p. 56): “foi Bentham, dominado pela mania de atacar a técnica do Direito Romano e criar uma técnica para o Direito Inglês, que dividiu as leis em substantivas e adjetivas”.

Surgia, assim, a distinção do direito em material e processual. Dentro dessa classificação, até hoje adotada pela universalidade do direito, cumpre definir a natureza jurídica das leis relativamente à prova.

Não obstante o respeito às outras correntes existentes<sup>74</sup>, “as normas que dispõem sobre a prova pertencem exclusivamente ao direito processual” (TEIXEIRA FILHO, 1991, p. 29), vez que seu escopo reside na idéia de convencimento do magistrado. Vale dizer: “as provas somente assumem real importância *dentro do processo*” (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 153).

Além disso, a ciência do processo é “a única que se dedica ao estudo sistematizado e completo do instituto da prova, perquirindo sob todos os ângulos seus fins, suas causas e efeitos” (PESTANA DE AGUIAR E SILVA, 2003, p. 3).

---

<sup>74</sup> Cinco, então, são as correntes: a primeira sustenta que a natureza das leis é de direito material (Salvatore Satta, Francesco Carnelutti); a segunda lhe dá a natureza de direito processual (Emilio Betti, Giuseppe Chiovenda, Carlos Lessona, Eduardo Juan Couture, Pontes de Miranda, Arruda Alvim, Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco); a terceira diz que a natureza das leis sobre a prova é mista (Clóvis Beviláqua, João Monteiro, Moacyr Amaral Santos); a quarta classifica algumas normas como de direito material e outras de direito processual; e a quinta lhe atribui natureza especial.

Cabe ao direito processual, portanto, regular a matéria em toda sua amplitude e em todos os seus aspectos, valendo lembrar a advertência de Liebman, para quem “a identificação da natureza jurídica das leis não é uma questão topográfica” (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 50). Assim, são de direito processual as normas sobre prova inseridas no Código Civil.

### **3.2.2 Do elenco de provas possíveis e sua contribuição para a busca da verdade real nas ações filiatórias**

Constituindo-se a atividade probatória na “espinha dorsal” da instrução processual, diga-se que superados os casos de presunção da paternidade e não reconhecida espontaneamente esta, surge, na demanda judicial, a necessidade de realizar a prova da paternidade, uma vez que, mesmo não apresentada a defesa, não há os efeitos da revelia<sup>75</sup>.

Todos os meios legais, além dos moralmente legítimos, ainda que não previstos, são hábeis para provar a filiação, como reza o art. 332 do CPC. São admitidas, assim, desde a prova documental, testemunhal (com o cuidado para que não exista influência dos sentimentos, amizade e afeto no depoimento), depoimento pessoal das partes, até a divulgada prova pericial (nesta última estão incluídas todas as provas científicas de paternidade, como exame de DNA e o exame de tipagem sanguínea).

Note-se que o sistema de avaliação e produção de prova adotado no sistema processual civil brasileiro não prevê expressamente qualquer hierarquia entre as provas. No entanto, no tema tratado, a prova pericial, com destaque para o exame de DNA, tem ganho força quase absoluta na determinação da paternidade, o que denota contrariedade do sistema normativo com a realidade fática.

Dentre as demandas que transitam pelo Poder judiciário, no âmbito do Direito de Família, a investigatória de paternidade talvez seja a que sempre apresentou maiores dificuldades no campo probatório, sendo, por via transversa, “a que mais se beneficiou com a evolução – quase revolução – ocorrida a partir da descoberta dos

---

<sup>75</sup> Quanto o litígio versa sobre direito indisponível, a revelia não induz o efeito da presunção de veracidade, na forma do art. 320 do CPC. Tal regra abarca a ação de investigação de paternidade, de modo que o autor é obrigado a produzir prova dos fatos alegados na inicial, sendo desnecessária, porém, a intimação do acionado para os atos subseqüentes do processo, fluindo o prazo independente de cientificação do revel que poderá retomar o processo em qualquer fase.

indicadores genéticos, que contribuem de forma significativa para a identificação das relações de parentesco” (DIAS, 1999, p. 97).

Na ação de investigação de paternidade, a *causa petendi*<sup>76</sup> é só uma, qual seja a coincidência entre o período da concepção do autor e o relacionamento sexual mantido entre sua genitora e o indigitado pai.

Quanto aos meios de prova da paternidade, como vínculo biológico, estes foram evoluindo ao longo dos tempos, acompanhando o progresso científico. Desse modo, têm-se como principais meios de prova os não científicos e os científicos. Os primeiros se desdobram em presunções e indícios.

Indícios<sup>77</sup> são modalidades de prova indireta que objetivam comprovar fatos secundários ou circunstanciais, também chamadas de prova de indícios. São entendidos mais claramente como a aceitação de um fato pelo resultado da operação mental, e não da produção de uma prova efetivamente. Podem revestir-se de força probatória na ação de investigação de paternidade (THEODORO JR., 2006).

O depoimento pessoal é um meio de prova cujo intuito é obter a confissão do adversário sobre a matéria versada nos autos. Nada impede de ser usada em benefício do depoente. A prova oral na demanda investigatória somente possui resultado absoluto se gera confissão por parte do suposto pai ou se comprova algum fato de que necessitava o juiz para poder proferir a sentença (BLINKSTEIN, 2008).

A prova testemunhal, em sede de ação de investigação de paternidade, será produzida em audiência de instrução, que não será pública em razão da realidade de atos processuais que dizem respeito à filiação (CPC, art. 444), devendo participar somente as partes interessadas e seus procuradores (CPC, art.155, parágrafo único). Nesse tipo de prova, o que pode ser obtido são informações sobre a existência ou não do relacionamento entre a mãe e o suposto pai, bem como sobre a conduta de ambos e a vida privada de cada um. Como qualquer situação fática, a paternidade pode ser provada por testemunhas.

---

<sup>76</sup> *Causa petendi* é uma locução latina que designa os fundamentos do pedido do autor da ação. É a razão de ser do pedido, que não se confunde com o próprio pedido, haja vista o artigo 264 do CPC que diz: “Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”.

<sup>77</sup> Afirma Didier Jr. *et al* (2008, p. 57), de forma categórica, que “A presunção não é meio de prova, nem fonte desta”. Continuam “O indício por sua vez é um meio de prova, já que a partir dele se elabora a presunção judicial” (p. 58). A Posse do estado de filho – é uma presunção, manifesta-se pela aparência de filho sustentada pelo investigador perante a sociedade. Quando o filho usa o nome do pai, recebe o tratamento de filho e tem a “fama” de filho em seu meio social, tem a posse do estado de filho do investigado. Tal presunção tem fraca força probante da paternidade biológica.

O valor da prova testemunhal<sup>78</sup> também é relativo. Essa prova muitas vezes apresenta defeitos em razão de as pessoas que depõem darem-se ao esquecimento dos fatos que interessam ao processo ou construírem situações inexistentes que, se comprovadas, prejudicam sobremaneira a real apuração dos fatos, como também enseja ao depoente a aplicação das sanções criminais. Por outro lado, as testemunhas, pela natureza do fato a ser provado, fazem parte do círculo de convivência e amizade das partes, podendo ter suas declarações influenciadas por essas relações. Além disso, a paternidade é fato biológico, devendo ser comprovada por meios capazes de verificar essa vinculação.

“A prova documental também pode ser produzida pela parte para somar-se ao conjunto probatório existente nos autos” (BILKSTEIN, 2008, p. 127). Deve ser produzida, em regra, pelo autor quando da apresentação da inicial, e pelo réu quando da apresentação da resposta, conforme art. 396 do CPC, excepcionalmente admitindo-se apresentação de documentos novos fora das ocasiões mencionadas, quando eles tiverem por finalidade fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos, de tudo sendo cientificado a parte *ex adversus*<sup>79</sup>, no prazo de cinco dias (CRUZ, 2001).

Os documentos importantes para a ação de investigação de paternidade podem ser cartas escritas pelo suposto pai discorrendo sobre a paternidade, certidão de batismo e eventuais documentos que comprovem o relacionamento com o investigante e a mãe deste.

Paulo Filho (2006) também destaca o exame prosopográfico<sup>80</sup> como uma prova na investigação de paternidade. Trata-se da verificação da semelhança física entre investigante e investigado, realizada pela justaposição de fotografias por cortes longitudinais e transversais. Esse meio de prova também é fraco, não autorizando à certeza quanto à paternidade, pois pessoas que não possuem relação de parentesco alguma podem ser fisicamente semelhantes.

---

<sup>78</sup> Há precedentes no sentido da desnecessidade de colheita de prova testemunhal quando há laudo de DNA negativo. “O resultado do exame genético – DNA é prova incontestável, pelo que se mostra desnecessária a produção de prova testemunhal que, por mais robusta que se apresente, não terá o condão de inibir o valor probante, do exame científico realizado” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2006, p. 191-195).

<sup>79</sup> Do lado contrário.

<sup>80</sup> Destaque-se, ainda, o exame odontológico que consiste na comparação das arcadas dentárias. Este exame hoje está completamente em desuso, ao menos para a identificação da paternidade, já que continua sendo utilizado em outros ramos da medicina legal (BETINI, 2002, p. 732).

Nesse ponto, vale ressaltar que não se pode esquecer que, ante a flexibilização dos costumes sociais e sexuais, freqüentemente chegam aos fóruns demandas para o reconhecimento da filiação onde a genitora e o suposto pai não mantiveram relacionamento afetivo, mas tão-somente um contato sexual casual, do qual resultou a concepção do autor. Em tais demandas, não é raro o varão sequer se lembrar do ocorrido, pois, para ele, foi um evento sem maior importância; para a mulher, que resultou grávida de tal encontro, o evento não foi esquecido.

Esta situação fática, mais comum do que se supõe, não se enquadra completamente em nenhuma das circunstâncias previstas na legislação civil de 1916, mas costumava ser inserida no inciso II do artigo 363<sup>81</sup> do Código Civil, pois havia lá referência a relacionamento sexual (PAULO FILHO, 2006).

Consigne-se que o fato de a genitora e o pai biológico terem mantido um relacionamento fugaz não pode ser impeditivo a que o filho venha a buscar a identificação de sua origem genética, especialmente se não possui uma figura paterna ao longo de sua vida; o filho somente foi gerado em razão do espermatozóide e do óvulo, de maneira que a responsabilidade pela concepção é de ambos os genitores, independentemente da espécie de relacionamento mantido entre estes.

A comprovação da paternidade alegada em casos como o supramencionado, fica extremamente dificultada quando se pensa em provas tradicionais como a testemunhal e a documental. Desse modo, ganham importância as provas de vínculo biológico, aqui representadas pelas provas científicas. Na ação de investigação de paternidade a averiguação do vínculo biológico, genético, com maior grau de precisão, torna-se possível somente através da ciência, único meio de conferir certeza à filiação. Nesse contexto, são espécies desses meios<sup>82</sup>:

a) Sistema ABO – tipagem sangüínea – não comprova positivamente a paternidade, apenas tem força para excluir a paternidade. É realizado pela verificação da tipagem sangüínea do investigado, do investigante e da mãe,

---

<sup>81</sup> Art. 363 do CC de 1916. “Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, ns. I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação. [...] II – “Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela”. Este dispositivo não guarda referência com nenhum outro do CC de 2002.

<sup>82</sup> O exame de sangue é adequado para excluir a paternidade se o filho e o pretense pai pertencerem a diverso grupo sanguíneo; porém, se do mesmo grupo, não se pode proclamar a filiação, mas tão somente a mera possibilidade da relação biológica da paternidade, devido à circunstância de que os tipos sanguíneos e o fator Rh, embora transmissíveis hereditariamente são encontrados idênticos em milhões de pessoas. Assim, se o tipo de sangue for o mesmo no investigante e no investigado, isso não quer dizer que sejam parentes, pode ser mera coincidência.

realizando-se o cruzamento entre a do investigado e da mãe e verificando a possibilidade ou não de filiação. Somente exclui a paternidade, devido ao grande número de indivíduos com o mesmo tipo sanguíneo. Explicando melhor, esse exame tem como base os tipos sanguíneos A, B, O e AB, acrescidos aos subgrupos M, N e MN e ao fator Rh (positivo ou negativo)<sup>83</sup>. Pela análise de tais vetores, chegar-se-ia a um resultado de semelhança ou não de tipo sanguíneo entre o investigante e seu suposto pai (SIMAS FILHO, 2006).

b) Sistema de histocompatibilidade – antígeno leucocitário humano (*Human Leucocyte Antigen* - HLA)<sup>84</sup> – representou um grande avanço nos meios de investigação de paternidade, pois não tem caráter meramente exclusivo como os sistemas anteriores, conferindo certa certeza científica a respeito da paternidade. Foi aceito pela OMS em 1970 como meio de comprovação da paternidade. Para a análise, colhia-se amostra de sangue do suposto pai, da mãe e do filho e fazia-se a separação dos leucócitos, a fim de verificar a incidência de antígenos capazes de excluir ou considerar viável a paternidade. De forma sintética, pode-se dizer que os testes de paternidade feitos pelo sistema HLA visam a verificar a correspondência entre os antígenos do suposto pai e os de origem paterna presentes no filho. Se o investigante não possui os antígenos observados no investigado, herdados do pai natural, a paternidade será excluída (CARVALHO NETO, 2006). Eram utilizados vários antígenos para reduzir a margem de erro, todavia não dava prova cabal da paternidade. A margem de acerto está entre 86% e 99% (CRUZ, 2001).

c) Sistema da impressão digital do DNA – é conclusivo para o estabelecimento da paternidade, dando a certeza de 99,99% a 99,9999% da paternidade. O ácido desoxirribonucleico compõe os cromossomos do indivíduo, sendo sua bagagem genética, formando suas características e transmitindo-as a seus descendentes. Para a averiguação da paternidade são colhidas amostras do material genético da mãe, do suposto pai e do filho, extraído o DNA e comparado. Sendo iguais as bandas (fragmentos de DNA) do pai e do filho em relação a determinada característica, a paternidade será conclusiva. A possibilidade de dois indivíduos terem a mesma

<sup>83</sup> Enquanto o Sistema M e N buscou aprimorar o sistema ABO, realizando-se a verificação não só dos grupos sanguíneos, mas também dos antígenos M e N, que formam os tipos sanguíneos M, MN e N, sendo, também meramente exclusivo da paternidade; o Sistema Rh, da mesma forma do que os dois anteriores, só tem força para excluir a paternidade, porque o fator Rh é idêntico em grande número de pessoas.

<sup>84</sup> Destaque-se que os exames hematológicos realizados pelos sistemas cromossômicos, séricos e enzimáticos (HP e PGM) também não alcançam níveis desejáveis de inclusão da paternidade. “Os sistemas eritrocitários e séricos permitem 73,1% de exclusão e 80% de inclusão da paternidade” (CRUZ, 2001, p. 140).

impressão digital do DNA é de 1 (uma) a cada 30 (trinta) bilhões, sendo virtualmente impossível que haja coincidência (CARVALHO NETO, 2006).

A verificação do DNA pode ser obtida até mesmo após a morte, mediante amostras de parentes próximos. A infalibilidade do exame não é absoluta, pois depende das condições e da seriedade com que é realizado. Adotando-se a técnica correta, no entanto, apresenta certeza quase absoluta para a verificação da paternidade.

A importância do estudo dos meios de prova da paternidade é fundamental para a verificação da autoridade da sentença que a declara, pois da escolha do meio depende o grau de certeza da conclusão ou da exclusão da paternidade.

É necessário lembrar, no entanto, que, embora os exames periciais tenham papel decisivo na comprovação da paternidade, o magistrado não está a eles adstrito. Pode o juiz ignorar o resultado do exame, mesmo que não seja essa a decisão recomendável, em decorrência do caráter fundamental do direito à filiação.

### 3.2.3 Negligência e precariedade probatórias

A ação de investigação de paternidade, como procedimento que visa a tutelar o estado de família<sup>85</sup> dos filhos, sempre foi incluída pelos processualistas brasileiros na categoria das chamadas *ações prejudiciais*, assim denominadas pelo fato de “não procurarem a obtenção, por si mesmas, de qualquer condenação, mas somente o reconhecimento prévio, por sentença, de fatos que visam a assegurar a efetivação de direitos através de outras ações, v.g., alimentos, guarda etc.” (FONSECA, 1958, p. 348).

Como efeitos desse reconhecimento judicial, têm-se: o estabelecimento de impedimentos matrimoniais; preferências para tutela e curatela; direito de acréscimo ao sobrenome paterno; direito a receber e o dever de prestar alimentos aos parentes; pátrio poder e direitos sucessórios.

Por conta desses efeitos, o essencial é que a prova produzida convença da paternidade alegada, apresentando-se estreme de dúvidas. Se tal convicção não se produz, a consequência só pode ser a improcedência da ação.

---

<sup>85</sup> “Enquanto vivo, assiste ao filho o direito de reclamar o reconhecimento do *status familiae*, assim como ao genitor o dever de responder pelo seu dever. [...] Além disso, o *status familiae* implica coincidência de direitos e deveres, que impede que alguém se isente de seus deveres, despojando-se dos direitos que por ventura lhe assistam. Nesse sentido a súmula 149 do STF” (MONTEIRO, 2000, p. 106). Diz a Súmula 149 do STF. “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.



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 investigatória de paternidade (TJPR – AP. Civ. 17.833-0 – Curitiba – AC. Unânime 7.897 – 4ª Câm. Cív. – Rel. Des. Ronald Accioly – Pub. DJPR 3.718 de 12.08.1992).

Com o fito de se obter o reconhecimento judicial, a prova da filiação nas ações de investigação de paternidade, até bem pouco tempo, era feita de depoimentos de testemunhas, escritos do suposto pai, depoimento pessoal, presunções e indícios, além de alguns exames periciais.

O exame mais comum era a perícia médico-legal. Esta era feita através da análise de certos caracteres morfológicos externos dos pais e do suposto filho, principalmente da cabeça e suas partes isoladamente: cabelo, fronte, orelhas, nariz, olhos, boca, queixo e dentes; cor da pele e seus pigmentos; impressões digitais e todas anomalias anatômicas individuais de caráter genealógico.

Utilizava-se, outrossim, do exame antropocinético, ou dos caracteres funcionais externos, como expressão fisionômica ou mímica facial, a atitude, a maneira de caminhar, a letra, a gesticulação, o timbre de voz; exames psicológico e semiológico, ou dos caracteres patológicos transmissíveis hereditariamente, e, finalmente, através do exame biológico do sangue.

Pode-se facilmente chegar à conclusão de que tais métodos científicos de outrora (antropomórficos, antropocinéticos, semiológicos e psicológicos) eram extremamente falhos. A tendência para encontrar, nas semelhanças entre o pai e o suposto filho, uma das provas da paternidade, data de tempos remotos. Aristóteles (*apud* FONSECA, 1958, p. 405) considerava tais elementos “indícios quase certos” para se reconhecerem os indivíduos unidos pelos laços de sangue.

O exame hematológico era mais confiável, embora não se pudesse afirmar através dessa perícia, com certeza absoluta, a paternidade, pois esta possibilidade poderia ser apenas excluída<sup>86</sup>. Os sistemas adotados eram ABO; RH e MN.

Com o surgimento do teste de HLA, que utiliza grupos sanguíneos muito mais complexos, e é utilizado inclusive em transplantes de órgãos, para detectar

---

<sup>86</sup> Favorecia-se, assim, o réu quando tinha a ‘sorte’ de ter a paternidade a ele atribuída, excluída. Já quanto ao autor, a não exclusão de nada servia, pois qualquer um com as mesmas características do examinado poderia ser potencialmente o seu genitor.

prováveis rejeições, que em sua técnica utiliza mais de dez mil diferentes tipos de sangue existentes na população, houve uma melhora sensível na confiabilidade das perícias hematológicas. Tal qual o sistema ABO, RH e MN, o teste de HLA não se presta para afirmar a paternidade, mas permite a exclusão com 99% (noventa e oito por cento) de certeza (CRUZ, 2001).

Considerando que as presunções e indícios não podem, em todos os casos, ser o único recurso utilizado para decretar a procedência ou não da ação; que o depoimento pessoal e a prova testemunhal demonstram certa dificuldade em retratar a realidade havida entre o casal; que a prova documental pode somar-se às outras produzidas nos autos; que os exames prosopográfico e odontológico refletem um alto grau de dúvida; que os exames hematológicos gozam de boa credibilidade, mas que as probabilidades de tais exames não alcançam níveis desejáveis (SIMAS FILHO, 2006), fica evidenciada a precariedade probatória que, em geral, envolve as causas investigatórias, trazendo dificuldade para se apontar uma solução para o caso objeto de investigação.

À fragilidade, inconsistência e incerteza das provas, às vezes os únicos meios de prova existentes nos processos de outrora, e na maioria dos que ainda hoje tramitam nas Varas de Família, soma-se a pouca disposição que, muitas vezes, as partes demonstram após a propositura ação em provar as suas respectivas versões<sup>87</sup>. Nem se fale nas dificuldades naturais dos processos, entre as quais os percalços do Poder Judiciário, que não permitem atingir seu termo final com celeridade.

Nesse contexto, resta ao juiz analisar todas as provas que detém, devendo o universo das provas mencionadas constituir parte do conjunto probatório da demanda investigatória disponível<sup>88</sup> ao magistrado para elaboração do convencimento, ainda que este possa destoar da realidade, correndo-se o risco de se cometer uma injustiça. Daí que o exame de DNA (dado ao alto grau de eficiência) acaba vinculando a sentença a ser proferida, mesmo que o juiz<sup>89</sup>, em sua análise,

---

<sup>87</sup> Daí a importância da intervenção estatal, da participação determinando do juiz no processo de produção das provas.

<sup>88</sup> “Não cabe ao juiz pretender na ação de investigação de paternidade uma prova incontestável e absolutamente convencedora da paternidade perante investigantes hipossuficientes, sob o risco de jamais concluir por sua procedência [...] “Tanto a doutrina como a jurisprudência acentuam a dificuldade da prova principalmente das relações sexuais entre um homem e uma mulher, para o efeito de admitir-se as provas indiretas, dentre elas a pericial.” [...] “Não há que o juiz ater-se a um rigor exagerado no exame dos elementos de convicção carregados para os autos” (REVISTA CIÊNCIA JURÍDICA, 2004, p. 166-170).

<sup>89</sup> Art. 436 do CPC de 1973. “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.”

não esteja adstrito ao resultado do exame pericial em questão, funcionando como mero homologador de laudo, podendo formar seu convencimento com o conjunto de provas existentes nos autos. Conforme assinala Batista (2002, p. 293):

O Poder Judiciário jamais poderá ser transformado em simples homologador de laudos periciais, porque se este posicionamento fosse suficiente, nem sequer seria necessária a presença do mesmo nos litígios e a aceitação tranqüila da prova técnica, sem se preocupar com maiores questionamentos e cotejos com outros elementos esclarecedores, desvirtuaria visceralmente a atividade jurisdicional, abrindo sulcos profundos e esquetejando o corpo probatório.

A afirmação ou exclusão com margem de erro insignificante somente foi possível com a utilização da impressão genética digital do DNA<sup>90</sup>, ocorrida recentemente<sup>91</sup>, possibilitando o julgamento da lide com margem praticamente absoluta de certeza, evitando-se, assim, uma decisão marcada pela precariedade probatória<sup>92</sup>, o que se revela pela ausência de provas que possam conduzir à verdade (negligência probatória) e, como já dito, pela dubiedade, fragilidade, incerteza e contradição das provas produzidas.

Assim, tem entendido este Sodalício que, ainda que se admita o reconhecimento da “filiação com base em indícios e circunstâncias, porque está em jogo o direito da personalidade e do nome a que tem direito todo cidadão, a investigação de paternidade faz merecer tratamento excepcional e muito diferenciado em relação às demais ações no tocante à produção de provas, que deve ser a mais ampla possível para o mais completo esclarecimento da verdade (JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 1998, p. 220-228).

Com esse novo método, no campo da genética, conseguiu-se superar as presunções<sup>93</sup> legais acerca da paternidade. Assim, “foi iniciado um importante processo científico de precisão na determinação da ancestralidade, com evidente impacto sobre a ciência jurídica” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 513).

<sup>90</sup> “[...] A prova genética pode excluir a possibilidade da paternidade e desse modo eliminar-se o erro pelo acerto” (DA COSTA, 2000, p. 155 a 161).

<sup>91</sup> A disseminação do exame de DNA ocorreu a partir da década de 1990.

<sup>92</sup> “Em matéria de filiação, mais importante que dar uma solução jurídica à dúvida criada pela ausência da prova, é investigar quem é o verdadeiro pai, uma vez que, mais que buscar uma relação de parentesco com as suas conseqüências jurídicas (alimentos, herança, nome e poder parental), é necessário esclarecer, com razoável grau de cientificidade, a origem genética, social e cultural do demandante, ainda que disto não resulte propriamente a declaração de paternidade, como ocorre nas situações de filiação socioafetivas consolidadas, que são irrevogáveis, como na adoção judicial, na do ‘filho de criação’, na fecundação artificial heteróloga, na ‘adoção à brasileira’ ou em todo reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade” (CAMBI, 2005, p. 75).

<sup>93</sup> “As novas formas de procriação tornaram as presunções tradicionalmente admitidas em matéria de filiação, até certo ponto, ultrapassadas ou carentes de uma releitura” (LIMA, 2002, p. 145). Assim, mediante o exame genético de DNA, concorreu para uma releitura da presunção e paternidade do marido, pelos juízes, juristas e legisladores, ampliando as possibilidades de contestação da paternidade suscitada por aquele.

Historicamente falando, as leis da hereditariedade foram descobertas em 1865, pelo “monge agostiniano Georges Mendel”, durante experimentos com ervilhas nos jardins do “Mosteiro de Bro, na Moravia”, evoluindo, após pesquisas, até se chegar ao exame de DNA (FARIAS, 2007, p. 207), como hodiernamente se conhece.

Baseando-se em informações de Reis (2000), os primeiros estudos da genética molecular e sua utilização para a determinação da identidade foram iniciados em 1953, quando foi descoberta a estrutura de dupla hélice do DNA (ácido desoxirribonucléico), componente responsável pela herança genética dos seres vivos, pelos cientistas James Watson e Francis Crick.

Ele ainda informa que Alec Jeffreys, em 1985, descobriu as impressões genéticas, provando que é possível determinar a paternidade com uma precisão superior a 99,999999999%, através das sondas moleculares radioativas, que proporcionam o reconhecimento de regiões altamente sensíveis do DNA, possibilitando a identificação de padrões característicos de cada indivíduo, que foram denominadas impressão digital do DNA.

A investigação da paternidade e da maternidade, antes do advento desta técnica do perfil de DNA, tinha como ajuda os marcadores sangüíneos simples. Não se pode negar que hoje, com esses novos recursos, não se venha ter respostas a situações, antes impossíveis como nos casos de pais falecidos, a partir de familiares diretos (FRANÇA *apud* REIS, 2000, p. 57).

Pode-se ver, assim, que houve, em pouco mais de um século, uma grande evolução no campo científico, não acompanhada de perto pela legislação civil, que data de três quartos de século, demonstrando que a presunção legal não é mais absoluta, embora novas questões tenham sido levantadas, evidenciando que a paternidade biológica nem sempre deva prevalecer sobre a presunção, como nos casos de paternidade heteróloga, em que a inseminação artificial é consentida pelo marido.

#### **3.2.4 O papel do juiz na colheita de provas**

Hoje, o papel precípua do juiz em uma ação de paternidade é investigar ao máximo e julgar com base em todas as provas. Vale informar que, à época do direito

liberal, o juiz não possuía qualquer poder de *imperium*. Isso aconteceu principalmente nos países em que o pensamento de Montesquieu foi difundido (MARINONI; ARENHART, 2000).

Nesses países, chegou-se a proibir o juiz de interpretar a lei. Ao juiz cabia tão somente ser a boca da lei (*bouche de la loi*), ou seja, o julgamento deveria ser um texto exato da lei. Resta mais que evidente que, nessa época, o juiz não podia julgar com base em verossimilhança, tutelando um direito provável (SILVA, 2004). O juiz deveria julgar tão somente após ter encontrado a "verdade", o que, nas palavras de Marinoni e Arenhart (2000, p. 43), "encobria o fato de que o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que o juiz possui valores pessoais e uma vontade inconsciente que, na maioria das vezes, ele próprio não consegue desvendar".

Felizmente, abriram-se os olhos para o fato de que o juiz não pode ser moldado pelo Poder Legislativo<sup>94</sup>. E é neste sentido que Siches (*apud* SILVA, 2004, p. 78) diz:

[...] não ser tarefa do legislador determinar o modo como a lei deverá ser interpretada, que, no fundo, é o que se pretende, por exemplo, com as súmulas vinculantes, constituídas em normas que, ao fixarem o sentido da lei, acabam engessando a jurisprudência: 'O legislador poderá ordenar, através de suas normas gerais, a conduta que considere justa, conveniente e oportuna. Até aí pode estender-se seu poder. Entretanto, essencial e necessariamente está fora do poder do legislador decidir e regular aquilo que jamais poderá se incluir no conceito de legislação: regular o método de interpretação das normas gerais que ele produz. As vezes, porém, os legisladores, embriagados de petulância, sonham com o impossível.

Percebe-se, com o passar do tempo, que "o Estado passa a estar mais ativo frente à sociedade" (ZIPPELIUS, 1997, p. 383), o que, conseqüentemente, reflete-se na ampliação dos poderes de atuação do juiz no processo<sup>95</sup>. Entende-se que, nessa nova perspectiva, o juiz deve zelar por um processo justo, desvinculando-se da obsessão pelo formalismo, desapegado às peculiaridades do caso concreto.

<sup>94</sup> "[...] de nada adianta ao legislador 'regrar' a presunção judicial, que é o raciocínio do juiz" (DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 63). Nesse sentido, o art. 131 do CPC é claro ao mencionar que o juiz é livre na apreciação da prova.

<sup>95</sup> "Prova – Complementação do conjunto probatório, determinada de ofício pelo juiz, cuja produção foi iniciada a requerimento da parte – Admissibilidade, se com o propósito de lhe propiciar maior segurança no julgamento – Aplicação do art. 130 do CPC" (2ª TACivSP – AgIn 684.831-00/4 – 12ª Câmara. – rel. Juiz Arantes Theodoro).

Sustentam, ainda, Marinoni e Arenhart (2000, p. 103) que o juiz<sup>96</sup> “não só pode como deve esforçar-se em todas as situações para se aproximar, ao máximo, da ‘verdade’ dos fatos, devendo ter uma participação ativa no processo”. Nas palavras de Cambi (2005, p. 68):

Embora o juiz não deva limitar-se a assistir inerte à produção das provas, pois, em princípio, pode e deve assumir a iniciativa destas, na maioria dos casos, ou seja, nos casos de direitos disponíveis, pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levaram ao processo e eventualmente rejeitar a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. A atuação na instrução da causa, contudo, não deve ser associada à natureza do direito material em litígio. A instrução da causa é aspecto inerente ao processo, instrumento através do qual é realizado o poder do Estado, e onde os seus interesses predominam independentemente de ser disponível ou não a relação jurídica de direito material. Entender que no caso de direitos disponíveis o juiz pode se limitar a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que concluir que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo que trata de direitos disponíveis não é o mesmo processo que é instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado.

E é nesse momento que fica mais evidente a importância do princípio da livre apreciação das provas. Para Schönke (2003, p. 61), o princípio da livre apreciação das provas é "aquele segundo o qual o Juiz é livre na valoração dos fatos que lhe foram apresentados". Esse princípio mostra-se como a materialização da confiança depositada no juiz, que, por óbvio, não pode mais ser visto como um inimigo da sociedade. Baseado nesse pressuposto, Stein (1999, p. 42) afirma que *"la libre valoración de la prueba ha desligado al juez de las ataduras que antiguamente le impedían poner todo el tesoro de su experiencia de la vida al servicio de la averiguación de la verdad"*<sup>97</sup>.

Entretanto, a apreciação das provas, mesmo sendo livre, será controlada por meio da motivação das decisões. Nesse sentido é a disposição trazida pelo legislador na redação do artigo 131 do Código de Processo Civil brasileiro, no qual está expresso que "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que formaram o convencimento".

<sup>96</sup> "Com a evolução científica, há necessidade de buscar uma nova interpretação ao art. 436 do CPC, pois, se é certo que o juiz deve ter liberdade para formar a sua concepção, esta liberdade não é tão ampla que se admita qualquer valoração da prova" (CAMBI, 2005, p. 68).

<sup>97</sup> A livre valorização da prova tem desligado o juiz das ataduras que antigamente o impediam de por todo o tesouro de sua experiência de vida ao serviço da averiguação da verdade (tradução da autora).

Ao analisar este dispositivo, Silva (2002, p. 351) sustenta que "seria natural conceder ao julgador a faculdade de valer-se de todos os meios de prova que se mostrassem idôneos a formar seu convencimento". Entretanto, ensina também que são inúmeras as situações em que há limitação à investigação dos fatos.

E neste mesmo sentido se manifesta Barbi (1975, p. 535), o qual escreve, ao tratar do artigo 131 do Código de Processo Civil, que:

Este dispositivo consagra o princípio da livre convicção e contém algumas prescrições que são necessárias para lhe fixar o alcance, ao dizer que o juiz atenderá aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos. Com isso, deixa claro que a liberdade concedida ao juiz não é absoluta, no sentido de que ele possa decidir com base em provas não constantes dos autos ou fundar sua convicção em informações que tenha recebido em caráter particular. O juiz é livre para se convencer acerca dos fatos, mas os elementos para essa convicção são apenas os existentes nos autos. Tem aplicação correta o brocardo *quod non est in actis non est in mundo*; os autos são o mundo do juiz na apreciação dos fatos, salvo, é claro, alguma exceção, como os fatos notórios que independem de prova. [...] A liberdade concedida ao juiz na apreciação das provas não significa arbítrio. Para evitar que este surja, a parte final do artigo impõe ao juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Eles não constituem os fundamentos de fato a que se refere o art. 458, item II, mas sim a explicação de como o juiz se convenceu da existência ou inexistência dos fatos que se baseia a sentença.

Para Dall'agnol Jr. (2000, p. 136), o artigo 131 do Código de Processo Civil:

Evidencia a adoção, pelo sistema positivo pátrio, do princípio da persuasão racional em tema de avaliação da prova pelo juiz, com o que, posto reconhecendo liberdade ao julgador, como os ordenamentos jurídicos modernos em geral, impõe-lhe limites no concernente ao material a ser examinado e a necessidade de expressão das razões de seu conhecimento.

Quanto aos sistemas de avaliação das provas, a doutrina, ao tratar dos diversos sistemas de valoração, costuma dividi-los em três sistemas, quais sejam: sistema da prova legal; sistema do livre convencimento e sistema da persuasão racional.

A abordagem destes diferentes sistemas mostra-se interessante, pois revela, segundo Silva (2002, p. 350), "a maior ou menor confiança que a sociedade tenha em seus juízes, assim como a credibilidade da instituição do Poder Judiciário, no preparo cultural de seus magistrados e no maior ou menor rigor de sua formação profissional".

O sistema da prova legal foi o que por primeiro esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, em especial nos Códigos Estaduais, por influência do direito germânico e do processo comum europeu, além das ordenações de Portugal (BARBI, 1975, p. 534), vigorando também no direito canônico. É usado, em geral, nos regimes de pouca liberdade. Pontes de Miranda (1974, p. 379-380), após explicar que neste sistema "a lei fixava regra sobre quais as provas admissíveis, sobre o valor probante de cada meio probatório, sobre a quantidade mesma de força probatória", levantou seus pontos positivos e negativos, sintetizando-os dessa forma:

A vantagem, que se encarecia, era a de saber a parte, ao ter de litigar, com que provas contava e como calcular o valor delas em relação ao adversário. Por outro lado, o juiz, feito arrolador de valores de prova, lavava as mãos como Pilatos. Cavava-se assim, muitas vezes, a separação entre a convicção do juiz e o que decidia. Ainda mais: a vida, em sua exuberância e transformação, criava dificuldades insuperáveis, como a arrebentar esses grilhões medievalescos (PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 379-380).

Por óbvio, não poderia continuar vigorando plenamente no direito moderno, pois "faz do juiz um mero averiguador, retirando-lhe, por completo, o poder de avaliação, pois esta é prévia e abstratamente estabelecida pela lei" (DALL'AGNOL JR., 2000, p. 137). Ou ainda, como o considera Silva (2002, p. 347):

Torna-se um órgão passivo, cuja única função em matéria probatória resume-se em constatar a ocorrência da prova e reconhecê-la como produzida, sem que lhe seja possível avaliá-la segundo critérios racionais capazes de formarem seu próprio convencimento.

Em síntese, este sistema engessava a atividade intelectual do juiz, já que na sua esfera, servindo-se das palavras de Silva (2002, p. 346) "cada prova tem um valor inalterável e constante, precisamente estabelecido pela lei, não sendo lícito ao juiz valorar cada prova segundo critérios pessoais e subjetivos de convencimento, de modo diverso daquele que tenha sido determinado pela lei"<sup>98</sup>.

O sistema do livre convencimento, por sua vez, é o oposto do anterior. Neste sistema o juiz é livre para formar sua convicção acerca dos fatos da demanda, baseando-se não apenas nos depoimentos e testemunhos, mas também nas suas

<sup>98</sup> Na mesma página, Silva (2002) traz um exemplo absurdo que demonstra como funcionava este sistema à época de sua ampla utilização: "O depoimento de um servo jamais poderia ter o mesmo valor do testemunho de um nobre, mas o depoimento de dez servos equivalia ao de um nobre ou senhor feudal, embora intimamente o juiz tivesse sobradas razões para crer que o nobre mentira e o servo dissera a verdade".



impressões pessoais, como, por exemplo, as extraídas do comportamento das partes (SILVA, 2002, p. 347)<sup>99</sup>.

Segundo Didier Jr. *et al* (2008, p. 42), no sistema de valoração de provas, caracterizado pela livre convicção: “O juiz é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas. A consciência do juiz não está vinculada a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação”.

Fica mais que evidente que este sistema abre margem para o arbítrio, vez que não se limita o poder do juiz, podendo ele até mesmo valer-se de seu conhecimento privado, dispensando-o da imposição constitucional da motivação (DALL’AGNOL JR., 2000, p. 137)<sup>100</sup>. Demais disso, tanto Pontes de Miranda (1974) quanto Barbi (1975) apontam sérios inconvenientes da utilização do sistema da livre apreciação da prova, que se denominará aqui de "pura". Do comentário do referido autor, deduz-se que este modelo exagera na liberdade conferida ao magistrado:

O inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube (PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 380).

Barbi (1975, p. 534), por sua vez, dispõe que neste sistema o juiz:

Aprecia livremente as provas, sem qualquer limitação legal, e lhes dá o valor que entender adequado, podendo, assim, considerar o depoimento de uma testemunha, como capaz de suplantar o valor de uma escritura pública, ou admiti-lo como bastante para provar determinada obrigação, independente do valor econômico desta.

Por serem ambos os sistemas anteriores eivados de problemas de gravidade considerável, os modernos ordenamentos jurídicos adotam o sistema da persuasão racional, que em síntese, é aquele que reconhece liberdade ao juiz, estabelecendo, contudo, limitação no que concerne ao material a ser examinado e, ainda, impondo-lhe o dever de motivação (DALL’AGNOL JR., 2000, p. 137).

<sup>99</sup> Nos ensinamentos do referido autor, "segundo este princípio, não deverá haver qualquer limitação quanto aos meios de prova de que o juiz se possa valer, nem restrições quanto à origem ou qualidade de certas provas" (p. 348).

<sup>100</sup> Neste sentido são as decisões dos jurados no Tribunal do Júri, onde esse sistema ainda sobrevive.

No sistema da persuasão racional, o juiz é livre para apreciar a prova, sendo-lhe imposto o uso das regras lógicas e das máximas da experiência comuns, sempre fundamentando seus posicionamentos. Mas, neste sistema, a análise do juiz é limitada tão-somente às provas produzidas nos autos, quer as trazidas pelas partes, quer as determinadas *ex officio*. Este sistema, nas palavras de Silva (2002, p. 350), é o que está em conformidade com a cultura ocidental moderna, que exige "magistrados altamente capazes e moralmente qualificados".

Ainda sobre o papel do juiz na produção probatória, cabe, no articular, tecer algumas considerações sobre a busca da verdade, que sempre foi um dos mais, senão o mais, importante princípio do processo civil.

Entretanto, o que se pode entender por verdade? Vislumbra-se que a verdade tratada juridicamente difere da idéia que povoa o senso comum. De fato, ao analisar-se o conceito de verdade comumente empregado no cotidiano, percebe-se que ela é associada a algo que seja conforme o real, exato, franco e sincero (FERREIRA, 1986, p. 1765).

Nos dizeres de Mittermayer (1929, p. 54-55):

*la verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento. Segue sustentando que la verdad histórica, objeto de nuestro estudios, es aquella que procuramos obtener siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y en el espacio.*<sup>101</sup>

É evidente que o objetivo do processo sempre foi a descoberta da verdade (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 296). Através do processo o juiz "descobre" como se passaram os fatos e aplica ao caso concreto a norma abstratamente prescrita. De tal importância é o tema da busca da verdade<sup>102</sup> – como reconstrução dos fatos pretéritos – no processo (de conhecimento), que a maioria de seus procedimentos volta-se para esse fim.

Interpretando-se Michel e Taruffo (*apud* ARENHART, 1996, p. 685) que escreveram: no processo "a verdade não é um fim por si mesma, mas é necessário

<sup>101</sup> A verdade é a correlação entre um fato real e a idéia de que dele se forma o entendimento. Segue subjacente que a verdade histórica, objeto de nossos estudos, é aquela que procuramos obter sempre que queremos ter a certeza da realidade de certos acontecimentos, determinados feitos realizados no tempo e no espaço (tradução da autora).

<sup>102</sup> É mais consentâneo com a concepção atual, entender a verdade buscada no processo como a que se mostra mais próxima possível do réu, própria da condição do ser humano (OLIVEIRA, 1997, p. 148).

buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça ‘mais justa’”, pode-se dizer que a busca da verdade é condição para um aprimoramento qualitativo da justiça ofertada pelo Estado. Para Lent (*apud* ARENHART, 1996, p. 686), sua função é convencer o juiz da verdade ou falsidade de uma afirmação. Ainda nos dizeres de Arenhart (2005, p. 105):

A prova em direito processual, então, assume a condição de um meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, convencer o Estado-Juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo

Costumavam-se distinguir as "verdades" que o processo civil e penal buscava<sup>103</sup>. Era corrente a tese de que ao processo penal interessava a verdade material, enquanto o processo civil contentava-se com a verdade formal.

Micheli e Taruffo (1979, p. 156), analisando relatórios de diferentes países sobre seus sistemas probatórios, confirmaram o acima dito ao mencionar que "em geral, sublinha-se o fato de o processo civil dever tender ao estabelecimento da verdade substancial ou objetiva".

Segundo Arenhart (1996, p. 687), o conceito de verdade formal assemelha-se com o de "ficção de verdade". Ao juiz cabe, terminada a fase instrutória do processo, remontar historicamente os fatos e considerar tal resultado como "verdadeiro", mesmo que não lho pareça.

Criticando a tradicional separação das ‘verdades’, Didier Jr. *et al* (2008) argumentam que a verdade real é meta inatingível, que não deixa de ter um caráter místico. Asseveram: “É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é idéia antitética”. Assim, não se poderia dizer se tal fato é/foi verdadeiro, ou não, porque ele apenas existe/existiu, ou não.

Consideram ainda os autores que “o algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por sua vez, está no campo axiológico, da valoração” (2008, p. 70),

---

<sup>103</sup> Esta questão – da elucidação dos fatos - apresenta-se em maior intensidade frente ao processo penal, no qual o juiz absolverá o réu, como dispõe o artigo 386, VI do Código de Processo Penal, quando reconhecer a insuficiência de provas para condená-lo. No processo civil, por sua vez, também se encontram disposições neste sentido.

as afirmações seriam verdades ou mentiras, conhecendo-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles.

Nesse sentido, a prova não teria o condão de reconstituir um evento pretérito; não se podendo violar o tempo, sendo mais adequado compreender a verdade buscada no processo como a mais avizinhada possível da realidade (DIDIER JR. *et al*, 2008). A verdade a se alcançar revelar-se-ia, então, em verdade possível (que pode ser reconstruída respeitando limites éticos) e não em verdade material ou formal.

Sintetiza bem Calamandrei (1999, p. 270): “Todo o sistema probatório civil está preordenado, não só a consentir, senão diretamente a impor ao juiz que se contente, ao julgar a respeito dos fatos, com o sub-rogado da verdade que é a verossimilitude”.

A tese – de que os processos civil e penal buscam verdades diferentes - considerada absurda por Arenhart (1996), ainda vigora dentre renomados doutrinadores nacionais. Com efeito, manifestam-se Cintra *et al* (2002, p. 65) no sentido de que:

[...] enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a *verdade formal* (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da *verdade real* (ou verdade material), como fundamento da sentença [...] no campo do processo civil, embora o juiz não mais se limite a assistir a iniciativa destas (CPC; arts. 130, 342 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a vontade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. No processo penal, porém, o fenômeno é inverso: só *excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal*, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (CPP, art. 386, inc. VI). Assim, p. ex.: absolvido o réu, não poderão ser descobertas provas concludentes contra ele. É uma concessão à verdade formal, ditada por motivos políticos.

De fato, este pensamento faz com que se valorize mais o método pelo qual a comprovação do fato era obtida, deixando-se de lado a essência da prova. Em síntese, "passou a interessar mais a forma pela qual a verdade era obtida do que se este produto final efetivamente representava a verdade" (ARENHART, 1996, p. 687).

Felizmente a diferenciação entre verdade material e verdade formal vem sendo rechaçada pela doutrina. Conforme expõe Carnelutti (*apud* NICOLAU, 2003,

p. 418), “a verdade material é inatingível, além de ser uma só, não se confunde com a verdade formal. A verdade é o todo e deste somente se apreende uma parte”.

Carnelutti (*apud* COUTINHO, 1998, p. 190) relata que "busca-se a verdade material e obtém-se como resultado a verdade formal". Contudo, tal diferenciação – entre verdade formal e material – foi substituída pela diferenciação entre verdade e verossimilhança.

Em arremate, é apropriada a lição de Didier Jr. *et al.* (2008), valendo-se do ensinamento de Arenhart (1996, p. 688): “Calcar-se a teoria processual sobre a idéia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, é mera utopia”.

#### 3.2.4.1 Convencimento motivado e os fins sociais do processo

A necessidade de motivação das decisões judiciais assumiu, no direito brasileiro, o *status* de imperativo constitucional, alojado no art. 93, inciso IX, da Lei Maior, o qual dispõe que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]". Quando a Constituição Federal fala em *todas as decisões*, a sua interpretação deve ser *a mais ampla possível*, impondo ao julgador o dever de fundamentar todas as suas decisões, e não somente as sentenças.

Sem embargo, o dever de motivação das decisões processuais é instituto antigo do direito pátrio, estando já previsto nas Ordenações Filipinas, de 1603 (NOJIRI, 1999). Assim, há muito tempo a nossa legislação processual vem consagrando a obrigatoriedade da fundamentação judicial, à semelhança do que ocorre no direito comparado, em geral.

A obrigatoriedade da motivação constitui, como proclama Moreira (1980), um corolário do princípio do Estado de Direito. Sob este ângulo, ela representa uma garantia fundamental para o jurisdicionado e para a sociedade, que visa a impedir que o juiz decida de modo arbitrário ou caprichoso, impondo-lhe o respeito à ordem jurídica.

No totalitarismo, onde as decisões do Estado impõem-se pela força, não há necessidade de motivação. Mas, na democracia, a motivação torna-se necessária

para a justificação do exercício da autoridade estatal pelo juiz, que dela está investido.

Assim, a motivação dos atos jurisdicionais tem por escopo emprestar-lhes transparência e controlabilidade, não apenas para as partes do processo (controle endoprocessual), como também para a sociedade em geral (controle extraprocessual), que terá como avaliar criticamente os atos do Poder Judiciário, a partir dos valores sociais vigentes a cada momento. A motivação colima, assim, entre outras coisas, persuadir a coletividade da correção da decisão<sup>104</sup>, tencionando obter a sua adesão racional (SARMENTO, 2002).

Nesse sentido, a exposição de motivos da decisão configura instrumento para a racionalização da atividade jurisdicional, já que, conforme afirmava Bentham (*apud* MOREIRA, 1980), “*good decisions are such decisions for which good reasons can be given*”<sup>105</sup>. Esta racionalidade:

É necessária na medida em que a motivação é um discurso justificativo que objetiva mostrar que a decisão é juridicamente válida e é fundada sob a verdade dos fatos. Ela é indispensável porque a garantia da motivação é essencialmente garantia contra o arbítrio do juiz e esta garantia é dada através da justificação da decisão segundo cânones racionais comumente reconhecidos e aceitos na cultura do lugar e no momento histórico em que o juiz opera (SARMENTO, 2002, p. 118).

E óbvio, porém, que não basta qualquer motivação para o atendimento do imperativo constitucional em discussão. A fundamentação do julgado deve refletir as razões que efetivamente conduziram ao seu resultado, sob pena de perderem completamente a sua finalidade. Pode-se afirmar, então, que quanto maior for o grau de subjetividade inerente à decisão judicial de uma causa, mais fundamental se torna a sua motivação, ainda mais em se tratando de ações filiatórias<sup>106</sup>.

A motivação deve retratar, com a maior fidelidade possível, as razões que efetivamente condicionaram o juiz a tomar uma decisão. Segundo as lições de

---

<sup>104</sup> “É óbvio que não basta qualquer motivação para o atendimento do imperativo constitucional em discussão. A fundamentação deve refletir as razões que efetivamente conduziram ao seu resultado, sob pena de perderem completamente a sua finalidade” (SARMENTO, 2002, p. 118-119).

<sup>105</sup> As boas decisões são tais decisões para as quais boas razões podem ser dadas (trad. da autora).

<sup>106</sup> “as ações de investigação de paternidade têm elevado cunho social, devendo a prova ser robusta, plenária, e convincente da paternidade, expungindo qualquer dúvida, e somente o DNA pode trazer a prova genética” (WELTER, 2003, p. 120).

Perelman (1998)<sup>107</sup>, o Juiz não precisa formular uma certeza acerca dos fatos controvertidos, mas lhe basta firmar um juízo de probabilidade que permita afastar as dúvidas razoáveis. O que se vê na transição dos estados intelectuais do Juiz no processo é que ele parte de uma ignorância completa acerca dos fatos e, à medida que o trâmite vai se desenvolvendo, ele passa a formar juízos provisórios<sup>108</sup>.

É evidente que, em se tratando de sistema processual regido pelo princípio do convencimento racional motivado do juiz, vigente no Brasil, caberá a ele fundamentar racionalmente a sua decisão, isto é, expor o seu raciocínio. Sem essa argumentação não se pode ter como cumprida a exigência constitucional e legal de motivação<sup>109</sup> (SARMENTO, 2002).

Com base em Moreira (1980), afirma-se que pode ocorrer, inclusive, de o juiz não ter condições objetivas de formular sequer uma hipótese que considere razoavelmente provável, e nesse caso, surge a importância da atribuição do ônus da prova<sup>110</sup>, que se constitui instrumento de exteriorização de dois valores: o de facilitar a atividade jurisdicional e o da equidade.

Determinar o ônus da prova para cada uma das partes assegura ao juiz uma forma de decidir quando enfrentando uma dúvida consistente. É, assim, um meio de permitir ao Juiz o cumprimento de seu dever legal de decidir a lide.

De qualquer modo, sempre, o raciocínio judicial está sob avaliação conforme o exposto na sua motivação, que, em última instância, deve seguir um procedimento de coerência racional. Com isto, impõe-se ao juiz não somente que exponha suas

---

<sup>107</sup> "Os depoimentos, os indícios e as presunções quase nunca conduzem a uma certeza absoluta, mas esta não é exigida: basta que a convicção dos juízes seja suficiente para afastar qualquer dúvida razoável" (PERELMAN, 1998, p. 109).

<sup>108</sup> Desses juízos provisórios extraem-se os demais diante do que foi demonstrado pelas partes e pela própria ação instrutória autônoma do Juiz. Caberá a este formar uma decisão que adote a hipótese mais provável como suporte fático. Como se está no campo das probabilidades, o juiz deverá motivar sua escolha, isto é, determinar porque selecionou racionalmente sua hipótese como a mais provável.

<sup>109</sup> Nota-se que a exigência de motivação é outro conceito cujo reducionismo tem levado a um grave efeito social. A motivação atende a necessidade das partes de compreenderem o porquê do Juiz ter concluído desta ou daquela maneira, mas também se posta como efetivo meio de controle jurisdicional e social. Isso porque a motivação da decisão expõe o raciocínio judicial à validação social. É a partir da motivação que se pode avaliar, em termos extrajurídicos, se a sociedade concorda com o conteúdo axiológico da decisão. A motivação permite aos indivíduos avaliarem o conteúdo moral, ético, econômico, dentre outros aspectos da decisão, e formar o refluxo no senso comum do que é e o que não é justo (PERELMAN *apud* SARMENTO, 2002).

<sup>110</sup> "Diante de cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser um mero expectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório" (REsp 215.247, da 4ª T. do STJ, em 05.10.1999. rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU 06.12.1999, RSTJ, ano 2, n. 13, p. 260-303).

razões para julgar do modo como julgou, mas, e principalmente, que aponte a coerência de suas conclusões com os dados que foram obtidos no processo.

Isso significa que a motivação judicial, mais que tudo, exige uma forma ordenada, coerente e justificável de raciocínio que adentra no campo da argumentação jurídica. Ao decidir, e, assim, valorar a prova, o juiz constrói um raciocínio que se deve apresentar correto sob o ponto de vista dos meios de avaliação do pensamento jurídico.

De fato, mesmo sendo o juiz livre para apreciar as provas que são carreadas aos autos, uma ausência total de controle sobre esta atividade abriria margem para possíveis arbitrariedades. E tão fundamental é o tema da motivação das decisões que Schönke (2003, p. 62) escreve que:

O Tribunal tem que consignar em sua sentença as razões que lhe tenham servido para a apreciação da prova. A motivação deve ser exposta de modo tal, que seja possível ao Tribunal Superior uma revisão do raciocínio do Tribunal que conheceu do assunto. Não é suficiente a declaração de que chegou a esta ou àquela convicção, em razão dos autos ou das manifestações das testemunhas, omitindo indicar a qual motivo atribuiu-se esta convicção. Mas, de outra parte, não é preciso que o Tribunal se manifeste sobre o que entenda sem importância, nem tampouco descenda a todas as conseqüências dos fatos apresentados, sempre que isso não implique deixar de considerar um ponto de defesa; e, ainda menos, tem o Tribunal de decidir expressamente nos fundamentos da sentença sobre cada uma das alegações.

Além disso, deve ser afastada a corrente e equivocada idéia de que o juiz apenas deve fundamentar sua convicção ou convencimento com base nas provas que corroboram com seu entendimento. Parece necessário ressaltar que o dever de motivação abrange também o fato de ser o juiz obrigado a explicar o pôr que determinada prova não foi considerada.

Na prática forense, são usuais as sentenças motivadas somente com base nas provas que demonstram a hipótese vencedora. Alguém dirá que isso é natural, pois o juiz, quando motiva, deve justificar a razão pela qual optou pela versão de uma das partes. Porém, embora o que ocorra na prática possa parecer lógico, o certo é que o juiz não justifica as suas razões apenas ao aludir às provas produzidas por uma das partes. Para que possa realmente justificar sua decisão, o magistrado não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 461).



Desse modo, serve, ainda, a motivação das decisões, em especial no que se refere à apreciação e valoração das provas, para "consolar" o perdedor, demonstrando-lhe que a decisão possui fundamento<sup>111</sup>.

Percebe-se, com isso, que, além de motivar suas decisões, o juiz deve exercer a sua com criatividade, nos limites do Direito Positivo válido e vigente, uma das suas funções mais importantes que consiste na busca dos fins sociais a que a lei se destina. Dispõe o artigo 126 do Código de Processo Civil<sup>112</sup> que "o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – Lei nº 4.657/42, por sua vez, reforça: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Nesse contexto, é bem apropriada a colocação de Telles Jr. (1999, p. 161):

Na interpretação das leis, mais importante do que o rigor da lógica racional é o entendimento razoável dos preceitos, porque o que se espera inferir das leis não é, necessariamente, a melhor conclusão lógica, mas uma *justa* e humana solução.

### 3.2.5 O julgador e a amplitude probatória nas ações de filiação

É indiscutível a necessidade de se verificar a correta linha de parentesco do indivíduo, e, conforme os inúmeros motivos apresentados no presente trabalho, não faltam justificativas legais para se discutir a veracidade dos assentamentos de filiação.

Porém, tal discussão pode ir de encontro aos ditames de sentenças qualificadas pela coisa soberanamente julgada, que tocaram o mérito das investigatórias outrora intentadas.

<sup>111</sup> Marinoni e Arenhart (2005, p. 462) trazem esta explicação sustentando que "a motivação é mais importante para o perdedor do que para vencedor. A motivação importa mais para o perdedor não apenas porque é ele que pode recorrer, mas especialmente porque é o perdedor que pode não se conformar com a decisão, e assim ter a necessidade de buscar conforto e explicação na justificação judicial".

<sup>112</sup> No sentido: "No processamento e julgamento da lide, impõe o Código ao juiz mais o dever de ater-se às seguintes regras: a) o julgamento deve observar o princípio da legalidade, ou seja, deve observar as normas legais existentes, pois o juiz não legisla, mas apenas aplica as leis em vigor (art. 126); b) somente quando não houver norma legal a respeito do *thema decidendum* é que o juiz, tendo o dever de julgar, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (art. 126)" (THEODORO JR., 2000, p. 179).

A primeira assertiva que se impõe é que o exame de DNA era uma prova impossível de ser produzida nas investigatórias de paternidade há bem pouco tempo. Em tais ações, os magistrados valoravam outros meios de prova levados aos autos para solidificar seu entendimento e sentenciar a lide com a análise do pedido.

Em segundo lugar, a certeza "quase absoluta"<sup>113</sup> da prova da paternidade, com diminuta margem de erro, só foi possível com o advento do exame de DNA, que atesta, biologicamente, os ascendentes de um indivíduo.

Destarte, é possível dirimir dúvidas, ainda existentes entre as partes do primeiro litígio, pelo exame de DNA, que atestaria, cientificamente, os ditames da primeira sentença, ou comprovaria o erro do conteúdo declarado pelo Judiciário. Já, ocorrendo a segunda hipótese, deve o Judiciário relativizar a coisa julgada oriunda da primeira sentença para possibilitar nova discussão acerca da filiação do indivíduo, que possui direitos e princípios constitucionais a seu favor. Tal hipótese de relativização acarretaria a declaração da verdadeira certeza jurídica, cientificamente comprovada, esta sim a ser acobertada pelo manto da coisa soberanamente julgada.

De elo a tais fatos, se o exame de DNA, livremente levado a juízo pela parte interessada, prova que a primeira sentença acobertada pela coisa julgada é equivocada, o ponto de vista aqui defendido é de que esta deva ceder ao princípio da dignidade da pessoa humana, para que se verifiquem os corretos ancestrais do investigador, mesmo diante do quadro jurídico atual que assinala não haver consenso sobre a matéria.

É fato incontestado que as descobertas científicas não param. Logo, a solução dos problemas oriundos só poderá advir se a teia jurídica alcançar um novo traçado, que permita a adequação ao novo. Se é certo, portanto, que a coisa julgada é uma proteção das situações já consolidadas no passado, também o é que ela tem de amoldar-se a imperativos outros, resultantes de circunstâncias em que há razões mais fortes a serem consideradas do que a mera imutabilidade do que já foi decidido.

---

<sup>113</sup> Há quem defenda: "o que se tem hoje é que o exame de DNA é prova absoluta de paternidade, de levado grau de precisão e credibilidade, e tendo o laudo concluído pela exclusão de paternidade, não se justifica sequer dilação probatória para colheita de prova oral, e o refazimento da perícia somente seria razoável caso se apontasse, com algum grau de verossimilhança, eventual falha técnica no exame primeiro (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2006, p. 191-195).

Não há infração contra a coisa julgada, e, sim, adequação a uma realidade nova, que, se preexistente, teria determinado, na ocasião, outra composição para a lide, afinal, o juiz julga e decide fatos passados, porém, não se pronuncia sobre circunstâncias que possam vir a ocorrer no futuro.

Vê-se, assim, que a coisa julgada há de ceder toda vez que contra ela sobrelevem razões mais altas e princípios de maior alcance, e o ajustamento nada mais é do que a adaptação à nova realidade que a sentença não pôde alcançar, mas que a revisional ou uma nova ação poderá corrigir em face do decurso do tempo. O direito constrói-se a partir dos fatos sociais, econômicos, políticos, científicos e tecnológicos. A ciência jurídica deve acompanhar o caminho da evolução desses fatos, sob pena de se tornar inócua e despicienda a quem dela necessitar (MOURA; OLTRAMARI, 2005, p. 66).

O escopo fundamental da coisa julgada é dar estabilidade às relações jurídicas, impedindo que as questões sejam permanentemente discutidas, já que isso inviabilizaria a noção (ainda que aproximada) da medida dos direitos, gerando a instabilidade social, além de possibilitar a harmonização dos interesses e a pacificação das controvérsias.

Em síntese, o problema se resume à possibilidade de relativização da coisa julgada material, em face da obtenção de nova e melhor prova (o exame de DNA), que não foi utilizado no processo anterior, sem desídia da parte, passado o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória<sup>114</sup> (CAMBI, 2003).

Por outro lado, não se pode perder a exata dimensão do problema, porque a relativização da autoridade da coisa julgada material deve ser excepcionalíssima<sup>115</sup>, sob pena de a segurança jurídica, conquistada a duras penas, no primeiro processo, ser apenas o prenúncio de um novo sofrimento. A banalização da coisa julgada traz a terrível consequência do enfraquecimento do Judiciário e da inviabilização do

---

<sup>114</sup> Caso a mesma questão fosse colocada, dentro do prazo de dois anos para o ajuizamento da rescisória, a solução poderia ser buscada no inc. VI do art. 485 do CPC, o qual admite o cabimento desta ação, se fundada em documento novo, cuja existência a parte ignorava ou não pôde fazer uso, já que capaz de lhe assegurar pronunciamento favorável. Esse entendimento, para fins de possibilitar a rediscussão da causa (e, com isso, dar tutela diferenciada aos direitos da personalidade), todavia teria que contemplar uma noção mais flexível de documento novo.

<sup>115</sup> Segundo o pensamento de Nicolau Jr. (2004, p. 156), pensar na imutabilidade do julgado por força da *res judicata* em sede de investigação de paternidade é, sem dúvida, demasiado apego à forma, tolhendo o próprio direito de conhecer as si mesmo em suas origens, considerando a parcela genética que é transmitida dos descendentes (pai e mãe) aos filhos pelo DNA. Afinal, o direito não vive em função da forma, mas em função da humanidade.

processo, que, apesar de todos os seus problemas, ainda é um dos instrumentos mais eficazes à promoção da democracia e à realização da justiça<sup>116</sup>.

Ademais, a criação de um sistema que se pretendesse perfeito é utópico, pois, não sendo a ciência jurídica exata, como a física ou a matemática, por melhor que fossem as técnicas processuais, estar-se-ia sempre esbarrando nas limitações próprias dos juízes, que, sendo meros seres humanos investidos da função de dizer a palavra final, não são infalíveis (COUTINHO, 1996, p. 71).

Isto porque o texto constitucional traz implícita a idéia de que os valores nele consagrados devem ser compatibilizados, ou seja, a “segurança das relações jurídicas” não pode sobrelevar-se à proteção da “dignidade da pessoa humana” e à salvaguarda da “paternidade responsável” (art. 226, § 7º, da CF).

A mensagem que se buscou passar, até esse momento, é que, antes da difusão do exame de DNA, o julgamento das ações de investigação de paternidade sempre deixava no ar uma dúvida, mas, mesmo assim, em épocas passadas, já se tinha a consciência da necessidade de uma prova mais consistente, tanto que cabe uma metáfora, no sentido de que o processo investigatório de paternidade, à semelhança do boqueirão de “O Tronco do Ipê” de José de Alencar (1997), deve atrair a seu vórtice o mais volumoso caderno probante – documentos, escrituras, bilhetes, recados, fotografias, testemunhas, declarações, filmes, videoteipe, exames de cor da pele, do pavilhão auricular, da cor dos olhos, biométrico, de sangue em suas diversas modalidades, para o fim de proporcionar ao julgador fonte segura onde embasar, solidamente, os fundamentos da sentença, sem olvidar que a avaliação da prova é ato privativo seu.

Se já havia essa consciência desde os tempos de José de Alencar, pode-se dizer que o exame de DNA nada mais é que uma versão mais atualizada desse pensamento.

---

<sup>116</sup> “O que não se pode conceber é que a conquista da aparente paz social trazida pela estabilidade dos julgados com a *res iudicata* tenha um preço maior do que a paz social, sob pena de o direito desencontra-se da justiça, ainda mais se se pensar que é no seio das relações familiares que se formam os homens, o seu caráter, a sua personalidade, as suas vontades, a sua história, o seu destino” (ALMEIDA, 2001, p. 106).

#### 4 DA PERÍCIA GENÉTICA

A prova pericial existe para demonstrar fatos que necessitam de conhecimento especial. É efetuada sempre por um técnico, o perito. De um modo geral, a perícia tem por escopo perceber fatos, verificá-los e apreciá-los. Fatos de percepção técnica exigem qualidades sensoriais especializadas dos observadores, aliadas a conhecimentos científicos e técnicos. No entanto, vale ressaltar que a perícia não visa somente à verificação de tais fatos, mas também, e principalmente, à sua apreciação pelo perito (SIMAS FILHO, 2006).

Portanto, a perícia é um meio de prova, elaborado por pessoa entendida, possuidora de conhecimentos especiais sobre a questão de fato, objeto da perícia. É considerada prova direta, porque a justiça faz a apuração imediata dos fatos, perpetuando-a no laudo técnico (SIMAS FILHO, 2006). A verificação direta deve ser feita pelo próprio Juiz, todavia, utilizam-se as disposições do art. 420 do CPC, havendo nomeação de um perito do juízo, pessoa de inteira confiança do Juiz, sendo facultado aos litigantes a indicação de assistentes técnicos, isto é, peritos de cada parte. Diz o referido dispositivo que:

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 (BRASIL, 1973, p. 53-54).

Infere-se, assim, que o perito deve ser especializado na matéria sobre a qual deverá opinar. No caso das ações filiatórias, com destaque para as ações de investigação de parentalidade, há variedade quanto aos recursos que podem funcionar como perícia. Assim, existem as perícias: grafotécnica, fotográfica, biométrica, médico-legal e biológica. Nas duas últimas modalidades insere-se o exame de determinação do vínculo genético entre pessoas e a conseqüente identificação biológica (DNA), a perícia genética.

No caso supracitado, a perícia é elaborada não apenas por um perito<sup>117</sup>, mas por uma equipe que envolve perito e assistentes técnicos, porque o exame pericial nessa modalidade, elaborado por uma só pessoa, não é absoluto na sua conclusão.

<sup>117</sup> Art. 431-B do CPC de 1973: "Tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e aparte indicar mais de um assistente técnico".

Tratando-se de DNA, sempre há, em escala maior, um responsável técnico pelo laudo.

O resultado da perícia genética (conclusões do perito) deve ser claro, preciso, concreto, didático e, sobretudo, objetivo, e deve vir aos autos sob a forma de laudo técnico. Esse laudo deve ser esclarecedor da questão posta em exame. Geralmente, o que é observado pelos advogados das partes é a segurança do método empregado pelo perito e das condições de exeqüibilidade para que, de seu resultado, não parem quaisquer dúvidas.

Não obstante a possibilidade de erros na formatação da perícia, erros esses não presumíveis, mas, passíveis de comprovação, já que a presunção é da confiabilidade do perito, o certo é que o “exame genético em DNA tem resolvido satisfatoriamente os problemas da paternidade e da maternidade, em percentual próximo a 100% (99,99999997%), o que já representa uma certeza científica” (WELTER, 2003, p. 113).

Algumas respostas para corrigir as eventuais distorções na formatação da perícia genética foram lançadas por Pena (1993), o qual concorda que os erros podem ocorrer, não devido à falibilidade do DNA, mas, sim, devido aos métodos utilizados pelos laboratórios.

Portanto, pode-se afirmar que a prova pericial, mesmo antes da descoberta do DNA, sempre foi utilizada nas investigações de paternidade. Porém, os resultados nunca foram de afirmação, e sim apenas de exclusão.

Convém lembrar que, com a garantia do exame genético em DNA, em praticamente 100%, se estará assegurando ao ‘investigante o estado de filho’ e ao ser, não apenas o ‘conhecer, da origem genética’, direitos estes constitucionais fundamentais, que fazem parte da dignidade da pessoa humana (WELTER, 2003), mas um direito maior que se revela em ter domínio sobre as informações que cercam a sua identidade pessoal.

É de bom alvitre lembrar que, como se está tratando de um exame sobre a pessoa – exames sanguíneos, genéticos, entre outros – nessa hipótese não se reconhece ao juiz o poder de coagir a parte ou terceiro a expor seu corpo, ou sua

pessoa, à devassa de perícias médicas<sup>118</sup>. Desse modo, muitas vezes ocorre a recusa em fazer o exame. No entanto, essa negativa nem sempre se justifica.

Pode-se indagar, então, se a recusa injustificada do demandado em submeter-se à realização do exame de DNA implicaria ou não presunção de paternidade. Isso é o que se pretende aferir ao longo deste capítulo. A orientação que emana dos diversos Pretórios brasileiros, em passagens específicas, orientados pela Suprema Corte, é no sentido de que tanto os exames hematológicos como o DNA não podem ser impostos pela Justiça. Theodoro Jr. (2006, p. 123) reforça essa afirmação quando diz que “a Suprema Corte já se proclamou que ninguém pode ser coagido ao exame ou inspeção corporal, para prova no cível”.

Corroborando o entendimento pretoriano, o legislador civilista, ao formular o art. 232<sup>119</sup> do CC/2002, resolveu prescrever a possibilidade de recusa à perícia médica<sup>120</sup>. A leitura crítica e minuciosa do indigitado art. 232 permite concluir que o legislador não ousou estabelecer presunção legal diante da recusa, ainda que relativa, do fato que se queria provar com o exame. Após discussões, o STJ sumulou a questão, ao redigir o verbete de n. 301 da súmula da sua jurisprudência dominante, fundamentando tal posição no mencionado art. 232<sup>121</sup> do Código Civil Brasileiro atual.

Consoante pode ser verificado pela leitura dos acórdãos que levaram à edição da súmula, a recusa à submissão ao exame, em conjunção com as demais provas, é que pode constituir presunção judicial da paternidade, não havendo

<sup>118</sup> Nas palavras de Szaniawski (2005, p. 491): “[...] O direito atual se vale de exames médicos, laboratoriais, de inspeções corporais, e dos mais modernos meios técnicos para realizar os seus fins, causando conseqüentemente, efeitos sobre os bens jurídicos por ele tutelados, através de modernização do direito contratual, do direito de família, da responsabilidade civil e que acompanha o desenvolvimento de nossa sociedade. Mas, ao lado do progresso e do bem-estar do homem, existem os perigos que a tecnização traz ao ser humano, não só invadindo a sua privacidade, mas também atentando contra sua saúde e sua integridade psicofísica. E essas violações do direito da personalidade ocorrem quando, para realização do próprio direito, se captam ou se constituem os meios de prova para sua produção em juízo, sem observar os limites do direito à prova dos litigantes, violando o direito à integridade psicofísica de, pelo menos, uma das partes”.

<sup>119</sup> Art. 232 do CPC de 1973. “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

<sup>120</sup> As origens deste entendimento remontam à 5ª emenda da Constituição norte-americana, asseverando, em outra ambientação, não ser possível compelir ninguém a prestar testemunho contra si mesmo em processos criminais.

<sup>121</sup> Como se pode notar, o artigo 232 não tem muita utilidade. Nesse sentido, por não ver no caso uma presunção legal (FARIAS, 2005, p. 588), pois, de nada, adianta o legislador “regrar” a presunção judicial que é raciocínio do juiz (PONTES DE MIRANDA, 1997, p. 326). Da mesma forma não andou bem o STJ ao redigir o enunciado n. 301, pois sendo o caso de uma presunção judicial não poderia ser **absoluta e nem relativa**. O fato é que, o STJ parece ter feito uma interpretação contra legem, admitindo que o CC/2002 tenha criado uma presunção legal.

qualquer indício de que a presunção, contida nos mencionados regramentos, seja legal<sup>122</sup>.

Presunção legal, segundo Theodoro Jr. (2006, p. 126) é “o mecanismo por meio do qual o ordenamento jurídico estabelece imperativamente a consequência que se deve extrair da comprovada existência de certo fato”. Em outras palavras: “são aquelas que resultam do raciocínio do legislador, que as consagra em textos legais” (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 61).

Entretanto, a presunção<sup>123</sup> foi a solução processual encontrada para o processo em trâmite, embora não resolva o problema da formação efetiva da paternidade, que se coaduna com o conceito atualmente difundido de filiação que encerra, também, elementos afetivos que não são os únicos componentes da relação paterno-filial.

Por outro lado, afigurando-se imprescindível para o deslinde da filiação a realização do exame de DNA, seria justificável a restrição ao direito à intangibilidade corporal, presumindo-se a paternidade pela simples recusa, como sustentam Sarmiento (2002), Moraes (1997) e Almeida (2001). Esta, última, inclusive, chega a afirmar que o direito à integridade física do investigado configura mero direito à índole individual, contrapondo-se a um direito que transcende um mero interesse individual, caracterizando verdadeiro interesse social, que é o direito à filiação no sentido de direito à identificação genética<sup>124</sup>.

É válido sublinhar que são três as normas essenciais do estado de filiação, por se tratar de um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, como já mencionado em outras ocasiões ao longo desse trabalho. É personalíssimo, como bem lembra Monteiro (2000, p. 105), “porque inerente ao estado de filho”, de modo a não comportar sub-rogados, nem se tratar de direito suscetível de ser exercitado por outrem ou mesmo por um espólio.

---

<sup>122</sup> “É que sendo caso de uma presunção judicial, não poderia ser ela absoluta e nem relativa” (DIDIER JR., 2006, p. 178).

<sup>123</sup> O fato de um pai reconhecer o seu filho é um ato de amor que está além de qualquer presunção. O reconhecimento voluntário previsto na Lei nº 8.560/92 é um ato de vontade a que não se impõe prazo, condição ou qualquer outro requisito que venha a restringir o reconhecimento da filiação.

<sup>124</sup> Registre-se, então, a existência de tais posições doutrinárias recentes e arrojadas, analisando a recusa à perícia médica nas ações filiatórias, à luz do balizamento constitucional, sendo que, com esteio nos valores presentes da Carta Maior, pregam que se prestigie a dignidade humana, defendendo-se que o direito natural à perfilhação suplanta valorativamente o direito à intimidade/privacidade, tornada indiscutível a indispensabilidade da prova pericial emanada do exame de DNA, dado à sua precisão científica.



A indisponibilidade advém do fato de não comportar nenhuma negociação, renúncia, inclusive transação (art. 841 do CC/02) e a imprescritibilidade descansa na conexão existente entre o interesse do indivíduo e do Estado, podendo a ação “ser intentada a qualquer tempo” (LIBERATI, 1999, p. 24).

#### 4.1 CONHECENDO O DNA

É um princípio central da democracia que todos os homens nascem iguais. Por outro lado, é um princípio central da genética que todos os homens são diferentes. Partindo-se do pressuposto de que os genes são quimicamente constituídos de ácido desoxirribonucléico (DNA), pode-se afirmar que a impressão genética do DNA constitui uma conquista científica que abriu um campo novo para a ciência da genética humana.

O DNA é o componente orgânico que armazena o código genético de cada indivíduo. É uma molécula de grande tamanho formada por moléculas menores, denominadas nucleotídeos. Cada nucleotídeo é composto por um radical fosfato, um açúcar e uma base nitrogenada. Os componentes fosfato e açúcar são invariáveis em todos os nucleotídeos, tendo função meramente estrutural. As bases nitrogenadas, por sua vez, dividem-se em quatro diferentes tipos: adenina (A), guanina (G), timina (T) e citosina (C). Por conseguinte, são quatro os possíveis nucleotídeos. As bases nitrogenadas armazenam as informações necessárias para a síntese de proteínas e transmissão de caracteres hereditários (CHAMELETE NETO, 2002, p. 65-66).

O DNA é formado no momento da concepção e jamais muda, mesmo depois da morte. A ingestão de drogas, medicamentos, radiação, ou qualquer outra coisa, não produzem mudanças no DNA que possam alterar o resultado de um teste de paternidade deste tipo.

Os primeiros estudos que isolaram o DNA tiveram origem na genética molecular, em 1869, com o bioquímico suíço Friedrich Miescher. Em 1953, no campo da investigação de identidade, os cientistas James Watson e Francis Crick descobriram a estrutura em dupla hélice do DNA, componente responsável pelo patrimônio genético dos seres vivos (BLIKSTEIN, 2008).

Porém, somente em 1980 começaram a surgir técnicas capazes de caracterizar no DNA as particularidades de cada pessoa. Em 1985, o geneticista inglês Alec Jeffreys, trabalhando na Universidade de Leicester, criou sondas

moleculares radioativas com a propriedade de reconhecer regiões altamente sensíveis do DNA, e assim levantar os padrões específicos de cada indivíduo, que ele chamou de "impressão digital" genética do DNA (PENA, 1993).

Para o referido autor, a descoberta de Jeffreys teve uma série de aplicações práticas, sendo que as duas mais notáveis foram nas áreas de identificação criminal e de determinação de paternidade.

O DNA pode ser detectado no núcleo (centro) de qualquer célula de um organismo, dentro de pequenos pacotes genéticos chamados cromossomos, com exceção das células vermelhas do sangue (hemácias) que não tem núcleo e, portanto não o contém. O DNA das células brancas do sangue é exatamente igual ao das células da pele, dos tecidos, da raiz do cabelo, dos ossos, do sêmen, da saliva, dos músculos, das células contidas na urina (RASKIN, 2006).

A técnica utilizada para a análise e comparação do DNA baseia-se na variação do material genético de indivíduo para indivíduo. Segundo Chamelete Neto (2002), há nos cromossomos pontos específicos denominados *loci*, que são localizações precisas ocupadas por um determinado gene ou por uma seqüência de DNA sem função codificadora. Os cromossomos homólogos - os elementos que formam um par, um de origem paterna e outro de origem materna - apresentam os mesmos *loci* e na mesma posição. Isso significa, segundo Farah (1997, p. 70), "que, em posições ou *loci* correspondentes, os cromossomos homólogos exibem genes para uma mesma característica genética, embora a informação genética (ou seqüência de bases) contida em cada *locus* possa não ser idêntica".

Continua a citada autora, explicando que as formas alternativas de um gene que se manifestam em um *locus* específico são designadas alelos. Havendo alelos diferentes em cada cromossomo homólogo, diz-se que o indivíduo é heterozigoto para aquela característica. Havendo alelos iguais, homozigoto. Existem inúmeros *loci* espalhados pelos cromossomos, cujos alelos são facilmente detectáveis, e, por isso, muito utilizados em estudos genéticos.

São os chamados marcadores genéticos, que podem referir-se a um gene, uma seqüência de bases ou outra característica do DNA que permita distinguir as diferentes versões existentes para aquele *locus*. Em *loci* correspondentes, em um

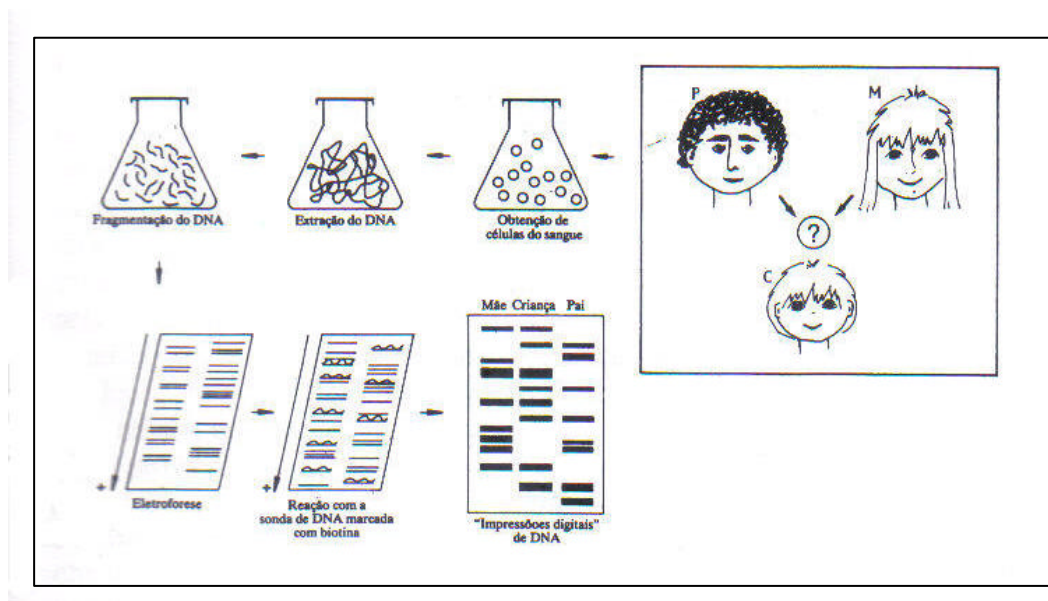
par de cromossomos homólogos, há duas informações genéticas, sendo uma proveniente da mãe e outra do pai.

Em uma população podem existir diversas possibilidades para uma mesma informação genética específica, contida em um gene ou uma seqüência de nucleotídeos que compõe o DNA, chamadas polimorfismos. São justamente os polimorfismos, espalhados por milhares de posições diferentes ao longo da cadeia de DNA, que permitem a identificação de indivíduos, inclusive em investigações de paternidade (CHAMELETE NETO, 2002).

Mas, para que se proceda à identificação individual ou de relações de parentesco é preciso, além dos conhecimentos teóricos sobre a transmissibilidade dos caracteres hereditários e da variabilidade do material genético de pessoa, dispor-se de um método prático. E a natureza complementar das cadeias de DNA permite que sejam pesquisadas e detectadas seqüências de bases individuais.

Para a realização do teste de paternidade em DNA faz-se necessária a coleta de sangue do investigador, de sua mãe e do investigado, que contém em suas células o material genético dos indivíduos.

Por intermédio de técnicas laboratoriais, o DNA dos envolvidos é confrontado a fim de demonstrar a existência, ou não, do vínculo genético entre o filho e o suposto pai (figura 1).



**Figura 1** Seqüência de etapas na realização de paternidade pelas impressões digitais de DNA (PENA, 1993, p. 70).

Quando a identidade de um suposto pai é incerta, testes laboratoriais, já mencionados no capítulo anterior, podem ser utilizados para fornecer evidências objetivas, imparciais e definitivas, sendo que as evidências conferidas por estes testes podem servir para excluir definitivamente um homem de figurar como pai biológico de um determinado indivíduo, ou, se este homem não for excluído, servir como base para calcular a probabilidade de que ele realmente seja o pai biológico (RASKIN, 2006).

Segundo o referido autor, os métodos de exame em DNA requerem quantidade menor de sangue do que os testes de paternidade tradicionais, além de que as células do sangue não precisam permanecer vivas do momento da coleta até o início da fase analítica, como no caso do HLA. Isto torna o procedimento de coleta mais rápido e ordenado, principalmente em bebês e crianças. Não há limite de idade para a análise de DNA. Pode ser feito em bebês, recém-nascidos ou ainda durante a gravidez.

O exame em DNA pode ser feito com sangue tirado há semanas, meses ou até mesmo anos. Isto porque o DNA é uma molécula estável e pode ser extraído e congelado por períodos prolongados, dando maior flexibilidade ao exame e permitindo fazer o teste na ausência de pessoas-chaves, como por exemplo, a mãe e o próprio suposto pai.

Também é possível testar avós, irmãos e outros filhos quando o suposto pai está morto ou não se dispõe a fazer o teste. Porém, a maior vantagem, sem dúvida, é a precisão do exame do DNA (RASKIN, 2006, p. 36).

Os exames laboratoriais disponíveis até então, para fins investigatórios, também já reportados no capítulo anterior, propiciavam apenas um poder de exclusão que atingia, no máximo, 95%, não havendo, assim, maneira de provar irrefutavelmente a paternidade. Além disso, podia algumas vezes, no máximo, excluir determinado homem de ser o pai de determinado indivíduo.

A tecnologia do DNA é considerada o maior avanço na área judicial desde o advento das impressões digitais. Analisando o DNA, questões de paternidade podem ser resolvidas com uma certeza muito maior do que podia se atingir usando testes antigos. Com o DNA, chega-se à beira da infalibilidade, com probabilidades de paternidade superiores a 99,99% (RASKIN, 2006, p. 8).

Assim, pouco a pouco foram desaparecendo os métodos empíricos para dar lugar aos métodos modernos, com tecnologia de ponta, sem perder de vista o horizonte das provas testemunhais. A dificuldade maior das ações investigatórias de paternidade esteve sempre no domínio da prova.

A celeuma que se coloca para o juiz<sup>125</sup>, no campo probatório, é como comprovar que efetivamente houve relacionamento sexual e a necessária relação de causalidade e efeito entre este ato, normalmente singular, e a fecundação e conseqüente concepção do filho, pois provas testemunhais e documentais, quando não são impossíveis, são inconcludentes. Com o teste em DNA, a “verdade” que se alcançava de forma presumida passou a ser verdade científica, biológica.

Hoje, às portas do século XXI, não basta que se faça apenas o confronto fisionômico entre duas pessoas ou se utilize apenas as provas testemunhais ou mesmo laboratoriais já obsoletas, como por exemplo, o sistema HLA, em situações aonde se deseja determinar a paternidade ou maternidade com absoluta certeza. Apesar das provas testemunhais continuarem tendo seu valor indubitável no contexto do processo, dispomos agora, Médicos Geneticistas e profissionais da área de Direito, de uma tecnologia sofisticada para nos apoiar nas decisões com muito mais subsídios concretos do que até então (RASKIN, 2006, p. 24).

O sistema HLA é passível de falhas no sentido de que poderia não excluir a paternidade e o suposto pai ter que assumi-la mesmo não sendo o pai biológico; ou ainda, por um erro laboratorial, poderia excluir um indivíduo de ser o pai biológico quando um exame de DNA mostraria que ele, de fato, o era.

A tipagem sangüínea ABO, por sua vez, só consegue excluir 13 em cada 100 indivíduos falsamente acusados. O DNA, além da precisão<sup>126</sup>, tem outras vantagens, pois o teste desta técnica produz resultados que são interpretados muito mais facilmente. O exame pode ser realizado extrajudicialmente, é versátil a ponto de conferir resultados conclusivos. Pré-requisito para absoluta segurança dos resultados é que todas as etapas analíticas do exame sejam ‘supervisionadas por um perito’ qualificado e realizadas em um só local.

---

<sup>125</sup> A realização do exame de DNA é um ônus processual das partes em litígio, não obstante pode o juiz *a quo* determiná-la de ofício quando o conjunto probatório, não for suficiente para formar o convencimento do julgador. Ante a ausência da prova pericial impõe-se a existência de uma prova robusta para se reconhecer a paternidade. Sendo a prova oral concludente, idônea e robusta no confirmar a paternidade pleiteada, somada aos indícios que foram trazidos pela prova documental, confirma-se a procedência da investigatória (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2007, p. 230-232).

<sup>126</sup> O DNA exclui 100%, e uma não-exclusão em exame de DNA automaticamente significa uma inclusão com probabilidade de paternidade altíssima (RASKIN, 2006).

Na prática, tomadas as devidas precauções no controle de qualidade do teste, pode-se dizer que ele é absolutamente preciso. Um resultado de exclusão significa, com 100% de certeza, que o suposto pai não é o pai biológico. Um resultado de inclusão vem acompanhado da probabilidade que o suposto pai seja o pai biológico, que são números acima de 99,99%, resolvendo inequivocamente todas as disputas (RASKIN, 2006).

Mas, para que o resultado do teste de paternidade em DNA não seja contestado, é preciso que controles de qualidade sejam obrigatoriamente adotados pelos laboratórios que oferecem o teste. Em absolutamente todos os casos que são posteriormente enviados a um laboratório de referência, ou que sejam coletados no próprio laboratório onde o teste propriamente dito será realizado, é imprescindível que se tenha uma série de controles e precauções quanto ao exame, desde a etapa de identificação dos indivíduos, até a elaboração e entrega do laudo.

Observe-se que, já no instante da coleta, exige-se sempre a presença de todos os envolvidos ao mesmo tempo, para propiciar a mútua identificação das partes, que através de documentos de identidade com fotografia são individualizadas. Neste momento, assinam declarações padronizadas, autorizando a realização do exame, declarando não se terem submetido a transplante de medula nem a transfusão sanguínea recente, e deixando uma prova datilográfica (letra e assinatura), datiloscópica (impressão digital de todos os envolvidos, inclusive crianças) e fotográfica + datilográfica (é tirada uma fotografia única, contendo todos os indivíduos, com câmera Polaroid, que, revelada em poucos segundos, é oferecida às partes para que assinem e datem) <sup>127</sup> (AMAR, 1991).

Obtidas estas provas, realiza-se a coleta de sangue (rotineiramente da veia de um dos braços) diretamente em frascos datados e numerados com o código daquele caso específico, já que a partir deste momento os frascos não terão o nome das partes envolvidas, mas apenas um número-código para preservar a privacidade. Feita a coleta em tubo fechado à vácuo, a parte coletada rubrica o tubo, que é então mostrado às outras partes. São colhidos normalmente três tubos por pessoa, sendo que um tubo fica estocado no Laboratório, e os outros dois seguem para a extração de DNA por duas equipes independentes do laboratório (RASKIN, 2006, p. 39-40).

Continua o citado autor relatando que, após a extração, e antes do teste propriamente dito, o DNA de cada indivíduo é testado para seqüências de DNA

---

<sup>127</sup> Este último meio de identificação embora importante, não é muito exigido na prática.

específico de indivíduos do sexo masculino e do sexo feminino. Obviamente, o DNA da mãe deve ter seqüências compatíveis com o sexo genético feminino, o DNA do suposto pai compatíveis com o sexo genético masculino, e o do filho com o seu sexo. Este procedimento é realizado como mais um controle para evitar trocas de amostras, seja na coleta, na remessa do material ao laboratório que fará a parte analítica, no cadastramento das amostras ou na etapa de extração de DNA.

Feita a checagem pelos dois grupos independentes do laboratório, as análises e respectivos resultados devem ser enviados ao Diretor do Laboratório, com o propósito de confrontar as análises, assumindo aquele a responsabilidade final pelo laudo.

No confronto das análises independentes, que, para serem aceitas, devem ser obviamente idênticas, mais alguns controles de qualidade são feitos, como comparar o DNA do filho e da mãe (teste de maternidade). Caso a análise mostre nos dois exames que o suposto pai não é o pai biológico, o exame é repetido novamente às cegas pelas duas equipes (RASKIN, 2006).

Cabe aqui ressaltar que um erro técnico-analítico, como eventual troca de amostras no laboratório, jamais poderá criar uma "falsa inclusão", podendo teoricamente criar uma "falsa exclusão", a não ser que o pai biológico estivesse realizando análises no mesmo laboratório, na mesma época e por descuido um lamentável descuido, o sangue do pai biológico fosse trocado com o do suposto pai, hipótese de pouca probabilidade (WELTER, 2003, p. 115).

Os laboratórios conveniados que coletam e enviam amostras para um laboratório de referência devem seguir este mesmo ritual rígido, e quando as amostras chegam ao laboratório de referência, um fax deve ser imediatamente enviado ao laboratório conveniado para acusar o recebimento das amostras, aonde qualquer possível violação no kit de remessa é descrito. Quando o laudo fica pronto, este deve ser lacrado e enviado ao laboratório conveniado, e um fax deve ser enviado alertando que o laudo deve chegar em 12h a 48 horas. Os laudos devem ser feitos em folhas contendo o logotipo patenteadado do laboratório, o que dificulta qualquer tentativa de adulteração (RASKIN, 2006, p. 40-41).

Tomadas todas estas precauções para manter a cadeia de custódia e a qualidade do exame, o sangue pode ser coletado por praticamente qualquer profissional de saúde, em qualquer cidade, contanto que os profissionais do

laboratório ou dos postos de coleta recebam treinamento especial para adotar os rígidos controles de qualidade essenciais a este tipo de exame.

Depois de coletado, o sangue é transportado em kits especiais para a sede do laboratório, onde as amostras serão efetivamente analisadas e onde os testes serão feitos por cientistas treinados e especializados e todas as etapas serão revistas pelo diretor, profissional responsável pelo laudo final. Este profissional deve ser, de preferência, um Médico Especialista em Genética, “segundo o Conselho Federal de Medicina, conforme a resolução 2.779/96 deste órgão normativo, por ser o exame de Paternidade DNA considerado um ato médico” (RASKIN, 2006, p. 41).

#### **4.1.1 Difusão, acesso ao DNA e questão de infalibilidade e regulamentação**

Já foi bastante ressaltada a utilidade do estudo do perfil genético do DNA, na investigação do vínculo de paternidade e maternidade, mas interroga-se se os seus resultados apresentam a condição de certeza absoluta e, de fato, indiscutível. Não se pode deixar de enfatizar que, mesmo sendo a análise do polimorfismo do DNA uma prova de grande futuro, seus métodos e técnicas não poderiam ser considerados, sob o prisma científico, como uma prova infalível e de conclusões absolutas, capazes de transformar o magistrado em prisioneiro de seus resultados.

Uma questão de fundo, então, merece ser indagada: a prova da tipagem de DNA, na investigação de vínculo genético, tem valor probante absoluto e inquestionável? A resposta deve ser dada no sentido de que, mesmo que a euforia de muitos tenha transformado as técnicas de investigação da paternidade e da maternidade pelo perfil do DNA numa prova de sucesso incontestável, ou que se propale uma cifra cada vez mais elevada de segurança na comprovação dos resultados desses exames, é imperioso, por razão de princípios científicos, que eles possam sempre ser analisados, principalmente quando se vai tomar uma decisão tão grave.

A recomendação mais prudente de doutrinadores, como Veloso (2000, p. 199), tem sido de que “se acredite com reserva” no resultado do polimorfismo do DNA, em questões de vinculação genética de filiação, pelo fato de não se ter ainda uma convicção segura de seus recursos metodológicos.



O resultado do laboratório, entretanto, não pode ser confundido com a cartola de mágico, de onde saltam todas as coisas e pulam todas as respostas. Não tem sentido e não há razão para deixar de acolher a prova genética do DNA, mas ela deve estar compreendida no conjunto probatório.

Trachtenberg (*apud* VELOSO, 2000) chama a atenção para a necessidade de que o exame genético: seja redigido com linguagem acessível para o Juiz e leigos; descreva os métodos utilizados e como foi realizado o cálculo estatístico para apresentação da probabilidade de execução; identifique os técnicos incumbidos de cada uma das diferentes etapas do teste; identifique as possíveis fontes de erro e problemas na interpretação do resultado; e inclua no laudo fotografias das bandas do DNA ou o filme de Raio-x marcado, para o exame visual do resultado. A mesma autora levanta a seguinte questão: quem fará a fiscalização dos laboratórios para tornar as provas técnicas mais confiáveis? E quais seriam os requisitos para o credenciamento deste laboratório?

Assim, é aconselhável não esquecer que os resultados dos laboratórios e dos serviços encarregados das provas do DNA devem ser sempre avaliados com muito rigor. Esse controle de qualidade tem de ser periodicamente exigido, para que não se venha a acreditar em todo e qualquer resultado de uma prova tão delicada.

Basta notar o número de exames discordantes em casos dessa ordem. Tem-se certeza de que a principal causa de erros<sup>128</sup> em exames da vinculação genética da paternidade tem por motivo algum erro na coleta do material, troca de materiais, extravios, desaparecimento de amostras ou, ainda, a impossibilidade de reunir todas as pessoas necessárias para formatar o exame genético, dentre outros problemas.

Não se deve esquecer de que a prova do DNA, apesar da sua sacralização e divinização no Brasil, não pode confundir os que lidam com o processo judicial no momento da valorização dos resultados, principalmente quando se sabe da rapidez com que se opera sua metodologia.

Pode-se até admitir que o polimorfismo do DNA seja, sem dúvida, de muita valia e, por isso, uma prova muito importante no campo da identificação. Mas isso

---

<sup>128</sup> “Os erros mais comuns nas genotipagens envolvem troca ou contaminação de amostras e análise incorreta dos dados. Tal fato pode ser constatado a partir de algumas manchetes publicadas nos últimos cinco anos, tais como: *DNA errors lead to murder case review* (*The Times on line*, fevereiro de 2007); *Forensic lab errors in hundreds of crime cases* (*The Guardian*, fevereiro de 2007); *Police Forensics: DNA mix-up prompts audit at lab* (*Las Vegas Review-Journal*, abril de 2002); *Audit calls for changes in police DNA lab* (*Las Vegas Review-Journal*, maio de 2002); Laboratório do PR é condenado por erro em exame de DNA (Folha de Londrina, julho de 2006); *More than 200 cases reopened after DNA error* (*The Independent*, maio de 2007)” (MELGAÇO *et al*, 2007, p. 1).

não quer dizer que a coincidência de um padrão de uma "tira", encontrada no material biológico de um indivíduo, seja um fato inquestionável na vinculação dele com outra pessoa. Tal exame, portanto, não é infalível e “possui margem de erro ou dúvida no momento da análise do resultado das bandas”, é o que assevera Blikstein (2008, p. 140-141), ao contestar a excelência da técnica.

É preciso também saber se os analistas desse método estão administrando com cuidado o resultado da prova. Enquanto as técnicas atuais não tiverem caráter de certeza absoluta<sup>129</sup>, elas continuariam a ser um meio de exclusão e não de identificação, é o que alertam os críticos, como Blikstein (2008) e Hoffman (2006).

Os supramencionados autores argumentam ser necessário que, por enquanto, não se deva usar o resultado da prova do DNA de forma apressada, mas com os cuidados que se deve ter com tudo o que é atual e inusitado; além disso, as provas tradicionais não devem ser de todo excluídas pelo simples fato de serem uma prática mais antiga. Conforme disse Almeida (*apud* BLIKSTEIN, 2008, p. 144-145):

[...] é preciso cautela na utilização dessa prova. [...] É o momento para repensar a verdadeira sacralização e divinização de que se reveste, nos tempos atuais, o exame de DNA [...]. Absurdo é ignorar-se todos os outros meios de prova, situando a prova técnica na seara infalível, do senhor da verdade.

Isto se justifica pelo fato de que se vive, no Brasil, até certo ponto, um momento experimental no que concerne aos exames do DNA. Não são muitos os serviços que contam com recursos e experiências mais apurados e as amostras do material, até então, geralmente eram enviadas a laboratórios estrangeiros e o são, hoje, em muitos casos de perícias mais complexas, ou aos centros brasileiros mais desenvolvidos.

Por estas razões, dentre outras, a Sociedade Internacional de Hemogenética Forense recomenda que o ideal é que se proceda ao exame em dois laboratórios diferentes e, quando haja conflito de resultado, o lógico é conceder o benefício da dúvida *pro réu*<sup>130</sup>. Ainda assim, é conveniente que esses laudos sejam acompanhados de fotografias das fichas de suporte, sobre o qual, por eletroforese,

<sup>129</sup> Sem embargo, diante da quase certeza do DNA, dever-se-ia, ainda, admitir a *revisão da coisa julgada* (RT, 802:213) para fins de investigação de paternidade, em casos de provas insuficientes produzidas na ocasião da prolação da sentença, para garantir o direito à identidade genética e à filiação, sanando qualquer injustiça que tenha ocorrido em razão de insuficiência de probatória e, além disso, o registro público deve conter a verdade real. Pelo enunciado n. 109 do Conselho de Justiça Federal (aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002): “a restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova, não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigado” (DINIZ, 2005).

<sup>130</sup> Diante da dúvida, o réu deveria ser beneficiado.

foi realizada a distribuição dos fragmentos de DNA, a fim de possibilitar que outro analista confira o diagnóstico; pois, hoje o que se observa é o endosso de um resultado recebido à distância e a verdade a depender da correta identificação do material e da idoneidade que possa merecer aquela técnica.

Desde algum tempo atrás, insiste-se na tese de que, mesmo sendo o perfil ou tipagem do DNA um método de grandes expectativas futuras no campo da hemogenética médico legal, em questões de interesse criminal ou cível, os seus resultados nos dias que correm, principalmente nas localidades onde a experiência dessas técnicas é incipiente, ainda merecem uma credibilidade com reservas. Mesmo sendo tal metodologia digna dos aplausos incansáveis de seus defensores e dos elogios que a mídia propaga, alguns daqueles resultados mal obtidos contribuíram, mesmo sem intenção ou má-fé, para transformar a sentença numa tragédia, fazendo de um inocente culpado; ou lhe atribuindo um filho que não é seu.

Por outro lado, a literatura mundial<sup>131</sup> especializada nesta matéria não se furta de alertar para a ‘possibilidade de identificações incorretas ou duvidosas’, concorrendo para ‘resultados desastrosos<sup>132</sup>, ainda que não tão freqüentes’, mas não se pode dizer que eles inexistem. Não convence a afirmação de que ‘os resultados ambíguos ou atípicos sejam numa proporção insignificante’. O certo é que eles existem, qualquer que seja a incidência admitida, e por isso deve-se considerar que, mesmo como fato isolado, alguém pode ser vítima de tal equívoco.

Outro ponto a salientar é que alguns laboratórios brasileiros, como por exemplo, o Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais (GENE/MG), passaram a desenvolver suas próprias técnicas de diagnóstico, não só para fugir das patentes

---

<sup>131</sup> No Brasil, além de não existir nenhum trabalho mais detalhado sobre o assunto, deve-se considerar que a população é miscigenada de forma contínua e dinâmica, e que tem uma composição étnica muito complexa, tornando difícil sua equiparação com os resultados e as observações de outros povos.

<sup>132</sup> Hoje, os técnicos mais prudentes não se cansam de afirmar que é muito importante a utilização das sondas multilocais (MLP), pela possibilidade de trazer à lide subsídios mais completos e mais convincentes a cada situação analisada. Para muitos, constitui uma temeridade sua omissão, na confirmação da prova. O uso dos sistemas unilocais deve ter sua indicação mais apropriada às questões criminais, quando a quantidade de material coletado é irrisória. Em casos de investigação da paternidade ou da maternidade, onde se necessita não apenas de identificação, mas estabelecer a vinculação genética com outras pessoas, sua utilização é temerária face às muitas diversidades genéticas da população nos *loci* cromossômiais em questão. Indaga-se, qual é a melhor metodologia para exame em DNA, a que utiliza as sondas multi-locais ou as uni-locais? Responde-se: Não existe metodologia melhor ou pior, pois qualquer uma das acima citadas é capaz de esclarecer absolutamente todos os casos. A escolha fica na dependência da experiência de cada laboratório. O LabCorp, laboratório com maior experiência a nível mundial, tendo realizado mais de 300 mil casos até hoje, optou há alguns anos atrás *pela técnica uni-locais através da metodologia P.C.R.* O Centro de Aconselhamento e Laboratório Genética, em Curitiba (PR) é pioneiro, no Brasil, na utilização da metodologia de P.C.R. em Paternidade analisando Short Tandem Repeats ou STRs (pequenas repetições hipervariáveis). A P.C.R.- S.T.R., que é um método de terceira geração, deveria ser o método de escolha.

devidas ao inventor do método, mas também como manobra ousada de simplificar e baratear o exame (PENA, 1993).

Além do mais, mesmo num contexto de críticas, sente-se que há uma motivação em se criar um conceito de "prova absoluta". Isso tem levado muitos cientistas dessa área do conhecimento a reverem a metodologia utilizada, sem, com isso, negar a contribuição que o seu bom uso pode trazer, desde que se analise com a devida cautela os resultados encontrados (CARVALHO NETO, 2006). É claro que essa batalha não será fácil. Basta levar em conta o número assustador de interesses comerciais que existe em torno dessa tecnologia, aduzida como de resultados irrepreensíveis e irrefutáveis.

Não foi por outra razão que o Conselho Nacional de Pesquisas da Academia Americana de Ciências, já em 1992, chamava a atenção, num criterioso relatório, sobre a importância do DNA na investigação do vínculo genético de filiação, recomendando um padrão para a execução dos testes e o aperfeiçoamento de seus métodos. Entre outros aspectos, dizia que:

[...] as partes envolvidas devem concordar quanto ao exame; a metodologia de coleta e a análise das amostras devem ser avaliadas em cada caso; a defesa tem o direito de acesso a todos os dados e registros laboratoriais decorrentes dos exames; os laboratórios privados não podem ocultar informações sobre os resultados obtidos e métodos empregados, alegando segredo industrial (FRANÇA *apud* AMARAL, 2000, p. 106).

Interessante frisar que, depois disso, os tribunais americanos passaram a considerar os testes de DNA como elemento probatório adicional e não como prova definitiva, inclusive permitindo o contraditório (AMARAL, 2000). É preciso que os analistas desses resultados entendam que, mesmo sendo o alvo da proposta a identificação de características genéticas de um indivíduo ou de seu grupo familiar, há probabilidade de enganos, e isso pode se traduzir em prejuízos irreparáveis. Qualquer que seja o tipo de ação judicial, o que interessa ao julgador é a serenidade na sua decisão, a partir de provas concretas e sem probabilidades de equívocos.

Por outro lado, não se pode esquecer que essas provas do DNA dependem de técnicas muito requintadas e complexas, as quais obrigam o especialista a treinamentos constantes e posturas cautelosas. No Brasil, por exemplo, não existe nenhum organismo público ou privado que exerça fiscalização constante, como

controle de qualidade, e por isso não se tem como padronizar métodos<sup>133</sup> e técnicas, nem muito menos como avaliar as condições operacionais dos laboratórios e a capacidade de seus técnicos.

Se não houver tal cuidado, haverá muito em breve uma proliferação irresponsável e nociva de laboratórios de baixo padrão, de cujos resultados muitos malefícios vão surgir. Não têm sido raras as notícias sobre laboratórios<sup>134</sup> com reagentes imprestáveis, produtos com prazos vencidos, equipamentos com defeito, placas de gelatina desnaturadas, evidências de descuido na coleta de amostras e comprovados erros na organização dos arquivos e na transcrição dos laudos, fatos esses que vêm sendo advertidos há muito tempo.

Outro ponto objeto de preocupação é o fato de cada laboratório estar "inventando" sua própria metodologia ou criando padrões de coincidências de bandas. Isso permite pensar que peritos que trabalham em serviços diferentes possam discordar dessas coincidências.

Cabe, questionar, aqui: qual a chance de que apenas o indivíduo investigado seja a fonte do DNA transmitido ao suposto filho? Para responder a isso já se criou um "índice de paternidade" que aponta a probabilidade de qualquer indivíduo ser o genitor e a probabilidade de apenas o examinado sê-lo (BLIKSTEIN, 2008).

Assim, por exemplo, se esse índice<sup>135</sup> for de 1 para 2.000, diz-se que somente um indivíduo em 2.001 pessoas poderia ser o pai do filho questionado (FRANÇA, 1999). Os defensores da técnica do perfil do DNA admitem que esses números chegam a uma probabilidade de 1 em 1 milhão, ou seja, de 99,9999% de certeza (RASKIN, 2006).

Qual seria, afinal, a probabilidade<sup>136</sup> de um indivíduo ser acusado improcedentemente de uma paternidade quando seu perfil apresentar-se coincidente com o de um suposto filho<sup>137</sup>?

---

<sup>133</sup> Não se pode perder de vista ainda que, em muitas localidades brasileiras, há uma predominância muito acentuada de casamentos consanguíneos e, tal fato, inexoravelmente, repercutirá numa margem de erro maior. A única forma de se vencer essas dificuldades será com a utilização de um método conhecido por *ceiling frequency* (frequência teto), onde será considerado o limite máximo de ocorrências de um alelo, qualquer que seja a origem étnica de uma pessoa. Para que isso funcione, é necessário que os alelos sejam independentes entre si, dentro de cada loco e entre os vários locos (CASABONA; QUEIROZ, 2004).

<sup>134</sup> Alerta-se que essas notícias não são específicas para o exame de DNA, mas referem-se a outros exames e procedimentos realizados nos laboratórios de um modo geral.

<sup>135</sup> Em João Pessoa, cuja população é de 600 mil habitantes, ocorreria uma probabilidade de 300 indivíduos serem o pai (FRANÇA, 1999).

<sup>136</sup> A probabilidade de se encontrar duas pessoas com a mesma impressão digital do DNA é na proporção de 1 em cada 30 bilhões. Considerando-se que a população da terra não chega a 20 % por cento disso desse total, impossível haver coincidência, é a colocação que faz Maria Helena Diniz citada por Farias e Rosenthal (2008, p. 513-514).

Mesmo em meio a questionamentos dessa natureza, e considerando todas as ressalvas já feitas, o fato é que o DNA é a prova mais próxima da verdade biológica que se tem, cabendo ao juiz, em conjunto com as demais provas, aproveitar ao máximo o resultado obtido para o deslinde da causa, diante de técnica tão avançada. Daí ser apropriada a transcrição abaixo:

A prova de paternidade (e de maternidade também) por meio do exame de DNA é meio eficaz e de grande utilidade na determinação da filiação, sendo necessário observar a possibilidade de erro do exame ou mesmo de incerteza e probabilidade, visto que nem todos os resultados demonstram a margem de 99,999999% de certeza, devendo, para a procedência da demanda, serem analisadas todas as provas apresentadas ao magistrado (BLIKSTEIN, 2008, p. 136).

No que concerne aos métodos, há várias técnicas desenvolvidas de exame pericial de paternidade e que, inclusive, podem ser utilizadas conjuntamente, cuja classificação e conceituação são:

PCR<sup>138</sup> (reação em cadeia da polimerase) – é a técnica mais moderna e reconhecida internacionalmente, que examina pequenos ‘lôcus’ independentes do DNA, provocando sua multiplicação. É um método que sintetiza seqüências específicas de DNA, utilizando um DNA como molde inicial (*template*) e que, [...], forma uma nova cópia da região de interesse do DNA. Uma das grandes novidades e vantagens da técnica é que pequenas quantidades de DNA poder ser “ampliadas”, originando grandes quantidades de material para análise. MLPs (sondas multilocais) – técnica avançada e certa na determinação da paternidade, já que seus procedimentos são capazes de identificar as ‘impressões digitais’, que formam um padrão complexo de bandas totalmente específico para cada indivíduo. Examina, de uma só vez, vários “lôcus” de DNA, originando as célebres “impressões digitais”. SLPs (sondas unilocais) – eficiente apenas para alguns casos, atestando o perfil genético do examinado, porém este não apresenta resultados tão satisfatórios quanto aqueles obtidos com a identificação da ‘impressão digital’, visto que analisa um único fragmento do DNA em uma única repetição RCA (*Rolling Circle Amplification*), que utiliza vírus para fazer a cópia do DNA, com uma velocidade muito superior e em baixas temperaturas (BLIKSTEIN, 2008, p. 138-139).

<sup>137</sup> Pode-se afirmar que a probabilidade de incidência numa cidade como João Pessoa, por exemplo, é de 1 para 3, se não se levar em conta a influência dos sucessivos casamentos consangüíneos na comunidade (FRANÇA, 1999).

<sup>138</sup> A velocidade na incorporação de conhecimento tecnológico em linguagem acessível é de fundamental importância para legisladores e juristas e em especial para sociedade. Por exemplo, a técnica de PCR<sup>138</sup> (*Polymerase Chain Reaction*), apesar de recente, já está sendo substituída pela RCA (*Rolling Circle Amplification*). A PCR é um método *in vitro* que sintetiza seqüências específicas de DNA. Esta reação utiliza um DNA que é usado como “molde” (*template* em inglês) e *primers*, que são oligonucleotídeos (pequenas seqüências que complementam o DNA), que hibridam com o molde de DNA para que a molécula seja copiada. A cópia do molde é catalisada pela enzima *Taq* polimerase. Uma série de ciclos repetitivos faz com que o molde seja separado em suas hemihélices, os *primers* hibridem com o molde, a polimerase catalise a ligação de nucleotídeos para formar uma nova cópia da região de interesse do DNA. Como cada cópia produzida em um ciclo pode servir de molde no próximo ciclo, a cópia do DNA ocorre de forma exponencial. Em aproximadamente 20 ciclos, a concentração de DNA aumenta aproximadamente um milhão de vezes (MELGAÇO; FIGUEIREDO, 2007).

Quanto ao acesso, é tema pertinente e relevante a possibilidade de se impor ao Poder Público, as despesas com a realização do DNA em favor dos beneficiários da gratuidade judiciária.

Com o acréscimo, pela Lei nº 10.317/01<sup>139</sup> (que garante, em todo território nacional, a gratuidade do exame<sup>140</sup> para os que comprovem tal necessidade), do inc. VI ao art. 3º da Lei nº 1.060/50 (que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados), restou efetiva a garantia do acesso à justiça, preconizada pelo dispositivo constitucional “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV da CF/88), agregando, assim, “ao benefício da gratuidade judiciária as novidades trazidas pela biotecnologia” (FARIAS, 2007, p. 183).

À época da edição da Lei nº 1.060/50, a medicina desconhecia esse exame denominado DNA. Contudo, considerando-se que o direito de origem da pessoa venha a ser obtido mediante uma prova técnica através do Judiciário, mesmo que não expressamente mencionado nos incisos do art. 3º da referida lei, o DNA deveria “ser entendido como compreendido no inc. V, porque representa, inegavelmente, uma prova pericial” (ALMEIDA, 2000, p. 81).

O problema é que era freqüente a “negativa de determinação para que o Estado patrocinasse os exames de DNA ou HLA”, ainda que ferindo o art. 3º da lei em comento, porquanto tais custos se inserem no benefício da assistência judiciária, incluindo os honorários periciais<sup>141</sup>. Daí ser mais que oportuna a modificação favorecida pelo inc. VI.

Mesmo, assim, Farias (2007, p. 183) chama a atenção para uma questão de índole prática, pois se perquire: “quem realizará o exame de DNA em casos de gratuidade judiciária?”. O mesmo autor responde que as despesas devem ser custeadas pelo Estado, por meio de remuneração a ser arbitrada para os peritos aptos ao desempenho do referido exame<sup>142</sup>, valendo lembrar que a perícia deverá

<sup>139</sup> A Lei ordinária nº 10.317/01 acrescenta um inciso curioso ao artigo 3º da lei nº 1060/50, de isenção de despesas judiciárias. Diz esse inciso: “Art. 3º A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: [...] VI - das despesas com a realização do exame de código genético - DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade”.

<sup>140</sup> A jurisprudência tem entendido que cabe ao Estado suportar os encargos com a assistência judiciária gratuita. Em não o fazendo, deverá arcar com as custas processuais, nas quais está incluído, evidentemente, o valor referente à realização das perícias (WELTER, 1998).

<sup>141</sup> STJ, 4ª T – REsp. 119.836-PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17.04.01(REVISTA DE DIREITO PRIVADO, 2002, p. 342).

<sup>142</sup> 2ª TACív.SP, Ag. 300210, rel. Juiz Boris Kauffmann, j. 2.4.91, in *BolAASP* 1766/2, supl.

ser realizada por órgão público, na forma do art. 434<sup>143</sup> do CPC, por haver uma ordem prioritária de indicação, não se afastando, assim, a liberdade judicial de escolha do *expert*.

Para que o acesso seja implementado, o próprio autor sugere que o Poder Público adapte sua estrutura de modo a garantir a efetivação do benefício previsto em lei, mesmo reconhecendo que há posição jurisprudencial no sentido de que o poder público não pode ser compelido a custear as despesas com a perícia do DNA para os beneficiários da gratuidade judiciária<sup>144</sup>.

O STJ já vem externando entendimento, mais atual, no sentido de condenar o Estado a promover os meios necessários para sua realização. Caso o juiz não consiga obtê-lo junto a entidades que dele disponham e possam oferecê-lo em colaboração com Judiciário, como se extrai de trecho do Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

[...] existindo o dever, constitucionalmente imposto, de o Estado prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIII, CR/88), penso que o juiz pode determinar a realização do exame e homologar a respectiva despesa, assim constituindo um título judicial cobrável pelos interessados através de procedimento próprio, a ser pago da verba orçamentária prevista em dotação específica para a liquidação dos precatórios (STJ, 2ª T., REsp. 83.030/MS, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 20.04.98, *in RBDfam* 5:86).

Nessa esteira, destaquem-se iniciativas como a do Estado de São Paulo, através da Lei nº 9.943/98<sup>145</sup>, regulamentada pelo Decreto Estadual 44.336/99, que garante a realização gratuita do exame de paternidade por intermédio da análise de DNA a todos aqueles que comprovarem impossibilidade de seu custeio.

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por meio do Instituto Pedro Ribeiro de Administração Judiciária (IPRAJ), firmou convênios de assessoramento técnico e cooperação administrativa com a Fundação de Fomento à

<sup>143</sup> Art. 434 do CPC de 1973. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento.

<sup>144</sup> STJ, Ac. 4ª T., REsp. 146.374/MS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12.10.98, *in RBDfam* 3:135).

<sup>145</sup> “Tendo sido proposta ação de investigação de paternidade antes da entrada em vigor, no Estado de São Paulo, da Lei. N. 9934/98, que tornou acessível a todos o exame de DNA e tendo sido esta julgada improcedente por insuficiência de provas, não se pode impedir sua repropositura sob o fundamento de contra ela existir o manto da coisa julgada, uma vez que nenhuma regra processual pode ou deve impedir um filho de saber quem é seu pai” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2003, p. 241-243).



Tecnologia e à Ciência <sup>146</sup> (FTC) e com o Grupo de Apoio à Criança com Câncer <sup>147</sup> (GACC) para realização de exames de DNA, como passo importante “no sentido de realizar uma Justiça eficiente, beneficiando as camadas mais carentes, sem recursos para custear exames de vínculo genético” <sup>148</sup>.

Dignos de nota, no âmbito desse Estado, o Projeto de Lei nº 16.162/2007<sup>149</sup> de autoria do Deputado Tarcízio Pimenta que dispõe sobre a realização do exame de DNA, nas ações patrocinadas pela defensoria pública do Estado e dá outras providências; e, no âmbito federal, o Projeto de Lei nº 327/1999 (ALMEIDA, 2000, p. 87-88), da lavra do Senador Geraldo Cândido, que dispõe sobre a gratuidade da realização de exames de Código Genético (DNA) para instruir processos de reconhecimento de paternidade.

Nota-se que, embora as iniciativas sejam ainda incipientes, demonstram a necessidade de se estender o acesso ao exame às camadas mais desprovidas da população.

Em termos da imensa difusão e valor probante do exame de DNA, uma questão se impõe, qual seja: saber se ao se levar em conta todos os outros meios de prova existentes, tendo apenas como base a prova pericial de DNA, considerada a ‘rainha’ das provas em termos genéticos, pode-se determinar a filiação, no âmbito das ações objeto deste estudo, ainda que não existam os requisitos básicos da relação de pais e filhos (aspectos afetivo e amoroso da família).

O assunto é complexo ante a ocorrência de desequilíbrio entre alguns valores. Ao mesmo tempo em que é respeitado o direito à ação, prova e paternidade do suposto filho, a declaração de paternidade não considera a situação de vida do suposto pai e muito menos o histórico do relacionamento entre os litigantes. Mesmo porque o exame pericial de DNA não é dotado de sentimentos ou aspirações, ao contrário, o resultado é objetivo e conclusivo.

---

<sup>146</sup> Decreto Judiciário nº 39/2005 – Procedimentos Administrativos para solicitações de exames de DNA, objeto do convênio n. 45/05 C, publicado no Diário do Poder Judiciário do Estado da Bahia (DPJ), caderno 1 – Salvador (Sábado e domingo), 3 e 4 de dezembro de 2005. Ano 15 nº 3.888.

<sup>147</sup> Diário do Poder Judiciário do Estado da Bahia (DPJ), capa – Salvador (Sexta-feira), 18 de agosto de 2006. Ano 16 nº 4.057.

<sup>148</sup> Diário do Poder Judiciário do Estado da Bahia (DPJ), capa – Salvador (Sábado e domingo), 22 e 23 de outubro de 2005. Ano 15 n. 3.862.

<sup>149</sup> Diário Oficial do Estado da Bahia (DPJ), 3 – Salvador (Quarta-feira), 09 de maio de 2007. Ano XCI, nº 19.406, p. 16.

Reside, nesse caso, a confrontação do direito à paternidade, ao nome, à prestação alimentícia, em contraposição ao valor da família, entendida como célula social, e da filiação entendida como a relação de pai e filho que pode nunca ter existido. A paternidade biológica deveria sempre se fazer acompanhar de uma paternidade social e afetiva, o que lamentavelmente não ocorre, ponderam Wambier e Leite (1999, p. 216-217). Ressalte-se, contudo, que o ideal nem sempre é o que se verifica, na prática.

É claro que a dimensão humana não se esgota só no caráter biológico, ao contrário, depende também de outras óticas, de natureza (caráter) social, psicológica e afetiva, mas o resultado do exame é algo objetivo e verdadeiro<sup>150</sup>. No mais, diga-se que, frente ao resultado do exame de DNA, não há paternidade social e afetiva, existe apenas o dado objetivo da paternidade, reconhecida pelo meio de prova mais convincente no direito de família. O exame pode até não ser infalível, mas é o mais convincente.

Detalhe importante é que, mesmo não sendo suficiente a revelação da origem biológica para gerar a família, no sentido de comunhão de afeto, pois, quando muito, estabelece-se uma relação jurídica de parentesco (LOBO, 1999), o Poder Judiciário, em regra, não pode contribuir significativamente para a construção de afeto, que é da essência do ser humano, nem para reverter o seu quadro de ausência. Pode, apenas, concorrer para uma existência menor de dúvida, no que diz respeito ao resultado, quando viabiliza a realização da prova.

Repita-se que, mesmo sendo uma conquista na aferição da filiação, o exame de DNA deve ser visto com certos cuidados e sem exageros<sup>151</sup>. Mesmo assim, no estágio atual em que esse exame se encontra para a determinação ou exclusão da paternidade, a verdade científica é o caminho que as demandas investigatórias vêm tomando, pelo menos aquelas em que se busca a alteração da filiação nos registros públicos.

A doutrina e a jurisprudência têm-se baseado na premissa de que a ação que investiga a paternidade é de 'estado' e deve buscar sempre a verdade real, leia-se –

---

<sup>150</sup> Não basta que o ente procriado saiba, à luz da natureza, quem concorreu, pela cópula, para o seu aparecimento à face da Terra, é necessário que a relação natural ou real surja com valor e eficácia perante o ordenamento jurídico, na vida das relações sociais, alcance foros ou dignidade de vínculo jurídico (SILVEIRA, 1971, p. 11).

<sup>151</sup> Apesar da sacralização e divinização do exame de DNA, no Brasil, ele não é infalível, não significando resposta a todas as questões acerca do vínculo genético de paternidade (BLIKSTEIN, 2008, p. 141).

aqui – biológica, tanto que a alegação do *exceptio plurium concumbentium*<sup>152</sup> para a defesa do investigado foi absorvida pelo outro extremo, ausência de defesa frente ao exame de DNA realizado (BLIKSTEIN, 2008). Defende-se, nesse trabalho, a tese de que não deve, na maioria das hipóteses, ser atribuído caráter absoluto à prova de paternidade pelo exame de DNA, apesar do seu alto grau de confiabilidade, devendo ser respeitadas e disponibilizadas todas as demais provas, além do devido processo legal e contraditório.

Em termos de falibilidade, há quem critique severamente na doutrina brasileira, como Veloso (2000), Lobo (2006) e Blikstein (2008), a posição atual do exame de DNA como prova de autoridade indiscutível na determinação da paternidade, filiação e família, principalmente no que concerne às possibilidades de equívoco<sup>153</sup> em seu resultado e necessidade de conjunção com as outras provas em direito admitidas. Interessante colacionar à pesquisa sobre o tema, a lição de Rizzardo (*apud* BLIKSTEIN, 2008, p. 152):

A prova técnica, presentemente em vista da evolução da ciência, vai adquirindo uma preponderância perante outros tipos. Isto no entanto, não desmerece os elementos indiciários e a inquirição de testemunho, que se apresentam suficientes em certos casos.

Os inúmeros equívocos e procedimentos errôneos que vêm a conhecimento público, no que diz respeito à técnica do DNA, acabam sendo uma afronta às qualidades e certezas propaladas, dando ensejo a se questionar o alto grau de precisão tão difundido quanto aos resultados (BLIKSTEIN, 2008, p. 148-149).

Na mesma linha de pensamento, adverte Blikstein (2008, p. 165) que as decisões que sustentam infalibilidade do exame não podem prosperar, sob pena de se manter o *status* atual da prova pelo DNA como “rainha absoluta das provas”, em detrimento das demais provas produzidas nos autos, enfatizando:

---

<sup>152</sup> *Exceptio plurium concumbentium* - defesa em investigação de paternidade fundada na ocorrência de vários relacionamentos à época da concepção (TUDO DIREITO, 2008, p. 1).

<sup>153</sup> Mas é preciso não olvidar que o teste de DNA não é uma prova infalível, logo não se devem excluir os demais meios probatórios e o juiz deve avaliar, prudentemente, o resultado, pois é preciso averiguar na o só a credibilidade do laboratório, a técnica utilizada, mas também se houve ou não uso de marcadores genéticos adequados, se não houve troca de amostras, falha na leitura ou na transcrição dos dados obtidos etc. O exame científico do DNA não pode desviar o caminho da instrução probatória, transformando o órgão julgante em simples homologador de laudos periciais. Urge que, nas ações de investigação de paternidade, para declarar o vínculo biológico da filiação, o órgão julgante analise não só o teste de DNA, mas também o conjunto das provas produzidas pelas partes (DINIZ, 2005).

Mesmo não se realizando a prova de DNA e havendo nos autos elementos suficientes para o julgamento da demanda, deverá o magistrado prolatar a sua decisão, ainda mais se estiver comprovado o relacionamento sexual entre a mãe e o suposto pai, bem como não estando demonstrada e comprovada a ocorrência da exceção *exceptio plurium concumbentium* (BLIKSTEIN, 2008, p. 165).

A despeito de todos os óbices levantados pela doutrina e pelos grupos especializados sobre o tema, há julgados ofertando ao resultado do exame de DNA a característica de absoluto e “prova infalível”<sup>154</sup>, inclusive em comparação às outras em direito admitidas.

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – EXAME PERICIAL DE DNA – “O laudo técnico-pericial de análise de DNA, concluindo que o agravante não é o pai biológico da menor, traduz-se em prova que, pela robustez que ostenta, não pode ser desprestigiada, mostrando-se inequívoca e indicando, ainda, a verossimilhança da alegação, autorizando, assim, a antecipação dos efeitos da tutela para suspender o pagamento dos alimentos devidos em razão da paternidade questionada, até o julgamento da ação negatória de paternidade ajuizada”. Precedentes. 2. Agravo de instrumento conhecido e provido (TJDF, AI 2005.00.2.001064-6 – (217390) – 4ª T. - Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa - DJU 21.06.2005).

Enfim, quanto à regulamentação, nota-se, de logo, que não há legislação específica para normatizar<sup>155</sup> o exame de DNA, principalmente no âmbito processual, realizado por determinação judicial ou não.

Além de se aprimorar o teste de DNA no direito brasileiro, criando inclusive uma legislação própria de regência da matéria, para fins de regulamentação do exame, análise do laudo, escolha e autorização do profissional que o realizará, é necessário e urgente aproximar o exame de seu lado humano.

A aprovação de legislação nesse sentido está vinculada à atuação firme do juiz ao analisar a causa e determinar, inclusive a pedido das partes, as provas a serem produzidas, não se contentando, apenas, com o resultado do exame de DNA. Poderia até o magistrado, de acordo com o posicionamento de (BLIKSTEIN, 2008, p. 169), antes de realizar o exame, que até pouco tempo era custoso e é, ainda,

<sup>154</sup> Trachtenberg (1995, p. 324-333) ressalta que “certamente há falibilidade nos testes de tipagem de DNA, encontrando-se bastante controvertido ainda, sendo indispensável a sua normatização”.

<sup>155</sup> É claro que as técnicas do DNA precisam ser normatizadas, conforme recomendação de Anete Trachtenberg (em artigo publicado na revista *Juris* 63/327, sobre “O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação da paternidade”. Sérgio Gischkof Pereira (em voto-relator no acórdão da 8ª Câmara Cívica do TRJRS, em 03.08.1995, transcrito na RJTJRS 175/599) um dos mais notáveis conhecedores da matéria, apadrinha a necessidade de normatização das técnicas do DNA (WELTER, 1998).

demorado, no caso gratuidade<sup>156</sup> do exame, esgotar todas as demais provas admitidas em direito. E, completa:

De posse desse histórico, colhido antes do início da fase probatória propriamente dita, estaria o juiz munido de todos os elementos suficientes para coletar e selecionar o que de mais proveito foi produzido nos autos, determinando inclusive a produção de provas para o seu convencimento (requerida pelas partes, pelo Ministério Público, ou de ofício), uma vez que a demanda investigatória é de "estado da pessoa" e permite a atuação forte de todos os envolvidos (BLIKSTEIN, 2008, p. 170).

Ainda, sobre a necessidade de regulamentação da identificação humana por DNA, diga-se que o célere aperfeiçoamento de uma das ferramentas de que se utiliza a moderna biotecnologia, conhecida por Engenharia Genética, está permitindo a sociedade perceber os primeiros impactos resultantes das pesquisas básicas no campo da biologia molecular, ocorrida nos últimos 20 anos.

Segundo Valle (2000), só no Brasil a indústria de identificação de paternidade por DNA faturou no ano passado mais de 5 milhões de reais. Outro campo de aplicação em emergência é a área criminal, pois a técnica permite elucidar crimes, condenando reais criminosos e absolvendo inocentes. Mas uma pergunta precisa ser feita, quem valida e certifica esses testes?

Do ponto de vista da técnica e dos aspectos éticos envolvidos, a confiabilidade e a segurança dos testes de identificação por DNA, quando da utilização da Engenharia Genética, podem ser equacionados pela Lei de Biossegurança<sup>157</sup> (nº 8.974/95):

Art. 1º - Esta lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, circulação, comercialização, consumo, liberação e descarte de Organismo Geneticamente Modificado (OGM), visando proteger a vida e a saúde do Homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente (BRASIL, 1995a, p. 1).

Em suma, a Lei de Biossegurança regulamenta todos os procedimentos laboratoriais que envolvam qualquer tipo de DNA, seja humano, animal, vegetal, transgênico e até mesmo quimeroplástico. Qualquer instituição domiciliada no País e

---

<sup>156</sup> O acesso ao exame, quando gratuito, ainda é restrito.

<sup>157</sup> Um aspecto relevante observado na legislação - Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995 - é que a mesma protege a saúde dos homens, animais, vegetais e do meio ambiente sem hierarquizar a proteção.

que utilize técnicas de Engenharia Genética deve possuir o Certificado de Qualidade em Biossegurança – CQB, conforme dispõe o seguinte dispositivo da Lei nº 8.974/95:

Art. 2º § 3º - As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos neste artigo, deverão certificar-se da idoneidade técnico-científica e da plena adesão dos entes financiados, patrocinados, conveniados ou contratados às normas e mecanismos de salvaguarda previstos nesta Lei, para o que deverão exigir a apresentação do Certificado de Qualidade em Biossegurança de que trata o art. 6º, inciso XIX, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos advindos de seu descumprimento (BRASIL, 1995a, p. 1).

O seu decreto de regulamentação (nº 1.752/95), que normatiza as atividades da CTNBio, dispõe sobre: "a vinculação, competência e composição da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, e dá outras providências". O decreto também dá competência à CTNBio para estabelecer o Código de Ética de Manipulação Genética, como se vê: "Art. 2º Compete à CTNBio: [...] IV - propor o Código de Ética de Manipulações Genéticas".

Além do referido decreto, a sociedade ainda dispõe da Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, ligado ao Ministério da Saúde, que estabelece os procedimentos éticos das pesquisas envolvendo seres humanos, e o faz de maneira participativa, pois prevê a criação de Comissões de Ética em Pesquisa, com participação de leigos e de membros não pertencentes à instituição proponente da pesquisa.

VII - Comitê de Ética em Pesquisa – CEP. Toda pesquisa envolvendo seres humanos deverá ser submetida à apreciação de um Comitê de Ética em Pesquisa. VII.1 - As instituições nas quais se realizem pesquisas envolvendo seres humanos deverão constituir um ou mais Comitê de Ética em Pesquisa - CEP, conforme suas necessidades. VII.2 - Na impossibilidade de se constituir CEP, a instituição ou o pesquisador responsável deverá submeter o seu projeto à apreciação do CEP de outra instituição, preferencialmente dentre os indicados pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS) (BRASIL, 1996, p. 10).

Certamente, essas normas sozinhas não atendem às necessidades do direito penal, na contenção de práticas ilícitas dessa ordem, comuns na realidade atual, mas poderão ser muito úteis mais adiante. Sua aplicação poderá fornecer subsídios para uma futura jurisprudência ou até mesmo uma legislação sobre o tema.

Ressalte-se que sempre existirá a necessidade constante de a sociedade cobrar, pelos diversos mecanismos existentes, em especial no campo legislativo e jurídico, uma aplicação que seja técnica e economicamente sustentável, mas, principalmente, socialmente adequada.

No ordenamento jurídico da identificação por DNA existe a necessidade de uma participação transdisciplinar e multicientífica<sup>158</sup>. Portanto, existe a necessidade de investimentos nas universidades e centros de pesquisa brasileiros para estabelecer uma competência nacional em biotecnologia. Apesar de todas as iniciativas já tomadas para controlar os efeitos negativos da biotecnociência, a sociedade necessita ficar atenta<sup>159</sup>.

Enfim, diante de tudo quanto visto, a conclusão é que, se os exames forem corretamente executados, se as amostras estiverem em condições para análise (a incorreta conservação das amostras de DNA, por exemplo, pode interferir nos resultados) e se os cálculos forem apropriadamente executados, a confiabilidade dos testes de DNA é praticamente absoluta<sup>160</sup>.

Para as análises de DNA, diversos pré-requisitos podem ser estabelecidos para a interpretação dos dados: a escolha e o uso apropriado das técnicas; as frequências populacionais empregadas para os cálculos e o tipo de análise estatística empregada; os controles de qualidade adotados; a documentação dos procedimentos; a qualidade dos equipamentos e reagentes utilizados e a capacitação técnica dos profissionais envolvidos.

Todas as etapas empreendidas para a tipagem do DNA, desde a coleta até a interpretação do significado estatístico dos dados obtidos, serão consubstanciadas

---

<sup>158</sup> Deve-se evitar uma análise reducionista, (afinal o DNA é comum a todas as espécies de seres vivos), até porque num futuro próximo com a introdução na prática médica da terapia genética, poder-se-ão encontrar marcadores genéticos de outras espécies no genoma humano e vice-versa.

<sup>159</sup> Há de se observar que os avanços da Engenharia Genética têm sido acompanhados por uma emergente sociologia eugênica, a população não pode ficar refém de uma ditadura genética, comandada pelos grandes conglomerados da biotecnologia.

<sup>160</sup> “[...] Há uma evolução técnica considerável, o grau de confiabilidade dessa prova é muito grande, podendo até chegar um dia em que não haja sequer necessidade de ação. Trata-se apenas de uma constatação técnica, observadas as regras pertinentes, e a paternidade será aquela que decorrer desse exame. Só mesmo se houvesse impugnação ao exame, deveria ser ajuizada ação. Portanto, acompanho toda corrente que preconiza que se considere inclusive a insuficiência de prova na ação primitiva como não sendo obstáculo para o ajuizamento de uma ação fundada no exame de DNA” (voto de Min. Antônio de Pádua Ribeiro) (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2005, p. 224-226).

em uma peça pericial escrita, que servirá aos interesses de seus leitores. Em instância final, o laudo poderá ainda servir como elemento de convicção para juízes, promotores e advogados, e para as próprias partes, nas ações penais e, notadamente, nas ações investigativas de paternidade.

Cabe aos operadores do direito e à comunidade científica estarem atentos ao fato de que os testes absolutamente não são infalíveis, como ocorre com qualquer outra atividade humana. Não se pode refutar o fato de haver uma potencialidade, ainda que mínima, e mesmo que todos os cuidados sejam tomados, de falibilidade quanto ao resultado decorrente do uso da técnica de DNA, pela simples razão de haver a intervenção do homem no seu processo.

Para diminuir cada vez mais a margem de erro, deve-se implementar no Brasil, como já ocorre em outros países, rigorosos padrões de qualidade para garantir a credibilidade de tão importante ferramenta.

#### 4.2 EXAME PERICIAL OBRIGATÓRIO *VERSUS* RECUSA DO SUPOSTO PAI EM REALIZAR PROVA PERICIAL

A “ponderação entre princípios constitucionais” é tarefa das mais árduas e significativas à manutenção da ordem constitucional. Daí a enorme responsabilidade do Poder Judiciário, sobretudo das Cortes Supremas dos Estados Democráticos, quando do controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, bem como da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição, colidentes no caso concreto.

A jurisprudência nacional registra decisões do Supremo Tribunal Federal, resolvendo tensões entre princípios constitucionais, onde o conflito foi solucionado pela aplicação da máxima da ponderação de valores, restando um princípio constitucional afastado pela aplicação do outro. Decisão especial, e que, portanto, merece estudo detalhado, deu-se em sede de *Habeas Corpus*<sup>161</sup>, quando se discutiu a tensão entre o direito do filho em conhecer seu pai biológico e o direito do suposto

---

<sup>161</sup> “O *leading case* da orientação jurisprudencial sobre o tema é o conhecido julgado do Supremo Tribunal Federal que, após acesos debates, houve por assegurar a impossibilidade de condução coercitiva a exame médico” (FARIAS, 2006, p. 21).



pai em não ser compelido à colheita de sangue necessário à realização do exame hematológico<sup>162</sup>. O acórdão foi assim ementado:

Investigação de Paternidade – Exame de DNA – Condução do Réu “Debaixo de vara”. Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. **A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.** STF – HC 71.373-4 RGS – Tribunal Pleno – Rel. p/ o acórdão: Min. Marco Aurélio – j. 10.11.1994 – v.m. – DJ 22.11.1996 (MORAES, 2000, p. 218). **(grifos nossos)**

O caso se resume em uma ação declaratória, de rito ordinário, onde uma criança investigava a paternidade de seu suposto pai. O Juízo da Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre determinou a realização de exame de DNA, na intenção de dirimir a controvérsia. Ocorre que o suposto pai se negou à colheita de sangue, sendo determinada a execução forçada da ordem judicial, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Como o suposto pai estava na iminência de sofrer violência ou coação<sup>163</sup> em sua liberdade de locomoção, por decisão do Tribunal de Justiça Riograndense, cabível o pedido de *Habeas Corpus* ao Supremo Tribunal Federal, onde a questão restou dirimida.

No Supremo Tribunal Federal as opiniões se dividiram, sendo que o Tribunal Pleno, por cinco votos contra quatro, decidiu pela inconstitucionalidade da decisão judicial que determinou a colheita de sangue do indigitado pai, contra sua vontade, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da privacidade, e da intangibilidade do corpo humano, princípios que preponderaram, segundo o Supremo Tribunal Federal, sobre o direito da criança em

<sup>162</sup> Acórdão em HC nº 71.373/RS, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 10/11/1994, publicado Diário de Justiça da União – DJU – em 22/11/1996. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 de agosto de 2002.

<sup>163</sup> “Já esta consolidada a orientação de que ninguém pode ser coagido a exame ou inspeção corporal para prova no cível” (STF – Pleno – HC 71.373-RS, relator o Min. Marco Aurélio) (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2003a, p. 213-215).

conhecer seu verdadeiro pai, quando se trata de obrigar o investigado a fazer prova contra si mesmo.

Vê-se, então, que a recusa em submeter-se ao exame genético de DNA é uma das mais delicadas questões que atormentam juristas e operadores do direito, a serem resolvidas no âmbito das ações de investigação de parentalidade. Parte dos tribunais brasileiros admite a condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA <sup>164</sup>.

Também a jurisprudência apresenta precedentes em que se reconhece a obrigatoriedade do exame de DNA em ações de investigação de paternidade, consoantes as decisões dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (Ac. 8ª Cãm. Cív., Ap. Civ., 594.101.032, rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira., j. 27.10.94) e Santa Catarina (Ac. 2ª Cãm. Civ., Ag Instr. 8.137, rel. Des. Napoleão Amarante, 19.4.94).

Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter tomado a decisão mais acertada, segundo a ótica aqui defendida, há quem se posicione contra o entendimento adotado. Tendo em vista o advento do referido exame, autores como Welter (1999) sustentam a obrigatoriedade de sua realização na demanda investigatória, visto que, “sem uma perícia técnica, não se pode levantar o véu impenetrável que encobre as relações sexuais e tampouco desvendar o mistério insondável da concepção” (PEREIRA *apud* WELTER, 1999, p. 42-43).

Sarmiento (2002) e Moraes (1997) posicionam-se, da mesma forma, pela possibilidade de condução coercitiva do investigado à realização do exame, com base no conflito de interesses entre a intangibilidade corporal do suposto pai e o direito de personalidade do investigante, que ultrapassa os limites do direito patrimonial reflexo, consubstanciando-se em interesse moral ligado à dignidade humana <sup>165</sup>. Almeida (2003, p. 159) também comunga deste entendimento, propondo a compulsoriedade do “exame genético, sempre que exigido das partes ou de terceiros, adotando o direito alemão como paradigma”.

<sup>164</sup> ApCív 594101032 da 8ª Cãm. Cív. Do TJRS, em 27.10.1994, rel. Antonio Carlos Stangler Pereira, e AC da 2ª Cãm. Cív. Do TJSC, em 19.04.1994, rel. Napoleão Amarante, AI 8.137.

<sup>165</sup> “Nas ações de investigação de paternidade, a recusa à realização de exame do DNA gera o conflito entre o direito à identidade genética do investigante e o direito à intimidade e à intangibilidade do corpo do investigado, ou seja, a dignidade do investigado e a dignidade do investigante estão em confronto” (LIMA, 2002, p. 160).

Apesar das opiniões em destaque, quando se trata de ações investigatórias, não há obrigatoriedade de se realizar prova pericial nem quanto ao DNA, nem quanto às demais perícias afetas<sup>166</sup>:

O exame pericial pelo método do DNA não é obrigatório, nem absoluto, mas útil ao descobrimento da verdade. Demonstrando o réu, pois, desinteresse em realizá-lo, apesar de evidenciada a possibilidade financeira de patrociná-lo, tal comportamento depõe contra si próprio dentro do livre convencimento do julgador<sup>167</sup>.

É claro que o direito à intimidade não é absoluto. Todavia, deve ser analisado com atenção redobrada pelo julgador e protegido, a fim de não permitir que uma "demagoga saciedade social do alheio" substitua a garantia e segurança dos indivíduos e o direito à sua intimidade. Dessa forma, a produção de provas que violem a intimidade do indivíduo num processo deve se submeter ao máximo de rigorosidade pelo juiz, a fim de se evitar excessos, e sobrepesando-se os interesses em jogo. Se possível a produção por outros meios de prova ordinariamente admitidos, não devem ser rechaçadas pelo juiz, a fim de se preservar os direitos da personalidade.

Reacende-se, então, pelo choque de pontos de vista, a polêmica da discussão em torno das conseqüências operadas pela conduta do suposto pai nas investigações de paternidade, quando o mesmo se recusa a submeter-se à realização da prova genética de revelação do vínculo biológico do elo paterno-filial. Em consenso com Welter (1999) está Diniz (2005), que defende, de forma categórica, o argumento de que:

Se a determinação da realização da prova é um dos poderes do órgão julgante e se se pode empregar bafômetro nas vias públicas para verificar quem é o infrator alcoolizado, por que não obrigar ao teste de DNA o suposto pai, se o Estado, em nome do interesse público, deve garantir com absoluta prioridade, à criança o seu direito à convivência familiar, que se dá na bilateralidade maternidade-paternidade (CF, art. 227; ECA, art. 27; e CPC, art. 339)? O direito, portanto, não pode acatar qualquer atitude ou medida que comprometa o estabelecimento da dupla filiação materna e paterna a que tem direito à criança.

<sup>166</sup> "Os exames hematológicos e o DNA não podem ser impostos pela Justiça. É facultado à parte requerê-los e ao *ex adverso* consenti-los. Por isso, o pedido cautelar de antecipação de provas, buscando realizá-los, não é cabível, ainda que em pessoa falecida, ante a impossibilidade da força coativa ou coercitiva por parte da Justiça para determinar a realização dos mesmos" (DA COSTA, 2000, p. 160).

<sup>167</sup> ApCív 2006.001459-5 da 3ª Câm. Cív. do TJSC, em 14.11.06, rel. Des. Substituto Sérgio Izidoro Heil.

Continua a autora afirmando que, no Brasil<sup>168</sup>, a decisão<sup>169</sup> do STF que entendeu pela não obrigatoriedade do investigado a sujeitar-se à coleta de sangue, para o exame de DNA, foi a solução mais adequada, pois coagi-lo traria conflito entre o direito à identidade genética e o direito à investigação de ancestralidade (paternal) da criança e o direito à privacidade e à intangibilidade corporal do suposto pai, mesmo considerando que a CF/88, no art. 227, exige que o Estado garanta à criança o direito à convivência familiar, que se dá na bilateralidade maternidade-paternidade e esta convivência pode depender da formação inicial do vínculo genético<sup>170</sup>.

Welter (1999) sustenta, em outras razões abaixo dispostas, a solução proposta por ele como forma de resolver o conflito, fundamentando sua opinião:

a) o Estado é obrigado a pagar o exame genético, porque é constitucionalmente o responsável pela assistência judiciária gratuita;

b) a pessoa tem o direito natural de saber quem é o seu pai, mas não por simples revelia ou presunção de paternidade, e sim por demanda judicial com ampla tessitura probatória, sendo manifestamente injusta a declaração de uma filiação inexistente;

c) os exames genéticos comuns não refletem a verdadeira paternidade, porquanto o DNA tem valor probatório superior aos demais exames conjuntamente;

d) os tribunais têm entendido que cabem várias perícias. Assim, fazer imediatamente o DNA evita gastos financeiros;

e) as ações de investigação de paternidade têm elevado cunho social, devendo a prova ser robusta, plenária e convincente da paternidade, expungindo qualquer dúvida. Somente o DNA pode trazer essa tranquilidade;

f) as gravíssimas conseqüências da coisa julgada.

---

<sup>168</sup> A França, a Bélgica e o Canadá não aceitam imposição do exame de DNA sem o consenso da parte, em perícia para determinar filiação. Já a Alemanha, Áustria e Suíça requerem que esse teste seja feito com ou sem anuência do interessado, para atender ao direito à elucidação da verdade biológica (DINIZ, 2005).

<sup>169</sup> O direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua 'origem genética', em sentido estrito, não se contenta com a solução de paternidade fundada em uma presunção processual. Para as ações filiatórias, a produção do exame de DNA não é imprescindível, face a finalidade da ação, mas o ideal é que a prova aconteça.

<sup>170</sup> É mais comum que o afeto nasça independente do vínculo biológico. Mas, é verdade, também, que o afeto pode se formar a partir desse mesmo vínculo, impedindo, a dúvida, quanto à verdade científica, a aproximação de pai e filho.

Mesmo considerando louváveis os argumentos expostos pelo retromencionado autor, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, acompanhada por outros tribunais<sup>171</sup>, de que ninguém poderia ser obrigado a submeter-se a exame pericial com a finalidade do estabelecimento da paternidade biológica, instalou-se um conflito entre aquele e o Superior Tribunal de Justiça; porque, se de um lado, o STF garantiu ao investigado o direito de recusa ao exame, do outro, o STJ determinou a produção dessa prova, entendendo que o estado de filho é “um direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética, um direito de personalidade à descoberta de sua real identidade, e não mais apenas o vínculo presumido por disposição de lei” (ALMEIDA, 2001, p. 48-49).

Contudo, ressalte-se que a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça é aparentemente contraditória, pois, ao mesmo tempo em que interpreta a recusa do réu como “inversão do ônus da prova e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor”, dispõe que “o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas”, que demonstrem a existência do relacionamento amoroso ou casual entre a genitora do investigante e o investigado.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME PERICIAL (TESTE DE DNA). RECUSA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RELACIONAMENTO AMOROSO E RELACIONAMENTO CASUAL. PATERNIDADE RECONHECIDA. - A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. - Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples “ficar”, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual. Recurso especial provido (STJ, RESP 557365 - RO, Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, DJU 03/10/2005).

Um fato que não pode ser negado é que a recusa do investigado de submeter-se ao exame pode, se não for produzida outra prova, esvaziar a ação de conteúdo probatório, o que deságua em uma sentença de improcedência. Assim, a negativa em fornecer o material para a perícia genética não leva ao extremo da

<sup>171</sup> A jurisprudência dos tribunais estaduais já vinha tomando a posição de que não é possível constranger alguém à realização de tal prova: “Assim, em ação de investigação de paternidade, não é possível obrigar o investigado a submeter-se a um novo exame de DNA apenas porque a outra parte alega a ocorrência de fraude no exame realizado na instituição indicada pelo julgador” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2002, p. 333-334).

condução do investigado “debaixo de vara”, para a coleta do material, mas deveria ser resolvida, não no plano da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental reservando ao juízo competente a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu.

Para os juristas brasileiros, como Costa (2001) e Batista (2002), a recusa imotivada do investigado em submeter-se ao teste em DNA conforma apenas mais um elemento de prova, que deve ser confrontado com outros elementos processuais em que o comportamento é valorado.

Somente quando houver colisão entre direitos fundamentais é que poderá ser compelido o ser humano a uma intervenção no próprio corpo, ou seja, limitar o direito fundamental à dignidade, diante, por exemplo, do direito à própria vida e a de outrem (art. 5º, CF). Inútil, no caso, procurar solução para antinomia entre regulações ordinárias. Possível o constrangimento do ser humano, em situação de confronto constitucional, não apenas a exame, mas a intervenção médica adequada a salvar-lhe a vida ou funções, ou aliviar-lhe o sofrimento, considerados, por exemplo, valores sobpostos os da intangibilidade do ser humano e crença religiosa. Diante de direitos fundamentais não se há de arguir com a possibilidade de regulação pelo ordenamento positivo e nem com a razoabilidade ou não da conduta, senão pelo confronto e ponderação do conflito com outro direito fundamental (COSTA, 2001, p. 147).

Mesmo sabendo que a ‘intangibilidade do corpo humano é passível de restrições’, como, para exemplificar, na determinação estatal de vacinação forçada para controlar doenças de proporções epidêmicas, situação na qual os cidadãos não poderão invocar o direito à intangibilidade do corpo, a fim de se eximir da vacinação, pois que se está resguardando princípio constitucional de maior peso: a saúde da coletividade; e que o sacrifício imposto à integridade corporal do suposto pai seria, em última análise, risível frente ao direito da criança em conhecer sua origem real<sup>172</sup>, direito que decorre da própria extensão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, inciso III da Constituição da República, não é possível constranger alguém à realização de tal prova, servindo a recusa como forte indício de prova de filiação, a ser analisado no conjunto probatório (FIUZA, 2006).

<sup>172</sup> “O interesse sobre a origem genética não diz respeito apenas ao indivíduo, mas ao grupo familiar dele e do indigitado pai. O estágio atual da ciência médica indica a imprescindibilidade da origem biológica para a prevenção de doenças, tornando-a matéria de saúde pública, *a fortiori* de interesse social. Lembre-se o que ocorreu no início do século no Brasil, quando Osvaldo Cruz convenceu as autoridades públicas da imprescindibilidade da vacinação em massa da população, para debelar as epidemias que afligiam o país, notadamente a da febre amarela. Não faltaram vozes respeitáveis, inclusive de juristas afamados, que tentaram impedi-la, inclusive em juízo, valendo-se de idênticos argumentos de invasão da liberdade individual, da intimidade e da dignidade da pessoa humana. Comparando-se com a inoculação forçada de vacina no corpo, o exame de DNA é muito menos invasivo” (VILLELA, 1999, p. 70).

Em outras palavras, a recusa à submissão da prova pericial seria um direito, no caso, do suposto pai, transmudando-se, contudo, em ônus processual interpretado em desfavor do investigado. Não caracterizando confissão, contudo. Não se pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e não existe norma legal que obrigue o investigado a submeter-se à perícia.

A negativa, contudo, não implica presunção de paternidade, devendo ser analisada dentro do conjunto probatório, podendo ser considerada em seu desfavor<sup>173</sup>. Deve-se respeitar a deliberação do investigado, portanto, é o que sustenta Batista (2002). Além disso, não se pode desconsiderar que a recusa à realização do exame, enquanto não fiscalizadas as técnicas periciais<sup>174</sup>, segue como lícita e adequada justificativa de oposição.

Não há como quedar-se inerte diante da impunidade de pai irresponsável. Daí os efeitos pessoais e patrimoniais da confissão ficta; quem não deve não perderá a oportunidade de provar que não é o pai. O juiz tem poder legítimo de determinar a realização de qualquer prova que entenda necessária à elucidação da verdade (CPC, art.130), desde que o faça com imparcialidade, resguardando o princípio do contraditório<sup>175</sup>.

Isto é assim porque saber a verdade sobre sua filiação é um superior interesse, que nenhuma lei pode frustrar, por ser injusto privar alguém da utilização de todos os recursos possíveis na busca de sua identidade biológica (DINIZ, 2005). Limitar a obtenção da verdade sobre a paternidade ou maternidade é ato que não mais se coaduna com os avanços científicos capazes de determinar a real filiação. Indaga-se, por que, então, não exigir a efetivação do exame?

Como visto, a jurisprudência do STF tem entendido que não é possível a submissão compulsória ao fornecimento de sangue para o exame de DNA, mormente em ação de investigação de paternidade para esse fim (NISHIYAMA, 2004, p. 126). É certo, porém, que, como válvula de escape, a jurisprudência já se

---

<sup>173</sup> Conforme a linha de precedentes do STJ, à presunção resultante da recusa deverão ser adicionadas outras provas, a serem produzidas pelo(a) autor(a), como condição de procedência do pedido (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2006b, p. 285-287).

<sup>174</sup> "O teste é feito por seres humanos, que são falíveis, embora a metodologia científica tenha uma margem de acerto de 99,99%. Há muitas diferenças entre laboratórios, profissionais e controles de qualidade. Pode haver erro na manipulação das amostras ou na interpretação dos resultados. A interpretação de um teste de DNA envolve profundos conhecimentos de genética e estatística. *Não há fiscalização nem regulamentação sobre o funcionamento dos laboratórios*. Existe apenas uma norma do Conselho Federal de Medicina que exige de cada laboratório um médico responsável especializado em genética" (RASKIN *apud* ALMEIDA, 1999, p. 148).

<sup>175</sup> TJMG, Ag. 126.745-9, Rel. Dês. Carreira Machado, 4ª Câmara. Civ., j. 3-12-1998 \_ DJMG, 7-8-1999, p. 1.

utilizava, mesmo antes do surgimento do art. 232 do CC<sup>176</sup>, que será analisado, da presunção de paternidade se houvesse recusa do réu em fazer o exame hematológico. Nesse sentido, segundo Nery Jr. e Nery (2003, p. 279), presume-se a paternidade de quem se recusa, imotivadamente, “a realizar exame hematológico, traduzindo temor ao resultado, mormente quando há nos autos provas que corroborem ter existido relacionamento amoroso entre o investigado e a genitora do investigante”.

Em ação de investigação de paternidade, o requerido não pode ser obrigado, coercitivamente, a submeter-se a exame pericial de DNA, mas a sua recusa estabelece a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, notadamente quando, em razão do progresso científico, a perícia do DNA pode indicar ou excluir com segurança, a questionada ascendência (TJPR, Ap. 85.822-0, Segredo de Justiça, 2ª Câ., j. 23.08.2000, rel. Des. Darcy Nasser de Melo, RT 791/344) (AZEVEDO; VENOSA, 2004, p. 171).

Apesar de a existência do artigo 232 ser contestada, trata-se de norma nitidamente direcionada à recusa do suposto pai, diante da qual o juiz poderá entender como suficiente para declarar a existência de vínculo biológico de paternidade, admitindo como verdadeiro o fato alegado pelo investigante.

O legislador ordinário, ao invés de obrigar o investigado a se submeter à perícia genética, preferiu, no entanto, utilizar-se de outro meio para manter a dignidade da pessoa humana, tanto do suposto pai, como do suposto filho. O art. 232 do CC/02 foi elaborado e vem sendo utilizado como um meio adequado e necessário para alcançar uma finalidade justa (descoberta da identidade genética do filho). Não houve, quanto a sua essência, abuso da legislação, que manteve a dignidade daquele que se recusa a fazer o exame médico, pois não se utilizou de meio desproporcional (condução coercitiva do indivíduo) para se atingir o fim desejado.

Há uma proporção entre o meio adotado pelo legislador ordinário, na previsão do artigo, e a finalidade almejada pela norma (descoberta da identidade genética do filho). Nesta relação meio e fim não houve excesso do legislador ao editar o comando previsto no art. 232 do NCCB<sup>177</sup>. Há perfeita adequação do meio escolhido

<sup>176</sup> Art. 232 do CPC de 2002: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

<sup>177</sup> Nem todos os casos de recusa à perícia médica levam à conclusão taxativa de que há paternidade, pois “[...] o legislador não sagrou isso na lei, deixando o juízo com a sua liberdade de interpretação, tanto é que o art. 232 do Código Civil se utiliza da carga facultativa exposta no verbo ‘poderá’ [...]” (GÓES, 2006, p. 117-118).



pelo legislador ordinário para a descoberta da paternidade (finalidade da norma) porque se evitou a condução coercitiva do réu para a realização da perícia médica.

Ao se utilizar da presunção judicial de paternidade no caso de recusa à perícia médica ordenada pelo juiz, o poder legislativo efetivou o subprincípio da adequação. Dentre os meios possíveis para se chegar ao fim desejado, o legislador ordinário escolheu aquele menos gravoso ao indivíduo – ao invés da condução coercitiva, utilizando a presunção de paternidade em havendo recusa à perícia médica (subprincípio da necessidade). Por fim, a necessidade e a adequação do meio utilizado pelo legislador para atingir o fim desejado é proporcional (subprincípio da proporcionalidade) em sentido estrito.

O artigo, em tela, contém uma presunção *iuris tantum* de paternidade<sup>178</sup> que dependerá do conjunto probatório apresentado em cada caso concreto. Conforme ensina Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 308):

O exame genético é, portanto, ônus processual da parte. O réu não tem obrigação, mas o ônus probatório de realizar o exame, cuja recusa opera presunção contra ele. É evidente, porém, que a conclusão do juiz levará em consideração todo o conjunto probatório, mormente na inexistência de exame genético, admitindo-se todas as provas lícitas do processo.

Como a lei passou a prever a possibilidade de recusa à perícia médica ordenada pelo juiz suprir a prova que se pretendia obter com o exame, em princípio, tal dispositivo parece contrariar o disposto no art. 5º, XLIII, da CF, referente ao direito ao silêncio que se desdobra nos princípios da proibição de fazer prova contra si mesmo ou da proibição da auto-incriminação.

Entretanto, deve-se levar em conta a razoabilidade e a finalidade constitucional pretendida pela norma infraconstitucional<sup>179</sup>, a tal ponto que, se houver conflito entre dois princípios constitucionais, deve haver uma ponderação na análise de ambos.

Por essa razão, entende-se que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da paternidade responsável (CF, art. 226, § 7º)

<sup>178</sup> “A recusa do réu em realizar a prova pericial de (DNA) implica a presunção de existência da relação de paternidade. Tal presunção, entretanto, não é absoluta, mas relativa, porque, além de ensejar prova em contrário, não induz – a mera recusa – em automática procedência do pedido. É o que se verifica da Súm. 301 do STJ – “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA, induz presunção *juris tantum* de paternidade” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2006b, p. 285-287).

<sup>179</sup> Além disso, deve ser levada em consideração a presunção de constitucionalidade do art. 232 do CC, vale dizer, o intérprete deve, se houver vários significados possíveis para a norma, encontrar “[...] a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e cons equente retirada do ordenamento jurídico” (MORAES, 2003, p. 45).

devem ser pesados em face do princípio constitucional da proibição de fazer prova contra si mesmo (direito ao silêncio do suposto pai). Segundo Rizzatto Nunes Nunes (2002, p. 50-51), é plenamente constitucional o disposto no art. 232, do CC de 2002, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em síntese, o que aqui se defende, mais uma vez, é que o art. 232 do CC/02, enquanto viger, “apesar de não ter muita utilidade” (DIDIER JR., 2006, p. 177), deverá ser interpretado pelos magistrados levando-se em conta o conjunto probatório dos autos, sendo mais favorável ao autor, principalmente quando se tratar de criança ou de adolescente, em razão de sistema constitucional que privilegia essas pessoas, por força do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>180</sup>. A mesma interpretação<sup>181</sup> deverá ser feita quando a única prova dos autos for a perícia médica e se houver recusa do réu em realizá-la, pois a negativa do agente em submeter-se a exame médico necessário não poderá ser aproveitada em seu favor (CC, art. 231), o que se coaduna com o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e com o princípio da paternidade responsável (CF, art. 1º. 226, § 7º). É válido, ainda, destacar o trecho abaixo:

Existe em favor do réu que se recusa a comparecer ao exame de DNA, garantia de não se submeter, contra a sua vontade, a uma perícia (*sic*) capaz desvendar suas privatividades (relações sexuais férteis com alguém). Contudo, de outro lado da questão, há, em favor do autor da ação, direito, de obter acesso amplo à ordem jurídica, o que se obtém com certeza de que todas as provas lícitas e producentes serão realizadas para subsidiar um julgamento correto. Pesando os dois valores, deve prevalecer o do menor, porque a recusa do réu que frustra a prova é sempre ditada por interesses individuais, enquanto que a expectativa de proteção do direito do menor é grandiosa, envolve aspectos sociais relevantes e que supera o individual negativo que não se explica diante da moral, colaborar para que o processo seja efetivo (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2006b, p. 285).<sup>182</sup>

Este trabalho se afina com o entendimento segundo o qual não deve haver obrigatoriedade do réu em se submeter à perícia médica. Apesar de, no embate

<sup>180</sup> Na assertiva de Perlingieri (2002, p. 38): “dignidade humana igual a todos é o instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente a igualdade do homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes”.

<sup>181</sup> Apesar do conjunto probatório ser importante para a determinação ou não da paternidade, em recente julgamento proferido pela 3ª Câm. de Direito Privado do Egrégio TJSP, concluiu-se que mesmo sem a existência de provas orais, documentais e periciais, o julgador deve pautar-se na interpretação que favoreça ao autor, principalmente tratando-se de menor que busca descobrir sua identidade genética. Trata-se do provimento (TJSP, 3ª Câm. de Direito Privado, AC 255.242-4/4- Santo André-SP, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliane, j. 26.11.2002; v.u.) (Boletim AASP 2.336/2.818).

<sup>182</sup> TJMS, 4ª T. Cív. – Ap. 2006.000041-7/0000-00, rel. Des. Rêmo Letteriello, j. 27.06.06 (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2006b, p. 285-287).

entre a obrigatoriedade do exame e o direito de recusa, este deva ser priorizado, o aludido direito restou acompanhado de um ônus, que é a presunção, para se favorecer, ao fim, o direito à perfilhação, que é constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano, e, no contexto, ganha mais importância<sup>183</sup>.

### 4.3 PRESUNÇÃO

Repetindo o art. 136, inc. V, do Código revogado, o art. 212, inc. IV<sup>184</sup>, do CC/2002 reabre a discussão acerca de a *presunção* ser, ou não, forma de prova. "Originário do latim *praesumptio*, o vocábulo *presunção* significa, na terminologia jurídica, a dedução, a inferência que se extrai de um fato conhecido para se admitir como verdadeira a existência de um outro ignorado" (TEIXEIRA FILHO, 1991, p. 387).

Ao definir presunção, ressalta Vittorio Itália (*apud* AGUIAR, 2005) que se trata de uma operação lógica pela qual, de um ato ou fato conhecido, se chega a um ato ou fato ignorado, o que a aproximaria de indício, mas do qual se distingue, basicamente porque na presunção há uma expectativa de repetição de uma experiência, uma idéia antecipada do que provavelmente pode ocorrer. Ou, em outras palavras, a probabilidade como representativa de um considerável grau de certeza.

Assim, presunção é "atividade do juiz ao examinar as provas, ou do legislador, ao criar regras jurídicas a ser aplicadas (presunções legais) sempre ou quase sempre, conforme o caso" (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 57). A partir do conhecimento de um fato, deduz ele a existência de outro fato que lhe é desconhecido e que, normalmente, está associado ao primeiro.

<sup>183</sup> O intérprete defronta-se com a constatação de que determinada hipótese é de fato tutelada pois dois princípios constitucionais, que apontam para soluções divergentes, devendo, pautar-se, nesta tarefa, por parâmetros racionais e controláveis. Sem embargo, sua atuação estará necessariamente submetida a uma pré-compreensão do problema – uma percepção inicial, ainda difusa e sentimental, da solução ideal – da qual ele, como ser humano, não consegue se libertar, é o que ressalta Gadamer (1998, p. 400-438). Como bem esclarece Sarmiento (2002, p. 103-105). "Assim, em primeiro lugar, o intérprete terá de comparar o **peso genérico** que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para este mister, ele deve adotar como norte a tábua de valores subjacente à Constituição. [...] Na verdade, o **peso genérico** é apenas indiciário do peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto. Este só pode ser aquilatado em face do problema a ser solucionado. Ele dependerá da intensidade com que estiverem sendo afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto. [...] Além disso, a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente."

<sup>184</sup> Art. 212 do CC de 2002. "Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: [...] IV – presunção".

Partindo, então, da convicção de ocorrência de certo fato, o juiz, por dedução lógica, infere "a existência de outro fato"<sup>185</sup>, já que, comumente, um decorre do outro ou devem, ambos, acontecer simultaneamente" (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 134-135). Esse mero raciocínio lógico, por si só, não constitui forma de prova<sup>186</sup>, ao menos no sentido de instrumento posto à disposição dos litigantes para que demonstrem a existência dos fatos alegados, "A presunção não é meio de prova, nem fonte desta. [...] Exatamente por não se tratar de meio de prova, não é admissível que a lei venha a regular-lhe a aplicabilidade, pois, sendo um mecanismo da inteligência do magistrado" (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 57), é evitada de superfluidade a regra de lei que venha a autorizar ou proibir o juiz de pensar.

Acorrem, nesse mesmo caminho, as lições de Dinamarco (2001, p. 124), segundo o qual:

Nenhuma presunção é meio de prova, quer as absolutas ou as relativas, as legais ou as judiciais. Nenhuma delas se resolve em técnica de exame das fontes probatórias, a ser realizado segundo as regras do procedimento e com a participação dos litigantes em contraditório. Todas elas constituem processos de raciocínio dedutivo que levam a concluir que um fato aconteceu, quando se sabe que outro haja acontecido.

A presunção, portanto, não é uma forma de prova, a despeito da letra do art. 212, inciso IV, do CC/2002, que não tem o poder de alterar a natureza das coisas. A presunção pode ser entendida como uma "verdade", aprioristicamente estabelecida pela lei. "Difere, entretanto, da prova propriamente dita, porque enquanto a prova dá fé, diretamente, e por si mesma, de uma coisa, a presunção traz comprovação de algo, por uma consequência extraída de uma outra coisa" (POTHIER, 2002, p. 719).

As presunções podem ser simples, comuns, "de homem" ou "*hominis*". As comuns fundam-se naquilo que ordinariamente acontece segundo a experiência, sendo utilizadas pelo juiz para formar sua convicção. Citando Amaral Santos, Didier Jr. *et al* (2008, p. 60) "pontua que a importância das presunções simples se

<sup>185</sup> "Presunção é recurso técnico de lógica formal, utilizado pelo espírito, a fim de alcançar a verdade operacional. O ponto de partida é a necessidade de se conhecer determinado fato que não se revela diretamente ao sujeito cognoscente. Este, em sua pesquisa, apura alguns dados que não fornecem a certeza do conhecimento, mas apenas indicam a verdade provável. Presunção, por conseguinte, vem a ser o raciocínio lógico que, partindo de um fato conhecido, toma-se por verdadeiro outro, desconhecido, mas que revela íntima conexão com ele. Emprega-se a presunção em raciocínios quando não se consegue apurar diretamente o fato verdadeiro. O conhecimento por presunção se faz por probabilidade, pelo que encerra sempre um coeficiente de dúvida" (NADER, 2003, p. 603).

<sup>186</sup> "A presunção é mais um tipo de raciocínio do que propriamente um meio de prova. Com ela pode-se chegar a uma idéia acerca de determinado fato sem que este seja diretamente demonstrado" (THEODORO JR., 2003, p. 404).

apresenta quando se pretende provar estados do espírito”, valendo pelo poder de convicção que infundem ao juiz, não sendo suscetíveis de regras legais que meçam ou avaliem a sua eficácia. As presunções dividem-se, ainda, em presunções legais e presunções judiciais, estas também conhecidas como presunções simples ou *praesumptiones hominis*.

As primeiras decorrem de disposição legal, “resultam do raciocínio do legislador, [...] estabelecem como verdade os fatos presumidos, tornando sua prova irrelevante” (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 61), enquanto as judiciais resultam do raciocínio do juiz. A presunção judicial “forma-se na consciência do magistrado: conhecido o indício, desenvolve o raciocínio e estabelece a presunção” (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 60), havendo necessidade de o indício (fato-base) estar provado.

Aguiar (2005) esclarece que as presunções legais devem ser observadas como normas, enquanto conseqüências jurídicas, diante da existência de determinado fato, devendo estar previstas expressamente, utilizando-se a lei normalmente das expressões ‘presunção’, ‘considera-se’, ‘induz’, dentre outras. Ao comportarem afastamento, mediante produção de prova contrária, são consideradas ‘relativas’, em contraposição àquelas ditas ‘absolutas’, exatamente por não se sujeitarem estas a destruição por força probante a elas oposta.

É sempre, pois, uma escolha discricionária, mas nunca arbitrária, que o legislador fixa, tomando como base a presunção dita comum ou dos homens.

Excelente diferenciação entre presunções legais e judiciais faz Vazquez Soleto (2003, p. 487), professor catedrático de direito processual da Universidade de Barcelona. Ele ensina que:

*la diferencia esencial es que en las presunciones legales es el legislador el que, en aplicación de la experiencia de la vida en cada momento histórico, establece la vinculación entre los dos hechos aplicando una máxima de la experiencia o del criterio humano que el legislador codifica, mientras que en las presunciones judiciales el legislador deja al juez el cometido de poder establecer en cada caso concreto la vinculación entre el hecho admitido o demostrado y el hecho a presumir, mediante la aplicación de una regla de la lógica o de la experiencia que el propio Juez realiza por la delegación del legislador.*

As presunções legais, por sua vez, como já anunciado, subdividem-se em presunções legais – absolutas (*iuris et de iure*) e condicionais ou relativas (*iuris tantum*). A presunção legal absoluta é “a conclusão que a lei impõe ao julgador, para

valer definitivamente como verdade, desde que se verifiquem as premissas supostas na lei" (AMERICANO, 1958, p. 393). Destarte, contra as presunções *juris et de jure* não se admite prova em contrário<sup>187</sup>. Já a presunção legal *juris tantum*, condicional ou relativa, é "a conclusão que a lei sugere ao julgador, verificadas as premissas nela supostas, para valer como verdade, se se não apresentar prova convincente em sentido diverso" (AMERICANO, 1958, p. 393). A divisão em absoluta e relativa é exclusiva das presunções legais.

Em outras palavras, as 'presunções legais absolutas', peremptórias, são aquelas estabelecidas pelo legislador, exaurindo todo o elemento probatório. Evidencia-se, portanto, que nesta não há lugar para raciocínio presuntivo por parte do julgador, que já foi realizado pelo legislador. Com efeito, este, com receio de deixar algumas situações cuja prova é de extrema dificuldade, preferiu impor a presunção absoluta de que tais fatos ocorreram. Lembre-se de que a escolha dessas situações é questão de política legislativa, assim, os motivos são pré-jurídicos, conforme assinala Aguiar (2005, p. 59):

Em qualquer dos dois tipos faz uma escolha prévia, naquela linha metodológica defendida por Jan Schapp, para quem o legislador já resolve o caso fático em face de sua possível ocorrência, não se podendo falar na existência de uma norma abstrata a ser aplicada à hipótese concreta, senão que, tanto ao legislador, quanto ao juiz, compete decidir uma série de casos, com a diferença de que o magistrado atua diante de hipóteses já ocorridas, enquanto o legislador age em face de hipóteses futuras e possíveis. A opção legislativa tem, portanto, cunho político. Saber se e quando deve ser estabelecida uma presunção legal, é tarefa que depende de decisão do legislador.

De fato, cumpre ao legislador definir quando determinado ato, fato ou relação deve ser tomado como verdadeiro, variando a certeza jurídica de uma conformidade relativa a uma absoluta, quando confrontado com dados fáticos que se repetem segundo a experiência anterior.

Outra lembrança importante é que nas presunções legais relativas se dispensa a prova do fato, enquanto nas presunções legais absolutas se dispensa o próprio fato. Como visto, aquela diz respeito ao ônus da prova, enquanto esta nada tem a ver com o processo. Está, sim, ligada ao direito material, "O fato é havido como ocorrido até que se prove o contrário" (DIDIER JR *et al*, 2008, p. 62).

---

<sup>187</sup> Consoante lição de Maluf (1978, p. 92), "as presunções legais absolutas não são propriamente presunções, no sentido lógico-jurídico, mas sim disposições imperativas da lei".

Nestas presunções, o que a lei faz é atribuir o mesmo efeito jurídico a situações diferentes (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 64). Percebe-se com isso incrível semelhança entre as presunções legais absolutas e as ficções jurídicas. Para o referido autor, os resultados práticos que o legislador consegue, recorrendo a um ou a outro expediente, são semelhantes, tendo a distinção entre ambas as figuras valor meramente teórico, ocorrendo freqüentemente, na visão do autor, confusão entre elas<sup>188</sup>.

Didier Jr. *et al* (2008, p. 62) assinalam que as presunções legais podem ser, ainda, ‘mistas’ ou ‘intermediárias’ que são “aquelas contra as quais não se admitem quaisquer provas, mas apenas as referidas e previstas na própria lei.” No particular, a lei só permite que se rechace a presunção por meio de tal ou qual meio de prova. É o caso do art. 1.604<sup>189</sup> do CC de 2002.

Via de regra, as presunções legais são relativas, o que significa que não se exige que o texto legal indique a natureza *juris tantum* da presunção prescrita. Por outro lado, somente quando a lei proíbe expressamente a prova em contrário considera-se absoluta a presunção.

Cabe lembrar que, para Barbosa Moreira (1998), a diferença conceptual entre presunções legais relativas e absolutas visa a fixar, para a solução da controvérsia, a relevância ou irrelevância, de determinada prova<sup>190</sup>.

O referido autor, no mesmo trabalho, traz conclusão importante para o tema. Expõe que a função prática das presunções legais relativas é a distribuição do ônus

<sup>188</sup> "Exemplo desse equívoco depara-se na redação do art. 343, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, referente à intimação da parte para prestar depoimento pessoal e às conseqüências do eventual não-comparecimento ou recusa de depor. Lê-se no texto legal: ‘a parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se *presumirão* confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor’. Ora, é evidente que, se a parte não comparece, ou se recusa a prestar depoimento, de modo nenhum confessa: o fato da confissão, em tal hipótese, é fato que não se pode considerar-se não como *inexistente*. Aqui não há qualquer ‘juízo de probabilidade’: estamos diante de algo que sabidamente *não ocorre*, e ao legislador não é dado ‘presumir que ocorra. Nem é isso, aliás que ele pretende: quer apenas atribuir a um fato diverso (o não comparecimento, ou a recusa a depor) os *mesmos efeitos* que decorreriam do fato não ao propósito, de *ficta confessio* [...] ao ver do legislador, se a parte, intimada a depor, se absteve de comparecer ou de prestar depoimento, esse modo de proceder, revelando o temor de ser inquirida, autorizaria a conclusão de que as alegações do adversário espelham a verdade. Tal como redigido o dispositivo, porém, o caso é de ficção, e não de presunção legal” (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 66-67).

<sup>189</sup> Art. 1.604 do CC de 2002: Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro.

<sup>190</sup> "Serão relativas ou absolutas as presunções legais conforme admitam ou não, respectivamente, prova em contrário; ou, em termos porventura mais rigorosos do ponto de vista técnico, conforme seja ou não relevante, para a solução do litígio submetido à apreciação do juiz, a demonstração de que na realidade não ocorreu o fato legalmente presumido: com efeito, quando se diz que, na presunção absoluta, é inadmissível a ‘prova em contrário’, o que no fundo se quer afirmar é que nada adiantaria ministrar tal prova, pois, a despeito dela, o órgão judicial continuaria adstrito a pôr, como fundamento fático de sua decisão, aquilo que a lei presume (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 5).

da prova. Frise-se que não se trata da distribuição como a feita pelo art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro, segundo o qual “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quando ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Para este tipo de presunção não importa se a parte é autora ou ré, assim, incumbe à parte a quem a presunção desfavorece provar o contrário, independentemente de qual pólo processual ocupe.

Não se pode falar, contudo, que a presunção relativa é técnica de inversão do ônus da prova. Há casos em que a aplicação da presunção coincidirá com o resultado que se obteria aplicando a regra da distribuição do ônus da prova do art. 333 do CPC. Evidencia-se, por isso, que a importância das presunções relativas ressalta-se nos casos de não coincidência com a regra prevista no Código de Processo Civil. Caracterizam-se, desse modo, como normas especiais de distribuição do ônus da prova, e não exceções.

As ‘presunções legais’ são muito semelhantes às presunções judiciais, diferenciando-se tão-somente pelo fato de, nesta, a correlação entre os fatos ser confiada ao juiz e, naquela, a correlação é feita pelo legislador.

Já as ‘presunções judiciais’ nada mais são do que relações estabelecidas exclusivamente pelo juiz entre um fato conhecido e outro desconhecido. A partir de um fato comprovado, o juiz forma, através de raciocínio indutivo, a presunção de existência do fato desconhecido<sup>191</sup>. “As presunções judiciais ou são feitas pelo juiz ou não o são” (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 63).

Frise-se, ainda, que as presunções, sejam absolutas e/ou relativas, ou judiciais, não constituem meio de prova. Quando o juiz, através de processo mental, passa da premissa ‘se aconteceu x deve ter ocorrido y’, absolutamente nada de novo surge no plano material, concreto, sensível. Por isso é impróprio se afirmar que através da presunção se adquire mais uma prova. O que se tem, em verdade, é um conhecimento novo, que se estabelece exclusivamente *in mente iudicis* (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 57).

---

<sup>191</sup> Barbosa Moreira (1998, p. 56-57) ensina que “há casos em que o material probatório trazido aos autos não tem ligação direta com o *thema decidendum*. Entretanto, pode ocorrer a apresentação de fatos diverso daquele do *thema decidendum* mas que com ele tenha alguma ligação”.



Exemplo claro de aplicação de presunção no direito brasileiro é a presunção formada quando o investigado se recusa a se submeter ao exame de DNA, nas ações filiatórias<sup>192</sup>. Embora o legislador tenha tencionado construir uma presunção legal, em verdade erigiu a artigo de lei uma presunção judicial, o que é totalmente despidendo. Alerta-se, contudo, que os indícios e as presunções não podem, em todos os casos, ser o único meio utilizado para decretar a procedência ou não da ação. Logo, são mencionados entre os elementos utilizados pelo juiz na apreciação das provas<sup>193</sup>. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina manifestou-se nesse sentido, no Acórdão 02.009187-7, de sua 2ª câmara cível, com a relatoria do Desembargador Mazoni Ferreira:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS – RECUSA DO RÉU EM SUBMETER-SE AO EXAME DE DNA – CONSEQUÊNCIAS – INDÍCIO – PRESUNÇÃO – COINCIDÊNCIA ENTRE ÉPOCA DA CONCEPÇÃO E DAS RELAÇÕES SEXUAIS DA MÃE COM O INDIGITADO PAI - PROVA TESTEMUNHAL CONVERGENTE PARA EXISTÊNCIA DO RELACIONAMENTO ÍNTIMO ENTRE O RÉU E A MÃE DO AUTOR - EXAME HEMATOLÓGICO NÃO EXCLUDENTE - EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIUM - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - PATERNIDADE RECONHECIDA - VERBA ALIMENTÍCIA FIXADA EM SEIS SALÁRIOS MÍNIMOS - INSURGÊNCIA DO ALIMENTANTE QUANTO AO VALOR FIXADO - REDUÇÃO ADMITIDA - EXEGESE DOS ARTS. 400 E 401 DO CC - Em tema de investigação de paternidade, coincidente o período de relacionamento íntimo entre o réu e a mãe do autor, mesmo que esporádico, e convergindo as provas testemunhais, por intermédio de depoimentos de pessoas com estreitos contatos com as partes envolvidas, e com a indemonstração da *exceptio plurium concubentium*, é o que basta para presumir-se a paternidade reclamada. E de livre arbítrio do magistrado a apreciação das provas, podendo, inclusive, utilizar-se de presunções e indícios coletados da prova testemunhal e documental que conduzam à certeza. Assim, desnecessária é a realização do exame de DNA. 'O exame perícia/pelo método do DNA não é obrigatório, nem absoluto, mas útil ao descobrimento da verdade. Demonstrando o réu, pois, desinteresse em realizá-lo, apesar de evidenciada a possibilidade financeira de patrociná-lo, tal comportamento depõe contra si próprio dentro do livre convencimento do julgador' (AC 99.019579-1, de Itajaí, Rei. Des. Carlos Prudêncio). Na fixação dos alimentos, sejam provisionais ou definitivos, o critério a ser observado é o previsto no art. 400 do CC, estabelecendo-os na proporção das necessidades do alimentado e dos recursos financeiros do obrigado" (grifos postos) (BLIKSTEIN, 2008, p. 124-125).

<sup>192</sup> O art. 232 do CC/02 - O art. 232 do CC/02 traz uma presunção judicial, o que é um contra-senso, pois há o artigo 131 do CPC que prevê que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos atos e circunstâncias presentes nos autos, mesmo que não alegados pelas partes.

<sup>193</sup> A adoção das presunções serve para facilitar o julgamento, mas o que se busca é a verdade real (FIUZA, 2006).

Nesses casos, como se percebe, a jurisprudência dos Tribunais Brasileiros tem entendido que, se a parte se recusa à submissão à prova pericial, presume-se, em seu desfavor, a paternidade, com base, principalmente no artigo 232 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que "a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame".

Há autores<sup>194</sup>, contudo, que entendem que a recusa à submissão ao exame de DNA não pode gerar presunção de paternidade, pois razões outras podem ter levado a parte a se esquivar de tal exame, como as religiosas, por exemplo. Discorda-se, entretanto, deste raciocínio, entendendo-se que a recusa à participação em exame pericial de DNA gera sim a presunção de veracidade em favor do investigando, como entende a jurisprudência brasileira. Chega-se a essa compreensão independentemente do conteúdo do art. 232 do CC/02<sup>195</sup>.

Estabelecido o conflito entre presunções, o magistrado deve tomar as seguintes providências: se uma das presunções for legal absoluta e a outra não, como parece óbvio, prevalecerá a primeira; se o magistrado estiver defronte a uma presunção legal relativa e uma presunção judicial, ou entenderá que esta é prova contrária àquela, ou entenderá que a presunção judicial não constitui prova bastante para afastar a presunção legal relativa. \*

Nas duas situações anteriores não se percebe grande complexidade. Surgem dúvidas, entretanto, quando o conflito se estabelece entre presunções da mesma espécie (absoluta com absoluta, relativa com relativa). Sustenta-se, por exemplo,

<sup>194</sup> A parte pode recusar-se ao exame justamente por não ser o pai biológico, de modo que a recusa à perícia não pode ser entendida como comportamento que leva à presunção de veracidade (em sentido contrário, STJ, 3ª T., REsp 165.373-RS, rel. Min. Ari Pargendler, v. u., DJ 16.08.1999, reconheceu a paternidade com base na recusa ao exame, o que serviu de complemento à insuficiência da prova). O comportamento pode no máximo representar indício, a ser cotejado diante do conjunto probatório, não se podendo esquecer, noutro tanto, do risco da prova indiciária ou por presunção (COSTA, 2001, p. 147-154).

<sup>195</sup> Theodoro Jr. (2003, p. 569-575), por sua vez, flexibiliza este entendimento sustentando que a norma do artigo 232 do Código Civil pressupõe um juízo complementar do julgador para que se forme a presunção de paternidade. "Não é o que se dá com o art. 232 do Código Civil, porque aqui o preceito não impõe, necessariamente, o suprimento da prova pericial médica, pela imediata acolhida da veracidade do fato que se iria apurar por meio da diligência probatória frustrada pela resistência de um dos litigantes. A norma simplesmente admite a possibilidade de se ter como ocorrente tal suprimento: 'a recusa à perícia médica poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame', diz o art. 232. Não há no provimento legal uma autoritária e definitiva substituição da perícia pela imposição de veracidade de fato não averiguado. A norma pressupõe, por isso, um juízo complementar do magistrado para concluir sobre a possibilidade, ou não, de operar o suprimento probatório autorizado, mas não imposto em lei. [...] o exame pericial genético não pode ser entendido como afronta a direitos da personalidade. Desse modo, a sua recusa não se entende mais como o exercício de um direito absoluto. Entende, então, que a recusa injustificada à submissão a tal prova por parte do réu, deve ocasionar-lhe alguma consequência adversa. Conclui, um pouco mais a frente, que "é óbvio que essa recusa não deverá conduzir à condenação do investigado, pois esse dado, por si só, não tem força total de convencimento em torno da investigação. Serve, contudo, no somatório com os outros indícios já previstos na lei civil, para robustecer o feixe de dados probatórios circunstanciais, cuja força se nutre justamente da ocorrência e convergência entre os dados da prova crítica, toda ela voltada a evidenciar o fato pesquisado".

com base nos ensinamentos de Marinoni e Arenhart (2005, p. 174-175) que se deve proceder da seguinte forma: “o magistrado deverá encontrar a solução analisando o caso concreto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade”.

Em sentido contrário, há autores como Bobbio (1999, p. 92) afirmando que, nos casos em que há conflito entre duas presunções legais absolutas ou entre duas presunções legais relativas que, invariavelmente, estão positivadas em lei, “não cabe a utilização do princípio da proporcionalidade por uma razão simples: Está-se diante de uma antinomia (conflito de regras) que deve ser resolvida com base nos seguintes critérios: cronológico<sup>196</sup>, hierárquico<sup>197</sup> e de especialidade<sup>198</sup>”.

Feitos esses esclarecimentos, cabe apenas frisar que as presunções, como acentua Dinamarco (*apud* GÓES, 2006, p. 112), não constituem, definitivamente, meio de prova, em decorrência de que as presunções são atividades dedutivas do magistrado. Apenas o indício apresenta-se como “meio de prova, já que a partir dele se elabora uma presunção judicial” (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 58), tratando-se, contudo, de modalidade de prova indireta, por ser entendido mais claramente como a aceitação de um fato pelo resultado de operação mental, e não da produção de uma prova, efetivamente. O legislador autorizou expressamente a prova indiciária.

#### 4.3.1 Indício x Presunção

Indícios e presunções constituem parte do conjunto probatório da demanda investigatória, embora estas últimas não tenham força probante, como já dito alhures. Feitas tais considerações, chama-se de prova indiciária “a prova destinada a demonstrar o fato indiciário (indício)” (MARINONI, 2000, p. 317). Lembre-se de que

<sup>196</sup> O autor explica que o critério cronológico, também chamado de *lex posterior*: “é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. Esse critério não necessita de comentário particular. Existe uma regra geral no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo. Imagine-se a Lei como expressão da vontade do legislador e não haverá dificuldade em justificar a regra” (BOBBIO, 1999, p. 93). Esta mesma regra está estampada no art. 2º, § 1º da Lei de introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Art. 2º: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”.

<sup>197</sup> O critério hierárquico - também chamado de *lex superior* -, por sua vez, nas palavras de Bobbio (1999, p. 93): “é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. Não temos dificuldade em compreender a razão desse critério depois que vimos que as normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes: são colocadas em ordem hierárquica. Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores.”.

<sup>198</sup> Finalmente, o critério da especialidade, o da *lex specialis*, “é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional) prevalece a segunda: *lex specialis derogate generali*” (BOBBIO, 1999, p. 95-96).

o fato indiciário é um mero fato que deve ser alegado pela parte, devendo esta alegação ser demonstrada pela parte. No mesmo sentido são as conclusões de Carnelutti (2001)<sup>199</sup>.

Considera-se indício (do latim *indicium*, significando: rastro, sinal, vestígio) a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias. Sintetizam bem Didier Jr. *et al* (2008, p. 57): “Indício é este fato conhecido, que, por via de raciocínio, sugere o fato probando, do qual é causa ou efeito”. Cita-se, para exemplo:

A existência de cartas e fotografias comprovando íntimo e duradouro relacionamento da mãe do autor com o pretendido pai, somado ao exame hematológico que não exclui mas indica a paternidade, e ainda, a testemunhos incontestes, provam suficientemente a procedência da ação. O conjunto probatório permite concluir que o julgador de primeiro grau se houve com acerto ao reconhecer a paternidade investigada (Ap. Cív. 1.394/82 - TJPR - Rel. Des. Henrique Cezar).

Os indícios versam, pois, sobre o fato ou sobre o agente, ou, ainda, sobre o modo do fato. Formam a prova circunstancial do fato. Não se deve confundir indício com presunção. Segundo Didier Jr. *et al* (2008, p. 61), o indício, por si só, não tem qualquer valor, contudo, “como causa ou efeito de outro fato, suscita o indício uma operação por via da qual poder-se-á chegar ao conhecimento desse outro. ‘O indício ‘indica’, portanto liga-se ao étimo do ‘dedo’”, expressão esta última cunhada por Pontes de Miranda.

Rangel (2004, p. 435) explica com clareza solar a diferença entre indício e presunção. Segundo o autor, *indício* “é todo e qualquer fato, ou circunstância, certo e provado, que tenha conexão com o fato, mais ou menos incerto, que se procura provar”. Já *presunção* significa “opinião ou juízo baseado nas aparências, suposição ou suspeita”.

Segundo o conceito de Neves e Castro (*apud* MALUF, 1978, p. 91), presunção é “a consequência ou ilação que a lei ou o juiz tira de fato conhecido, para decidir a existência de outro, que se pretenda provar”. Portanto, a lei (presunção legal) ou o julgador (presunção comum) podem estabelecer presunções

---

<sup>199</sup> Não se trata aqui de fatos representativos, nos quais, por sua própria natureza, a função probatória é essencial, senão de fatos autônomos, cuja função probatória é meramente acidental e surge pela eventualidade de uma relação sua, indefinível a priori, com o fato a provar. Por conseguinte, não cabe mais destacar o caráter essencialmente relativo dos indícios: um fato não é um indício em si, senão que se converte em tal quando uma regra de experiência o põe com o fato a provar em uma relação lógica, que permita deduzir a existência ou não existência deste (CARNELUTTI, 2001, p. 227-228).

tendo como pontos de partida os indícios: do indício se chega, por inferência, a estabelecer uma presunção (SANTOS, 1968).

Pode-se dizer, então, que o indício é a causa, isto é, é o fato conhecido, e a presunção, o efeito, isto é, o conhecimento do fato antes ignorado. Pode ser encarado como meio de prova, tratando-se “de mecanismo útil para a prova de fatos de difícil verificação ou ocorrência, bem como a prova de fatos futuros, como no caso das demandas preventivas” (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 57).

A importância do indício verifica-se, então, naqueles casos em que o juiz não dispõe de elementos que apontem diretamente para o fato alegado<sup>200</sup>. A conclusão a que chega o juiz após raciocinar de forma presuntiva a partir de um fato indiciário chama-se presunção (MARINONI, 2000). Se vedada fosse a utilização das presunções no processo, correr-se-ia o risco de grande número de casos resolverem-se pela “absolvição por insuficiência de provas”, ou melhor, inúmeros casos restariam nebulosos por um apego irracional à forma, por parte do juiz.

Lembre-se, todavia, que o artigo 230 do Novo Código Civil exclui a utilização de presunções judiciais nos casos em que a lei afasta a prova testemunhal<sup>201</sup>. O dispositivo é regra de prova legal, que atribui às presunções judiciais o mesmo regramento da prova testemunhal. Ensina Pisani (1994, p. 484) que as presunções “consistem no raciocínio pelo juiz, uma vez adquirido o conhecimento de um fato secundário através de fontes materiais de prova, dirigido a deduzir desde a existência ou não do fato principal ignorado”.

Nesses termos, no caso das ações filiatórias, conclui-se afirmando que “indício”<sup>202</sup> é o fato provado (recusa injustificada do réu em submeter-se ao exame genético) e “presunção” é a operação intelectual que liga esse fato a outro (atribuição do vínculo de paternidade).

<sup>200</sup> Os indícios são usualmente utilizados pelas Cortes de Justiça brasileiras. Como exemplo cita-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Direito Tributário. Débitos de ICMS. Sucessão dissimulada de empresas, suscetível de ser demonstrada *por meio de indícios e presunções*. Responsabilidade da sucessora. Art. 133 do Código Tributário Nacional. Caso em que o v. Acórdão impugnado evidenciou circunstâncias suficientes para autorizarem a presunção de que houve, efetivamente, a alegada transferência do estabelecimento comercial. Erro de valoração da prova, que redundou em negativa de vigência do dispositivo legal acima citado. Recurso Provido” (REsp 3828/SP – STJ – 2ª Turma – Min. Ilmar Galvão – DJ 29.08.1990).

<sup>201</sup> Art. 230. As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

<sup>202</sup> “De fato, a parte prejudicada pelo indício pode defender-se da mesma forma que frente a qualquer outra prova: mediante contraprova ou argumento satisfatório. Pode provar a irrealdade do indício ou, então, a ilogicidade do enlace entre o indício e o fato que o adversário tenta provar’ (A presunção em matéria civil, Sérgio Carlos Covello, Saraiva, 1983, p. 99)” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2005a, p. 223-225).

#### 4.3.2 O art. 232 do CC/02 e a Súmula 301 do STJ frente à discussão acerca da presunção judicial x presunção legal

Uma das formas de se pôr em risco o resultado prático da ação investigatória é a recusa do réu a submeter-se ao exame de DNA, o que, se for admitido, resultará no retrocesso a toda aquela celeuma em torno da produção de provas indiretas da paternidade.

Para Venosa (2004, p. 320), o réu tem o "ônus probatório de realizar o exame, cuja recusa opera presunção contra ele". Vale ressaltar que, como a investigatória é ação peculiar, o ônus da prova é bipartido<sup>203</sup>: o autor pretende provar e demonstrar que o réu é seu pai; este, por sua vez, tentará demonstrar o contrário. Muitos juízes têm entendido que a prova pericial, notadamente o exame de sangue, deve ser solicitada pelo réu, pois é ele que detém o interesse pela negativa. Entenda-se que o autor não afirma que o réu seja o seu genitor; ele pretende que o mesmo o seja. Já o réu, se contesta a ação, afirmará a negativa da paternidade e, nesse entendimento, o ônus de produzir essa prova é seu. Sobre o assunto, assim se pronuncia o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Investigação de paternidade, Ônus da prova. Nos termos do art. 333 do CPC, incumbe ao autor, o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e, ao réu, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. No conceito de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos está a solução prática atinente à iniciativa probatória. Chiovenda diz que cumpre indagar qual a causa eficiente e qual a concorrente para a ação. No caso, é a concepção coincidindo com as relações sexuais. Ao autor incumbe a prova da causa eficiente, como efetivamente fez. Mas, nega o réu tal fato, opondo ainda, fato impeditivo, modificativo ou extintivo, em razão da alegada *exceptio plurium concubetium*, o que significa que teria que assumir o ônus de tal prova, apenas possível através de exame hematológico (AC. Unânime – 2ª Câmara Cív. – TJSP – AC. 154.594-2 – Rel. Des. Urbano Ruiz – DJ de 19.05.1992) (SIMAS FILHO, 2006, p. 264-265).

<sup>203</sup> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – NEGATIVA DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÕES SEXUAIS E RECUSA DO INVESTIGADO AO EXAME DE DNA – PROVA TESTEMUNHAL E INDÍCIOS INSUFICIENTES – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – Por mais que mereçam credibilidade as alegações da parte autora na ação de investigação de paternidade, haja vista que a versão apresentada é coerente e tem grande chance de ser verdadeira, tem ela o ônus de prová-la satisfatoriamente. Restando provado que não houve qualquer relacionamento efetivo entre a genitora da criança e o suposto pai, nem mesmo os três encontros sexuais entre eles, dos quais há apenas fracos indícios, julga-se improcedente o pedido de reconhecimento da paternidade, não podendo a recusa do suposto pai, de submeter-se a exame de DNA, por si, ser interpretada com verdade absoluta de modo a influir decisivamente no processo de modo favorável à autora, pois, se constitui num indício a mais a ser considerado no contexto (TJDF – EI - AC 45.967/98 – 1ª C. – (Ac. 114.459) – Rel. Des. João Timóteo de Oliveira – DJU 09.06.1999).

Feito esse esclarecimento, pondera ainda Venosa (2004, p. 320) que "o juiz deve sempre ser cauteloso e levar em conta todo o conjunto probatório", pois "nunca a ausência da prova técnica poderá induzir peremptoriamente a paternidade". Os documentos, portanto, devem ser analisados com cuidado, dando-se maior valor probante àqueles originais e firmados por autoridades.

Segundo Rizzardo (2004, p. 495), com fundamento em decisões dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e de São Paulo, "a negativa pode ser considerada a desfavor da pessoa, o que *não se confunde com presunção de admitir a imputação*".

Blikstein (2006, p. 54) alerta que, embora "a presunção relativa de paternidade, pela recusa em submissão ao exame pericial de DNA" tenha sido a solução encontrada, não se coadunaria "necessariamente com o conceito de filiação e a formação da relação paterno filial", pois defende, em primeiro lugar, que não se presume a paternidade, ou se tem ou não se tem a relação pai e filho e, em segundo lugar, porque o exame de DNA não é o único meio de prova em direito admitido para a comprovação da paternidade, que inclusive pode ser sócio-afetiva, de modo que não se deve considerá-lo sozinho para firmar tal presunção. Apesar das restrições ao exame, o referido autor reconhece o DNA como o meio de prova mais convincente no direito de família Blikstein (2006, p. 52).

Em sentido contrário, Dias (2006, p. 335) sustenta que a resistência do réu é 'suficiente' para provar a paternidade, mesmo que inexistam outras provas, "sob pena de o direito à identidade deixar de ser uma questão de ordem pública para tornar-se uma questão de ordem privada".

Julgou-se que o art. 232 do CC/02 viria a solucionar o problema no qual o réu que se negava a se submeter ao exame médico necessário beneficiava-se com sua recusa. Assim, a negativa poderia suprir a prova que a perícia médica visava a obter.

A redação do referido artigo foi criticada por Farias e Rosenvald (2006, p. 656), com a apurada técnica, que lhes é peculiar, por não prever uma presunção expressa. Eles defendem sua releitura à luz do balizamento constitucional, para que a recusa injustificada, por revelar o "temor da descoberta da verdade", implique em "*presunção legal de verdade dos fatos*, sob pena de repriminarem-se tempos felizmente

passados de discriminação entre filhos e dificultar sobremaneira o exercício da vida digna".

O fato é que, pelo que diz a lei, a postura omissiva do réu induz à presunção de paternidade, o que acaba levando à procedência da ação. Não pode ser outra a solução.

Para a compreensão do tema, faz-se mister a análise do disposto no 'artigo 231 do Código Civil': "Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa".

É lógico que o réu desidioso<sup>204</sup> não pode alegar que a parte autora não comprovou a paternidade vindicada quando este se recusou a realizar o teste de DNA, que é o exame médico necessário ao deslinde da ação de investigação de paternidade. O dispositivo legal apenas retrata o antigo brocardo romano de que ninguém pode se prevalecer da própria torpeza (*noeminem allegare potest sui cuique turpitudinem*)<sup>205</sup>.

Prosseguindo com o estudo, embora Farias e Rosenvald (2006) não enxerguem no artigo 232 do Código Civil uma presunção legal, mas sim uma *possibilidade de presunção judicial*, devido ao termo "poderá", os renomados autores, pelos seus próprios argumentos, em seguida, lembram, em seguida, que, se o juiz avalia as provas pelo sistema do livre convencimento motivado, dizer que o julgador poderá interpretar a recusa em desfavor do réu retrataria um pleonismo jurídico dos princípios gerais de direito, o que tornaria inútil o dispositivo legal, posicionamento com o qual se aquiesce.

Utilizando o método da interpretação conforme a Constituição, Farias e Rosenvald (2008, p. 562) também chegam à conclusão de que o mencionado artigo de lei, revisto pela técnica da *ponderação de interesses*, expressa "uma verdadeira

---

<sup>204</sup> A recusa em submeter-se ao exame serve de reforço (reforça) a certeza da paternidade que o réu se nega a admitir. "Ação de Investigação de paternidade. Oitiva de testemunha apontando no sentido de ter havido efetivamente relação amorosa entre o pai da investigante e sua mãe. A recusa do pai em submeter-se ao exame de DNA, embora legítima em face dos direitos fundamentais constantes da Constituição Federal, inverte todavia o ônus da prova, transformando a possibilidade de paternidade em probabilidade. A recusa injustificada do exame, o malogro do investigado em provar sua inocência, em conjunto com os indícios extraídos das provas orais produzidas, são o bastante para que o pedido da investigante seja julgado procedente (REVISTA DE DIREITO PRIVADO, 2003, p. 355).

<sup>205</sup> Caracteriza-se o *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório) na modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança – decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva. "Desse modo, apesar do silêncio da lei, promovida uma interpretação liberta das amarras positivistas, percebe-se que o *venire contra factum proprium* é consectário natural da repreensão ao abuso de direito, sendo perfeitamente aplicável no direito brasileiro" (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 510).



*presunção* da prova que se pretende produzir", levando a recusa imotivada do investigado à "procedência do pedido, com conseqüente declaração de filiação".

Contudo, conforme alerta Reale (2000, p. 292-293), "nada mais errôneo do que, tão logo promulgada uma lei, pinçarmos um de seus artigos para aplicá-lo isoladamente, sem nos darmos conta de seu papel ou função no contexto do diploma legislativo". Como o Código Civil é repleto de dispositivos que visam a proteger os direitos da personalidade, a boa-fé e a igualdade entre os filhos, a *hermenêutica estrutural* leva à conclusão de que, onde o legislador usou o termo "poderá" na *regra legal*, o ordenamento jurídico deve interpretar a *norma jurídica* como "deverá", caracterizando o artigo 232 do Código Civil como uma perfeita *presunção legal*, cujos fatos o demandante não precisa provar.

Esse também é o posicionamento de Gagliano e Pamplona Filho (2004) e de Oliveira (2004). Ao se admitir que o art. 232 em comento encerra uma *presunção legal*, um terceiro dispositivo legal que merece destaque é o 'inciso IV do artigo 334' do CPC, que dispensa de prova os fatos "em cujo favor milita *presunção legal* de existência ou de veracidade".

Só para contextualizar, na sábia lição de Theodoro Jr. (2002, p. 376-377), a prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em Juízo. Com relação a tal objeto, a prova pode ser 'direta', quando demonstra a existência do próprio fato, ou 'indireta' (por indício), quando evidencia outro fato, do qual, por raciocínio lógico, chega-se a uma conclusão a respeito do objeto da prova.

Conforme foi demonstrado anteriormente, o artigo 232 do Código Civil presume a recusa do réu a produzir a prova 'direta' como demonstração da veracidade da paternidade alegada. Assim, de acordo com o raciocínio dos autores, que defendem tratar-se de uma *presunção legal*, uma vez operada, o inciso IV do artigo 334 do Código de Processo Civil dispensa o investigador de provar a paternidade, pois o fato já restou comprovado pela prova 'indireta'.

Desta forma, o que precisaria ser provado não é a existência de relação sexual entre a genitora do investigador e o investigado, conforme parece supor a jurisprudência, mas sim a injustificabilidade da recusa deste a submeter-se ao exame de DNA, da qual decorrerá, por si só, a prova da paternidade, independentemente de outras provas.

E não se diga, ainda, segundo o posicionamento acima comentado, que ação de estado não admite presunção legal, pois a interpretação sistemática leva a concluir-se que o legislador, por diversas vezes, protege e desburocratiza o reconhecimento da paternidade<sup>206</sup> além de estabelecer outras formas de presunção dessa mesma paternidade<sup>207</sup>.

Ousa-se discordar da opinião dos renomados autores, para se afinar com outros como Didier Jr. (2004), Góes (2006), Farias e Rosenvald (2008), pois, em verdade, o art. 232 do CC/02 encerra uma presunção judicial, e, portanto, não é necessário vir disposta em artigo de lei. Nesse contexto, é oportuna a observação de Didier Jr. (2004, p. 72-73): “o art. 232 do CC-2002, porém, admite presunção judicial quando houver recusa à perícia médica ordenada pelo juiz, recalcitrância tida pela lei como indício suficiente à obtenção da presunção”.

“Se for o caso de presunção judicial, qualquer dispositivo legal é ocioso ou inútil: não se pode, por lei, autorizar, limitar ou proibir o juiz de pensar” (DIDIER JR. *et al* (2008, p. 59). A esse respeito, Farias e Rosenvald (2008, p. 561-562) concluem pela inutilidade do art. 232 do CC de 2002 “por repetir ‘óbvio ululante’, que é o livre convencimento motivado, decorrente do art. 131<sup>208</sup> do Código de Processo Civil e da própria Constituição da República.”

---

<sup>206</sup> Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. Art. 1.609. 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. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes. Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento. Art. 1.613. São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho (BRASIL, 2002, p. 154).

<sup>207</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes 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. Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597.

<sup>208</sup> Art. 131 do CPC de 1973: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

#### 4.3.2.1 O artigo 232 do CC/02

Antes de se discutir a real utilidade do artigo, objeto de estudo, são importantes algumas digressões. Segundo o art. 232 do Código Civil, "a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame". A arquitetura dessa norma mostra que sua aplicação é restrita aos processos judiciais, de modo a criar uma presunção de natureza jurídica. Não se vê nessa norma conteúdo de regramento material, mas apenas a enunciação de presunção, que poderá ocorrer em razão da negativa de participação em prova médica, a ser efetuada por ordem judicial. Por isso, diz-se que ela foi editada nitidamente para solucionar a discussão quanto às conseqüências da recusa do réu à realização de exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade.

É que as interpretações, em sede jurisprudencial, da recusa do pretenso genitor à realização do exame de DNA, eram as mais variadas: desde simples indício<sup>209</sup>, passando pela presunção *juris tantum* de paternidade, com a conseqüente inversão do ônus da prova, até a confissão. Na doutrina, entretanto, em outros tempos, considerou-se que a recusa do réu à realização da perícia médica jamais poderia ser "traduzida em prova cabal, ou confissão, tendo em vista que a perícia hematológica é apenas um meio de prova complementar e não um fundamento da sentença" (PEREIRA *apud* MORAES, 1998, p. 165).

Em verdade, no art. 232, pelo qual o legislador civil ratificou o entendimento jurisprudencial já consolidado pelo HC 71.373/RS de 1996, o preceito não impõe, necessariamente, o suprimento da prova pericial médica, pela acolhida da veracidade do fato que se iria apurar por meio da diligência probatória, frustrada pela resistência de um dos litigantes.

A norma simplesmente admite a possibilidade de se ter como ocorrente tal suprimento: "A recusa à perícia médica [...] poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame", diz o art. 232. Não há, no provimento legal, uma autoritária e definitiva substituição da perícia pela imposição de veracidade do fato não averiguado. A norma pressupõe, por isso, um juízo complementar do magistrado para concluir sobre a possibilidade, ou não, de operar o suprimento probatório autorizado, mas não imposto pela lei (THEODORO JR., 2006, p. 128).

---

<sup>209</sup> A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo atribuiu à desobediência da ordem judicial de realização de exame de DNA o valor de mero indício de paternidade, no julgamento do agravo de instrumento nº 87.550, *in* LEX 111/350.

Enquanto vigente, portanto, deve ser aproveitado, interpretando-se não haver “no provimento legal uma autoritária e definitiva substituição da perícia pela imposição de veracidade do fato não averiguado” (THEODORO JR. *apud* GÓES, 2006, p. 116). Portanto, na esteira do referido autor, o que o art. 232 do Código Civil autoriza é o uso da circunstância de ter a parte se recusado ao exame pericial médico como uma presunção, cuja valoração<sup>210</sup> não deve se dar à luz isoladamente da própria recusa, mas em cotejo com o quadro geral dos elementos de convicção disponíveis no processo.

Nessa medida, “se nada mais se produziu como prova direta ou indireta do alegado na inicial, não será razoável nem aconselhável uma sentença de procedência da demanda fundada exclusivamente no gesto processual do réu”. Por outro lado, “se outros elementos de convicção se aliarem” à presunção gerada pela recusa do réu em realizar o exame de DNA, “é possível e recomendável a acolhida do pedido do autor” (THEODORO JR., 2006, p. 130).

Cumprido observar que, na hipótese de ausência de provas, existindo apenas a presunção gerada pela oposição à realização do exame de DNA, o julgamento de improcedência do pedido exordial pode não acarretar prejuízo ao menor investigante na medida em que, segundo recente corrente doutrinária acatada pelos Tribunais pátrios<sup>211</sup>, embora de forma não pacífica, tem-se entendido que, nas ações em que se discute o estado da pessoa, não se opera o trânsito em julgado, posto que tais ações versam sobre direitos indisponíveis: a coisa julgada operaria *secundum eventum probationis*<sup>212</sup>, como melhor se verá em capítulo próprio.

Para os adeptos dessa corrente, caberia ao investigante a apresentação de material probatório mais convincente quando da propositura de uma nova ação de investigação de paternidade, possibilitando ao julgador a análise de todos os

---

<sup>210</sup> “Milita desfavoravelmente ao investigado, levando à presunção da paternidade pretendida, a sua recusa em submeter-se ao exame pericial de DNA, cujo resultado, segundo os especialistas, apresenta confiabilidade absoluta de 99,98%. Sintomática, aliás, foi a recusa do investigado em se submeter à perícia pelo método de Impressões Digitais de DNA, que conduzem à certeza quase absoluta (99,9998%), requerida pelo investigante, abeirando-se a ela à confissão, presumindo-se veraz a imputação da paternidade” (JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, 1992, p. 151-152).

<sup>211</sup> TJ/RS, 4ª Câmara Cív., AR 70001768720, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 09.11.2001: “[...] tendo sido o feito então julgado improcedente por falta de prova, o julgado não faz coisa julgada com relação à não-paternidade, nada impedindo a renovação da investigatória. Não havendo, portanto, coisa julgada, descabido o uso da rescisória”.

<sup>212</sup> “A coisa julgada se forma a depender do resultado da produção probatória” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 575).

elementos de prova trazidos aos autos, inclusive da presunção oriunda da recusa, para prolação de sentença de mérito.

Em síntese, não é recomendável que o conjunto probatório dos autos seja ignorado simplesmente em razão da recusa<sup>213</sup> do réu em realizar o exame de DNA, tendo-se em vista que esta recusa não pode ser interpretada como confissão ficta, mas constitui, sim, exercício de um direito fundamental da personalidade (art. 1º, III da Constituição Federal: princípio da dignidade da pessoa humana), como já exaustivamente comentado anteriormente.

O exercício deste direito fundamental pelo réu gerará, sem dúvida, conseqüências processuais, mas o juiz deverá julgar segundo o seu livre convencimento motivado, não podendo emprestar valoração isolada à prova, a não ser que a lei o vincule expressamente (como nos casos de em que a lei estipula uma presunção absoluta), ao raciocínio presuntivo do juiz.

Contudo, a prática forense vem demonstrando que muitos magistrados atribuem à presunção decorrente da recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA a autoridade de prova cabal e inquestionável, proferindo sentenças de procedência do pedido nas ações de investigação de paternidade, sem cotejar a presunção com as demais provas produzidas, ou seja, ignorando o conjunto probatório dos autos<sup>214</sup>.

Sucedo que tal postura é condenável, alvo de críticas, pois aceitar um processo em que somente o exame de DNA tem real credibilidade, sendo considerado suficiente para declarar a paternidade, significa aceitar a prova taxada, impregnando o juiz "do mais amplo arbítrio, pois fica comprometido o seu livre convencimento, na medida em que deve dar maior valor e avaliar com diferentes pesos a prova judicial, segundo a sua pré-classificação processual" (MADALENO, 1999, p. 83). Ainda conforme observa Madaleno (1999, p. 83), "não pode haver

---

<sup>213</sup> "Na investigação de paternidade, a recusa à realização do exame de DNA conta em prejuízo da defesa do réu, ainda mais se o conjunto das provas coligidas lhe é desfavorável e quando se sabe que ninguém deve deixar de colaborar com a Justiça para o esclarecimento da verdade" (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2002, p. 338-340).

<sup>214</sup> Em alguns casos, ignora-se, por exemplo, laudo médico atestando a impotência sexual ou infertilidade do investigado ou a arguição de *exceptio plurium concubentium*, comprovada por meio de prova testemunhal ou pela juntada de mensagens eletrônicas que indiquem que a mãe do investigante teve mais de um parceiro sexual à época da concepção, para conferir à presunção relativa decorrente da recusa na realização do exame de DNA caráter de prova absoluta e inquestionável.

tarifamento de provas, em que uma classe de prova possa parecer melhor que outra".

Em verdade, como se vê, a avaliação da prova deve ser realizada mediante a análise da integralidade dos elementos probatórios disponíveis, inclusive da recusa do réu em submeter-se à perícia, sob pena de valoração isolada ou tarifada da prova. “A regra legal em comento dispõe a favor da presunção do liame jurídico da filiação na investigação de paternidade, com base no juízo de verossimilhança” (GÓES, 2006, p. 116). Por isso, parece correto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que diz:

O afastamento fundamentado do exame hematológico pelo método do DNA, privilegiando o conjunto probatório amplo, devidamente especificado, não viola os arts. 125, 131, 145, 436 e 458, II, do CPC. Ao juiz é dado apreciar livremente a prova produzida, não sendo o laudo pericial o único elemento de convicção (REsp 197.906-SP, da minha relatoria, DJ 06.09.1999); 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 (STJ, 2002, p. 329).

Porém, o que vem ocorrendo em diversos julgados, é a imposição de um rigor processual extremado contra o investigado<sup>215</sup>, a despeito da mesma rigidez probatória imposta ao investigante, apenas em nome da divindade do exame *de* DNA.

Conforme o posicionamento que aqui se defende, a recusa ao exame não pode deixar de ser apreciada à luz do quadro probatório dos autos, evitando-se, apenas, atribuir-lhe isoladamente a autoridade de prova irrecusável e cabal, julgando, assim, o magistrado, procedente o pedido na ação de investigação de paternidade, tendo por único fundamento a presunção decorrente da negativa<sup>216</sup> em realizar o exame de DNA.

<sup>215</sup> “[...] em assim sendo, se o réu, no momento em que lhe é facultada a indicação das provas que pretendia produzir, não pugnou pela realização do teste do DNA, impossível em sede recursal reclamar a omissão que somente a ele pode ser imputada. Ademais, não exsurge como vinculante ou obrigatória a perícia do DNA, excluindo, *ipso facto*, os demais elementos probatórios carreados ao caderno processual” (TJSC – Apelação Cível n. 43.162, Ibirama, rel. Des. Eder Graf, DJE n. 8.941, de 4/3/94, p. 4).

<sup>216</sup> A recusa do investigado a submeter-se ao exame de DNA serve para auxiliar o juiz na sua convicção, mas não pode, por si só, animar a declaração de paternidade, fugir ao exame, eis que, pelo princípio da ampla defesa, a parte não está obrigada a produzir prova em seu desfavor (BATISTA, 2002).

Não são poucas as vezes em que o julgamento de procedência do pedido na ação investigatória baseia-se somente na presunção condicional<sup>217</sup>, decorrente da recusa do réu em realizar o exame pericial, inexistindo qualquer outro elemento de prova nos autos capaz de atestar a paternidade, o que não parece correto:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Provas. A ação de investigação de paternidade que apresenta, no contexto probatório, uma situação "sui generis", por *absoluta falta de provas orais, documentais e periciais*, deverá merecer do juiz que a julga interpretação que favoreça os direitos de personalidade do menor interessado na descoberta de sua identidade genética e não o inverso, notadamente porque há razoável justificativa da falta de prova oral (art. 363, II, do CC) e nenhuma explicação para a recusa do réu ao exame de DNA (arts. 1º, III, 227, § 6º, da CF, e 27, do ECA). Provimento (TJSP – 3ª Câm. de Direito Privado; AC nº 255.242-4/4-Santo André-SP; Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani; j. 26/11/2002; v.u.).

Entretanto, sustenta-se que não se cogita julgar procedente pedido baseado em fatos inverossímeis, notoriamente inverídicos ou incompatíveis com os próprios elementos ministrados pela inicial, simplesmente em razão da presunção decorrente da recusa ou mesmo da revelia. Destarte, repise-se, a recusa do réu em submeter-se à perícia médica, por gerar uma presunção condicional, não pode ser o único fundamento para a sentença de procedência na ação de investigação de paternidade, sem que outros elementos de convencimento existam nos autos.

#### 4.3.2.2 A Súmula 301 do STJ

Em 18 de outubro de 2004, o STJ editou a súmula 301<sup>218</sup> cujo teor *in verbis*: “em ação investigatória, a recusa<sup>219</sup> do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade” (BRITO, 2006, p. 281).

<sup>217</sup> NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – Em se tratando de paternidade presumida, ainda que anos após a sua declaração, é dever da justiça propiciar a produção da prova requerida, no caso o exame de DNA, necessária a garantir a realidade dos fatos, em obediência ao princípio da verdade real. No caso de se comprovar a exclusão de paternidade, fica configurada causa *petendi* diversa do primeiro processo, afastando deste modo, a coisa julgada por não configurar identidade de ações (TJGO – AC 48.900-6/188 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Felipe Batista Cordeiro – DJGO 25.05.1999).

<sup>218</sup> A súmula restringe-se à investigação de paternidade; assim, é incabível como fundamento de ação negatória ou de impugnação de paternidade. A primeira grande limitação é a de que não cabe nas hipóteses de existência de estados de filiação não biológica protegidos pelo direito; adoção, inseminação artificial heteróloga e posse de estado de filiação, sendo incabível para constituir paternidade desconstituindo a existente. A segunda grande limitação diz respeito à impossibilidade de utilização isolada da presunção, significando dizer que é apenas um dos elementos que formam o convencimento do juiz. Sem prova ou provas indiciárias convincentes, colacionadas aos autos pelo autor, o juiz não pode aplicar a súmula 301 (LOBO, 2006, p. 255).

Uma primeira leitura desse enunciado dá a impressão de que outra solução não seria melhor, que a presunção ali prevista. A taxatividade que ele transmite causa ao leitor e, de modo muito especial, ao aplicador da norma, uma certeza quase que inafastável de que esse enunciado é objetivo e perfeito para os casos em que se discute a paternidade.

Aparentemente, o enunciado procura ater-se à formação de prova, no campo processual, contudo, suas conseqüências vão além, atingindo o direito material e tornando tábula rasa a evolução antes demonstrada. Críticos ao enunciado, como Brito (2006), sustentam que a súmula em comento parte do equívoco de que paternidade biológica é a única que importa, desconsiderando a mudança de paradigmas que se operou no direito brasileiro, em total desconhecimento de sua natureza sócio-afetiva. Se o exame de DNA concluir que A é genitor de B então a paternidade estaria definida.

Além disso, induz o réu a produzir prova contra si mesmo, invertendo um princípio que resultou da evolução do direito e da emancipação do homem. Confunde investigação da paternidade com o direito da personalidade de conhecimento da origem genética<sup>220</sup>. Cria desnecessariamente mais uma presunção no direito de família: a da confissão ficta ou da paternidade não provada. Não faz referência às demais provas indiciárias, que contribuam para o convencimento do juiz. Não ressalva o estado de filiação já constituído, cuja história de vida é desfeita em razão da presunção de paternidade biológica.

Ressalte-se, ainda, outro equívoco, que reside na identificação subjacente à súmula, constantemente referida nos precedentes<sup>221</sup> para sua formação, da verdade

---

<sup>219</sup> Tornaram-se corriqueiros os casos em que, na atualidade, o homem, por possuir um certo poder econômico ou uma classe social mais elevada do que a mulher, esquivava-se do dever de cooperação com a justiça, com vistas ao esclarecimento de fato extremamente relevante na vida do ser humano, como é o reconhecimento da paternidade. Todavia, o e. STJ, julgando repetitivamente casos semelhantes, houve por bem editar a Súmula n. 301 (REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, 2007, p. 168).

<sup>220</sup> A revelação da ascendência biológica é concebida hoje como um direito fundamental da personalidade humana.

<sup>221</sup> "A Súmula 301 faz referência a sete precedentes, com respectivos anos das decisões do STJ: AGA 498.398-MG (2003), RESP 55.958-RS (1999), RESP 135.361-MG (1998), RESP 141.689-AM (2000), RESP 256.161-DF (2001), RESP 409.285-PR (2002), RESP 460.302-PR (2003). Passemos ao destaque dos pontos que interessam em cada uma das decisões. No AGA 498.398-MG está dito que a recusa *injustificada* à realização do exame de DNA *contribui* para a presunção de veracidade. Ou seja, a recusa justificada afastaria a presunção e a presunção depende da existência de provas, pois apenas contribui. A decisão foi favorável, apesar de o agravante (réu) alegar que em nenhum momento o autor conseguiu "produzir indícios de provas de seu alegado direito", o que em parte foi confirmado pelo relator do tribunal recorrido ("a provas dos autos é evidentemente frágil, pois os depoimentos testemunhais são contraditórios"). No RESP 55.958-RS diz-se (ementa) que as decisões locais encontraram fundamento "em caudaloso conjunto probatório" e que a recusa ao exame de DNA induz presunção que milita contra a irresignação do investigado. Ora, se as provas são caudalosas qual a



real na verdade biológica, que ao serem estudados, denunciam que não tratam de presunção legal relativa, mas sim de presunção judicial.

Diante do exposto, não se pode fugir de algumas indagações, frente à súmula estudada. Primeiro, indaga-se: e se no caso concreto de investigação já houver um pai sócio-afetivo (não-biológico)? Se, não houver outras provas, ainda que indiciárias, que possam levar o julgador à convicção de existência de um relacionamento entre o suposto pai e a genitora do investigante, é possível aplicar a presunção da súmula? Se, diante desse fato da ausência de outras provas, o suposto pai se nega a realizar o exame de DNA, essa negativa por si só é suficiente para presumi-lo pai?

Esses elementos estão ausentes no enunciado da Súmula 301 que, indiretamente, contradiz a orientação assentada no Supremo Tribunal Federal no HC 71.373/RS, de 1996, no sentido de que ninguém pode ser obrigado a submeter-se a exame de DNA, pois tal ato violaria garantias constitucionais explícitas e implícitas, a saber, "preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer". Ao impor, como resultado da recusa ao exame de DNA, a consequência da

---

utilidade da presunção? No RESP 135.361-MG constata-se que há "elementos suficientes de convicção sobre a paternidade imputada ao investigado". Pela mesma razão da decisão anterior, qual a utilidade da presunção? Neste caso, o mais grave foi admitir-se a presunção, em virtude da recusa dos irmãos e herdeiros do investigado (falecido). A investigação de paternidade foi manejada para fins exclusivamente econômicos. No RESP 141.689-AM foi decisivo para o julgamento favorável à investigação da paternidade o fato de o investigado ter recusado o exame por mais de dez vezes, pois seu relacionamento com a mãe do investigante foi ocasional, inexistindo outras provas indiciárias. Para fins de imputar a paternidade a alguém pouco importa a quantidade de recusa a submeter-se ao exame.

No RESP 256.161-DF invocou-se o "princípio da garantia da paternidade responsável" para fazer valer a presunção (maioria da Terceira Turma do STJ). Note-se que os votos vencidos, inclusive do relator originário, chamaram a atenção para o fato de que "não há provas de que a mãe da autora e o réu tenham mantido relações sexuais" e que o Tribunal só tem admitido a "presunção negativa de realização do exame de DNA apenas quando as provas complementares dos processos são no sentido da paternidade". No RESP 409.284-PR a Quarta Turma do STJ por unanimidade reconhece que "tal presunção não é absoluta, de modo que incorreto o despacho monocrático ao exceder seu alcance, afirmando que a negativa levaria o juízo de logo a presumir como verdadeiros os fatos, já que não há cega vinculação ao resultado do exame de DNA ou à sua recusa, que devem ser apreciados em conjunto com o contexto probatório global dos autos". Essa advertência bem demonstra o risco que a orientação simplista extraída do enunciado da súmula pode levar. Finalmente, o RESP 460.302-PR expande perigosamente o alcance dessa orientação, pois resultou em negativa da paternidade sócio-afetiva existente, para atingir fins meramente econômicos. Tratou-se de ação negatória de paternidade proposta pela viúva e filhos do autor da herança contra menor impúbere filho registral deste com outra mulher, sob alegação de não ser filho biológico, com o fito de determinar "a exclusão da certidão de nascimento do nome ali constante como pai, dos avós paternos e apelidos de família". Essa violação à paternidade sócio-afetiva declarada pelo pai falecido junto ao registro público foi perpetrada sob argumento de constituir presunção desfavorável "a recusa da parte em submeter-se ao exame de DNA". Do conjunto dos precedentes, percebe-se que a súmula é totalmente inútil, equivocada em seus fundamentos e violadora de princípios constitucionais. "Sob a sedução do progresso científico e da grande precisão do exame de DNA, parte-se de premissa falsa que contamina todo resultado e leva a decisões injustas, a saber, a de que toda paternidade seria biológica e esta seria a verdade real" (LOBO, 2006).

paternidade presumida, na ordem prática das coisas, se violariam todas as garantias preservadas pelo STF. Para não sofrer tais conseqüências, o réu terá de se submeter ao exame.

A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no registro civil, conforme determina o art. 1.603 do Código Civil de 2002. O registro pode conter a filiação biológica ou a filiação não biológica. Não se exige que o declarante faça qualquer prova biológica; basta sua declaração. A declaração, como qualquer outra, poderá estar viciada por erro ou por falsidade. Mas não haverá erro ou falsidade da declaração para registro de filiação oriundo de posse de estado, consolidado na convivência familiar.

Finalmente, do conjunto dos precedentes<sup>222</sup>, percebe-se que a súmula é totalmente inútil, equivocada em seus fundamentos e violadora de princípios constitucionais. “Sob a sedução do progresso científico e da grande precisão do exame de DNA, parte-se de premissa falsa que contamina todo resultado e leva a decisões injustas, a saber, a de que toda paternidade seria biológica e esta seria a verdade real” (LOBO, 2006, p. 19).

Considerando que se defende, nesse trabalho, que, em muitas situações, o vínculo que deve prevalecer é o biológico, a crítica que aqui interessa, embora as anteriores devessem ser mencionados para contextualizar ao assunto, é no sentido de que “Não andou bem o STJ, portanto, ao redigir o enunciado 301” (DIDIER JR., 2006, p. 177), como bem pontuou o autor.

Como a súmula encerra uma presunção judicial, não poderia ser absoluta, nem relativa, e, diante dos precedentes o STJ, parece ter feito uma interpretação *contra legem*, admitindo que o NCCB tenha criado uma presunção legal. É bem apropriado o discurso de Góes (2006, p. 117): “Não se pode crer que, sobre a atividade mental exercitada pelo magistrado, tenha-se o sentido relativo ou absoluto. O que se quer delinear é que, ou se está diante da presunção judicial ou não.” A súmula enveredou por presunção legal relativa, já que patenteou a expressão *juris tantum*.

---

<sup>222</sup> O traço em comum encontrado nas decisões, com exceção da última referida, é a inexistência de pai registral (a criança apenas foi registrada com indicação da mãe), voltando-se as respectivas investigações de paternidade para imputá-la aos genitores biológicos. Como demonstraremos, a súmula seria aceitável se explicitasse sua aplicação a essa hipótese e desde que a presunção viesse conjugada à existência de provas indiciárias. A última decisão, todavia, demonstra que não é esse o seu alcance pretendido, pois resulta em desconsideração da paternidade sócio-afetiva.

Vê-se, então, que o grande pecado da súmula “foi o de qualificar a presunção de relativa porque caminhou para o mundo da presunção legal, quando o diploma civil se alinhou ao universo da presunção judicial” (GÓES, 2006, p. 118). Como a avaliação quanto à recusa deve ser efetuada caso a caso, o instrumento não pode ser outro que não o da presunção judicial.

Com o advento da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça<sup>223</sup>, consagrou-se a posição segundo a qual a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Reforçou-se, pois, o entendimento de que o art. 232 estipularia uma presunção judicial em desfavor de quem se recusar a realizar a perícia médica determinada pelo juiz, mas não uma presunção absoluta ou ficção legal, segundo a qual a recusa à realização do exame de DNA implicaria na imposição de ter-se por verdadeiro um fato (paternidade), sem qualquer respaldo na prova dos autos.

Partindo da constatação de que o art. 232 do NCCB e a súmula 301 do STJ estão interligados, se o legislador houvesse sedimentado o entendimento pretoriano no sentido de permitir ao magistrado tomar a recusa a submeter-se ao exame como indício de fato que se queria provar com o exame, a opção seria correta, é o que sugere Didier Jr. (2006, p. 178). Diz mais, que tal circunstância tornaria desnecessária qualquer discussão acerca da obrigatoriedade de comparecimento da parte para a realização do exame, vez que, não comparecendo, estaria resolvida a questão, o que, para as ações filiatórias, seria de grande valia.

O fato é que não se permitiu um indício, mas formulou-se uma presunção. Diante da situação constituída, há quem seja a favor, como Góes (2006), da revogação do enunciado da Súmula do STJ, para não correr o risco de uma interpretação peremptória procedente da magistratura, de modo a, diante da recusa, não importar mais nada, constituindo-se o investigado em ‘suposto’ pai. Para a referida autora, bastaria o art. 232 que, de modo hábil, convencionava o exercício da presunção judicial.

Diga-se, em arremate, que, contrapondo-se a essa solução, Didier Jr. *et al.* (2008), além de entender que o artigo 232 do CC de 2002 é inútil, reputa a súmula como perniciosa, propondo que o ideal seria que o artigo fosse revogado,

---

<sup>223</sup> Súm. 301, STJ: “Em ação investigatória de paternidade, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

reformulando-se a súmula, a ser reescrita com a atual redação do artigo em comento, o que consagraria tomar a recusa como indício.

### 4.3.3 Os projetos arquivados e em trâmite com vistas à solução das ações filiatórias

Por tudo o que foi visto até o momento, pode-se afirmar que as ações filiatórias revestem-se de grande importância, tanto que inúmeros são os projetos com vistas a solucioná-las com esteio no exame de DNA, considerando-se, ainda, os novos contornos que se pretende dar à coisa julgada em tais circunstâncias.

Blikstein (2008) argumenta que a idéia de projeto não é a melhor saída, porquanto Projetos de Lei não atendem aos reclamos que a natureza do problema requer, apenas abrindo um precedente perigoso à segurança que a coisa julgada traz às decisões judiciais. A prova judicial do DNA, como mais um meio de prova, não pode ser tratada como de resultado absoluto, capaz de, por si só, romper a coisa soberanamente julgada.

A despeito da opinião mencionada acima, a jurisprudência brasileira registra a mudança de época, dos costumes, a transformação do tempo, a redefinição dos valores e a conceituação do contexto familiar de forma mais ampla. Nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário limitar-se à aceitação de conceitos passados, que não se ajustam à modernidade. Nesse sentido, diversos projetos ligados à filiação<sup>224</sup> tramitam no Congresso Nacional, buscando tratar a matéria positivamente, com a apresentação de uma solução de *lege ferenda*<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> Citem-se, ainda, outros projetos atinentes, pela especificidade, à reprodução humana, que convém serem mencionados, pois a sua disciplina tem efeitos na área da filiação. Assim:

a) Projeto de lei nº 3.638, de 1993, de autoria do deputado Luiz Moreira. Abordou a utilização das técnicas de reprodução assistida de forma sucinta e superficial, caracterizando-se, sobretudo, pela defesa de interesses médicos e pela delimitação do uso das técnicas de reprodução assistida aos casais comprovadamente inférteis. Não trouxe, portanto, inovações, pois se fundamenta essencialmente na resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina (DONIZETTI, 2007).

b) Projeto de lei nº 2.855, de 1997, de autoria do deputado Confúcio Moreira. Esse projeto demonstra grande preocupação com a construção de terminologia adequada e de preceitos científicos pertinentes à reprodução humana. Afora esse aspecto, propõe a criação de comissão destinada especificamente a regular e controlar a regularidade da execução da lei objeto do projeto e regula outras hipóteses relacionadas ao uso dessas técnicas, como, por exemplo, a utilização da reprodução assistida para fins de clonagem ou para seleção de sexo, além de preceituar sobre o sigilo da identidade do doador de gameta, limitando a revelação da identidade apenas aos casos de motivação médica (DINIZ, 2001).

c) Projeto de Lei do Senado nº 90/1999, de autoria do senador Lúcio Alcântara. É o projeto que mais suscitou debates na área social, sendo também o mais extenso de todos. Foi apresentado, em março de 1999, pelo senador Lúcio Alcântara e relatado pelo senador Tião Viana na Comissão de Assuntos Sociais, sendo aprovado, posteriormente, pela Comissão de Constituição e Justiça, após a inserção do substitutivo favorável proposto pelo Senador Roberto Requião (DONIZETTI, 2007).

No que tange, particularmente, à filiação e a assuntos correlatos, destaquem-se:

a) Projeto de Lei nº 64/99, de autoria da deputada Iara Bernardi (PT-SP). Estabelece a admissão tácita de paternidade nos casos em que o suposto pai se recusar a fazer o exame de DNA. Aprovado pela Câmara em dezembro de 2006 (DUARTE, 2007).

b) Projeto de lei nº 2642, de 22 de março de 2000, de autoria do deputado Zenaldo Coutinho. Para a certificação e qualificação do exame apresentado, inclusive frente à força probante que se dá ao exame de DNA, o referido projeto tramitou na Câmara dos Deputados objetivando normatizar o exame. O referido

A contribuição trazida pelo Projeto nº 90/99 para as técnicas de reprodução assistida foi indubitavelmente de suma importância, até porque, como já afirmado, foi ele que possibilitou a análise acurada dos limites necessários ao exercício de tais práticas reprodutivas, sendo, portanto, razoável que sejam feitos comentários mais minuciosos acerca das mudanças ali implementadas, mormente no que respeita à identidade genética.

Inicialmente, o projeto delimitava o âmbito de incidência das técnicas de reprodução assistida, restringindo-o aos casos de infertilidade não decorrente da passagem da idade reprodutiva e às situações em que a reprodução assistida funcionaria como mecanismo preventivo e/ou profilático de doenças genéticas ou hereditárias (art. 2º).

Mais adiante, nos arts. 3º, §§ 1º e 3º, e 12, houve a imposição do consentimento informado, levando em consideração o interesse da criança na identificação do doador, deixando patenteada, inclusive, a obrigação do reconhecimento da filiação da criança pelo doador, sem desconsiderar, entretanto, a obrigatoriedade do sigilo nas doações e assinalar as hipóteses nas quais seria possível a criança obter os dados do doador (art. 6º, §§ 1º ao 4º).

d) Projeto substitutivo nº 90/1999, do senador Roberto Requião. O projeto delimita, de maneira taxativa, a utilização das técnicas de reprodução assistida à forma disciplinada pela própria lei e nos regulamentos a ela ligados. O critério cronológico, antes limitado à passagem da idade reprodutiva, alcança nova conotação ao atrelar ao elemento idade, a verificação da aptidão física e psicológica da receptora das técnicas (DINIZ, 2001).

Especificamente no que respeita à identidade do doador, o § 2º do art. 3º do projeto original determinava "a possibilidade de identificação do doador e, em alguns casos, de o doador vir a ser obrigado a reconhecer a filiação desta criança". O artigo correspondente no projeto substitutivo, ao contrário, não faz ressalva alguma, simplesmente dispõe que "as informações mencionadas devem incluir todas as implicações do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida" (art. 4º, § 2º) (DONIZETTI, 2007, p. 105-106).

Curioso é o fato de o substitutivo não ter construído preceito similar ao trazido pelo art. 12 do projeto original que expressamente previa que: "[...] a criança nascida a partir de gameta ou embrião doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se assim o desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar sua maioridade jurídica, ou a qualquer tempo, no caso de falecimento de ambos os pais (*apud* DONIZETTI, 2007, p. 106).

Verifica-se, ao contrário, um retrocesso no projeto substitutivo, uma vez que o princípio do anonimato do doador deve ser mantido em sigilo, mesmo quando houver indicação médica, ou seja, a identificação civil do doador jamais pode ser revelada.

e) Projeto de lei nº 1.184, de 2003, relatado pelo senador Tião Viana (similar ao 2º projeto substitutivo nº 90/99 apresentado em 2001). Esse projeto convalida vários dispositivos já explicitados no projeto original e no substitutivo, ambos de 1999. A primeira observação a ser feita decorre da limitação à utilização das técnicas de reprodução assistida apenas às mulheres casadas ou que vivam em união estável, excluindo, de forma expressa, as mulheres solteiras. Outro ponto interessante diz respeito ao sigilo do doador; esse projeto reitera aspectos que foram suprimidos no projeto substitutivo do original 90/99, permitindo, inclusive, à pessoa nascida por meio da reprodução assistida o acesso a informações concernentes à identidade civil do doador.

<sup>225</sup> Refere-se à lei a ser promulgada (DIRETONET, 2008, p. 1).

projeto foi arquivado de acordo com o art. 105<sup>226</sup> do regimento interno da Câmara dos Deputados, não retornando, até os dias de hoje, à pauta para discussão.

c) Projeto de lei nº 4.719/2001 de autoria do Deputado Federal Alberto Fraga. Prevê a presunção de paternidade na recusa do exame. Aprovado pela Câmara em 03 de junho de 2007.

d) Projeto de Lei nº 116/2001<sup>227</sup>, de autoria do Senador Valmir Amaral. Busca a alteração da Lei nº 8.560/1992, a fim de que passe a constar, no artigo 8º, parágrafo único, do referido diploma legal, certa disposição, como se vê:

Art. 1º A ementa da Lei nº 8.560/92 passa a ter a seguinte redação: 'Regula a investigação de Paternidade'. Art. 2º O art. 8º da Lei nº 8560/92 passa a ter a seguinte redação: [...] Parágrafo Único – A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada. Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação (*apud* BLIKSTEIN, 2008, p. 117).

e) Projeto de Lei nº 6.960 de 2002, de autoria do deputado Ricardo Fiúza. Visa a introduzir inúmeras alterações no Código Civil em vigor, especialmente em seu artigo 1.606:

Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz, cabendo também ao pai e à mãe biológicos. § 1º Se iniciada a ação pelo filho ou pelo genitor biológico, os seus herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo. § 2º Não fazem coisa julgada as ações de investigação de paternidade decididas sem a realização do exame de DNA, ressalvada a hipótese do § 4º do art. 1.601 (*apud* BLIKSTEIN, 2008, p. 118).

O mencionado deputado, por sugestão do professor Zeno Veloso, ainda, no mesmo projeto, inseriu modificações outras referentes ao artigo 1.615, que se relacionam com a recusa injustificada à realização das provas médico-legais (FIUZA, 2006), conforme transcrição abaixo:

<sup>226</sup> Diz o art.105 do regime interno Câmara dos Deputados: "Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação [...]".

<sup>227</sup> O senador Valmir Amaral justifica o seu projeto da seguinte forma: "O Código de Processo Civil, no art. 469, determina que não faz coisa julgada a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, assim como não o fazem os motivos para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (CPC, incisos I, II e III do art. 469)." Disponível em: Acesso em: 14 maio 2002. Todavia, o presente Projeto de Lei apresenta a falha de sujeitar a formação da coisa julgada à prova de pareamento cromossômico (DNA), sem levar em consideração que o exame genético pode apresentar distorções, dando margem a erros, aliada ao fato de ainda não existir no Brasil um órgão fiscalizador dos laboratórios que realizam o exame, é a crítica que os que vêem o exame de DNA com ressalva fazem.

Art. 1.615. Os filhos têm ação contra os pais ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação, sendo este direito imprescritível. [...] § 2º Nas ações de filiação são admitidas todas as espécies de prova, inclusive as biológicas. § 3º Há presunção da relação de filiação diante de recusa injustificada à realização das provas médico-legais.

f) Projeto de lei nº 120, de 2003, de autoria do deputado Roberto Pessoa. Visa a inserir na Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992 (investigação de paternidade) dispositivo que possibilite ao indivíduo, nascido por meio das técnicas de reprodução assistida, o conhecimento dos pais biológicos, ressalvando, ao final, entretanto, que o acesso a essas informações não dá ensejo à aquisição de direitos sucessórios.

g) Projeto de lei nº 4.686, de 2004, de autoria do deputado José Carlos Araújo. Da mesma forma que o projeto de lei nº 120, de 2003, esse projeto objetiva inserir dispositivo na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com vistas a garantir o direito ao conhecimento da origem genética, bem como delimitar aspectos concernentes ao vínculo parental e ao direito sucessório. O dispositivo deverá ser acrescido ao art. 1.597 do Código Civil vigente.

h) Projeto de lei nº 4.946, de 2004, de autoria do deputado Antônio Carlos Biscaia. Foi objeto de reivindicação feita pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, cujo objetivo é reforçar a idéia de que a relação paterno-filial não decorre do vínculo biológico, razão pela qual não se permite a utilização de pai como sinônimo de genitor, uma vez que, cada vez mais, a paternidade sócio-afetiva tem se consolidado nos grupos familiares. Em decorrência disso, o projeto proposto objetiva suprimir do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de desconstituição da paternidade quando estiver caracterizada a posse do estado de filiação, por meio do acréscimo de novo dispositivo à lei vigente, exatamente com o intuito de legitimar a paternidade sócio-afetiva.

Vê-se, portanto, que o aparecimento do DNA<sup>228</sup> e sua implicação nas relações paterno-filiais tem sido objeto de constantes embates no Poder Legislativo, chamando a atenção para a necessidade da elaboração de leis capazes de

---

<sup>228</sup> No campo da utilização do exame de DNA para o esclarecimento de casos de investigação de paternidade envolvendo suposto pai falecido, a técnica trouxe elementos periciais decisivos, resultando em grande precisão na definição da paternidade biológica. Na maioria dos casos, incluindo-se aquele em que foi necessária a exumação, foi possível a obtenção de probabilidades de paternidade com valores que não seriam possíveis com a utilização dos testes convencionais. Casos praticamente insolúveis antes do advento do exame de DNA, atualmente são plenamente exequíveis. Os valores encontrados não deixam margem de dúvida com relação a estas probabilidades (MATTOS FILHO, 1995).

estabelecer os critérios necessários à utilização dessa técnica e a sua disciplina prática no âmbito processual.

Malgrado essa realidade seja constante no cenário legislativo nacional, não se pode olvidar que as discussões encetadas são de extrema importância para depurar as idéias e, efetivamente, possibilitar a elaboração da melhor solução que compatibilize o aproveitamento do exame de DNA em prol do melhor interesse do investigante, com vistas a efetivar o seu direito de perfilhação, sem perder de mira a dignidade a que todos têm direito.

Apropriado encerrar esse ponto com um trecho do conto “O espelho”, de Machado de Assis (1994), em que os personagens refletiam acerca da natureza humana<sup>229</sup>:

Cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro; as duas completam o homem, que é, metafisicamente falando, uma laranja. Quem perde uma das metades, perde naturalmente metade da existência; e casos há, não raros, em que a perda da alma exterior implica a as existência inteira

Percebe-se que a revelação da progenitura – tanto paterna quanto materna – é aspecto que distingue o ser humano, seja no âmbito de percepção individual ou particular (a pessoa consigo mesma), seja no âmbito coletivo ou social (a pessoa com os outros), integrando a sua existência e compondo a natureza de sua alma, identificando-se nos ascendentes genéticos – segundo a idéia do personagem – a alma exterior do ser humano.

---

<sup>229</sup> Otero (1999, p. 63-64) esclarece o pensamento do personagem Jacobina: “[...] a ontologia do ser humano é constituída, fundamentalmente, por fatores genéticos transmitidos ao novo ser quando da concepção, contribuindo para a formação da sua identidade pessoal – seja em sua dimensão *absoluta* ou *individual*, na qual cada ser humano tem uma identidade definida por si próprio, expressão de caráter único, indivisível e irrepetível, o que o torna uma realidade singular, dotado de individualidade que o distingue dos demais, seja na sua dimensão *relativa* ou *relacional*, reveladora de que todo ser humano tem sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respectivos progenitores, podendo falar-se num direito à historicidade pessoal”.



## 5 COISA JULGADA

De todo o exposto, infere-se que a justiça se alcança por meio da tutela dos direitos constitucionalmente amparados e da legitimidade de suas decisões. Nessa perspectiva, passa-se analisar, nesse capítulo, o instituto da coisa julgada, que é tomado como garantidor da definitividade e imutabilidade das decisões jurisdicionais.

Segundo Nicolau Jr. (2006 p. 254), a coisa julgada no Direito brasileiro sempre foi muito frágil e as razões políticas ou culturais dessa fragilidade são várias. Ele explica que, de início, havia a tradição romana, “de julgamentos privados, que levava o legislador a simplesmente ignorar a força do julgado nulo, considerado inexistente, sempre podendo ser atacado por uma ação subsequente, como a *infinitio judicati*<sup>230</sup> ou a *restitutio in integrum*<sup>231</sup>”. Depois esclarece que “foi o Direito germânico que instituiu o princípio da validade formal da sentença, com eficácia *erga omnes*<sup>232</sup> e não sujeita nem mesmo a qualquer impugnação recursal, como conseqüência do costume dos julgamentos em assembléias populares”.

Este mesmo autor ainda sustenta que “a fragilidade da coisa julgada parece inevitável para corrigir erros de uma Justiça que vem buscando resgatar sua credibilidade afogada no excesso de causas e na insuficiência de estrutura” (NICOLAU JR., 2006, p. 255).

Seja como for, a coisa julgada é uma importante garantia processual, instrumento essencial para a garantia e concretização da eficácia do direito, para a segurança e ordem jurídica justa, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988<sup>233</sup> e que será, daqui por diante, conceituado e interpretado.

<sup>230</sup> Recurso utilizado pelo réu, na fase de execução, para defender-se negando o valor do julgado ou invocando a nulidade da sentença.

<sup>231</sup> Restituição por inteiro (DIREITO NET, 2008). Tal instituto estabelece que deve haver plena e total reparação dos direitos do lesado até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, ensejando uma compensação pelo prejuízo sofrido.

<sup>232</sup> Contra todos (DIREITO NET, 2008).

<sup>233</sup> O art. 5º, XXXVI, da CF assim determina: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

## 5.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E PREVISÃO LEGAL

Na acepção mais difundida sobre o tema, a coisa julgada é assimilada como a qualidade que reveste os efeitos decorrentes da sentença, em relação à qual não cabe mais recurso como meio de impugnação. Como entendem Marinoni e Arenhart (2005, p. 610), “a coisa julgada [...] corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional”. Portanto, esse instituto foi criado pelo ordenamento jurídico, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, e admitindo a possibilidade de erro ou falha do julgador, limitando, assim, a possibilidade de se discutir a matéria em juízo, uma vez transitada em julgado a sentença.

Desse modo, esgotados os prazos para recurso, a decisão ganha o qualificativo de coisa julgada, adquirindo estabilidade dentro do sistema. A sentença transitada em julgado adquire *status* de imutabilidade, hipótese em que as questões decididas só poderão ser rediscutidas, a princípio, por via de ação rescisória, nos casos expressamente previstos em lei.

Para que se compreenda bem esta matéria faz-se necessário distinguir os conceitos de efeito, eficácia e conteúdo da sentença. O conteúdo da sentença corresponde ao pronunciamento do juiz a respeito da matéria decidida. Já a eficácia da sentença consiste na sua aptidão para produzir efeitos. Estes, por sua vez, correspondem à manifestação externa do julgado, o que dele emana para o mundo fático, podendo ser, conforme explica Silva (1998, p. 483), constitutivo<sup>234</sup>, declaratório<sup>235</sup>, condenatório<sup>236</sup>, executório e mandamental<sup>237</sup>.

Partindo-se destes conceitos, observa-se que a coisa julgada não é, como outrora se pensava, um efeito da sentença<sup>238</sup>; o que hoje se reconhece e proclama como fundamental ao processo é a sua autoridade. Como bem esclarece Liebman

<sup>234</sup> “Ação constitutiva é a demanda que tem o objetivo de certificar e efetivar direitos potestativos” (DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 193).

<sup>235</sup> “A Ação meramente declaratória é aquela que tem o objetivo de certificar a existência ou inexistência de uma relação jurídica” (DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 197).

<sup>236</sup> “[...] que seria aquela sentença que, reconhecendo a existência de um direito a uma prestação e o respectivo dever de pagar, autorizava o credor, agora munido de um título, a, se quiser, promover a execução do obrigado.” (DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 193).

<sup>237</sup> A ação executiva *latu sensu* “visa à efetivação por sub-rogação/execução direta” e a ação mandamental “por coerção pessoal/execução indireta” (DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 195).

<sup>238</sup> “A corrente doutrinária perfilhada por Hellwig, Rosenberg (dentre outros autores alemães), sustenta ser a coisa julgada um efeito da decisão restringindo-a ao elemento (efeito ou eficácia) declaratório da decisão” (DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 556).

(*apud* CHIOVENDA, 1998, p. 6), não pode ser havido como um efeito propriamente dito da sentença, “mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças”. Portanto, a autoridade da coisa julgada, atingindo os efeitos da sentença, não interfere no conteúdo deles, mas a eles se junta “para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado” (p. 46). A maior parte da doutrina<sup>239</sup> entende que o Código de Processo Civil segue linha traçada por Liebman e trata a coisa julgada como qualidade dos efeitos da decisão<sup>240</sup>.

Importa também informar que a coisa julgada comporta duas modalidades: coisa julgada formal e coisa julgada material. Como define Santos (1980, p. 43), a coisa julgada formal “consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos”, ou seja, decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida, pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei, sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou, ainda, tenha renunciado à sua interposição. Contudo, deve-se ressaltar que a matéria objeto da mera coisa julgada formal pode ser discutida em outro processo.

Quanto à coisa julgada material, o Código de Processo Civil limitou-se a defini-la, prescrevendo em seu art. 467 que: “Denomina-se coisa julgada material a ‘eficácia’, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Didier Jr. *et al* (2008, p. 554) analisa que é necessário estarem presentes quatro pressupostos para que uma decisão judicial fique imune pela coisa julgada material: há de ser uma decisão jurisdicional, o provimento há que versar sobre o mérito da causa, o mérito deve ter sido analisado em cognição exauriente e tenha havido preclusão máxima (coisa julgada formal).

---

<sup>239</sup> Apesar da predominância deste entendimento, há autorizadas opiniões contrárias, como a de Egas Moniz de Aragão (TESHEINER, 2001, p. 72). A corrente capitaneada por Liebman é acompanhada pela maior parte da doutrina nacional, entre eles autores como Cândido Dinamarco, Ada Pellegrini, Moacyr Amaral Santos, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.

<sup>240</sup> Há uma terceira acepção sobre o instituto da coisa julgada que se refere ao instituto como uma situação jurídica do conteúdo da decisão. Essa corrente é a mais adequada segundo Didier Jr. *et al*. (2008, p. 559-560) que entende que a coisa julgada é um efeito jurídico (um situação jurídica, portanto) que nasce a partir do advento de um fato jurídico composto consistente na prolação de uma decisão jurisdicional sobre o mérito (objeto litigioso), fundada em cognição exauriente que se tornou inimpugnável no processo em que foi proferida.

Consoante se pode inferir da leitura do referido dispositivo, a coisa julgada, no entendimento do legislador, é uma eficácia da sentença<sup>241</sup>, que consiste em torná-la imutável, esgotadas todas as possibilidades de recursos cabíveis. Deste modo, operando-se a coisa julgada, se acaso uma das partes desejar rediscutir a matéria em um novo processo, havendo identidade de ações, a outra parte poderá alegar preliminar<sup>242</sup> de coisa julgada, impedindo que seja proferido um novo julgamento sobre a matéria. Além disso, até mesmo o magistrado, *ex officio*, pode declarar a existência de coisa julgada, bem como tem o dever de levar em consideração, em processos posteriores, a decisão que transitou em julgado em processos anteriores.

A diferença, portanto, entre coisa julgada formal e coisa julgada material é apenas de grau, pois enquanto a primeira se identifica com o fim do processo, a segunda identifica-se com o fim da causa de pedir (CRUZ, 2001).

Historicamente, sustentou-se a idéia de que o resultado da sentença proferida na ação acerca da filiação fazia coisa julgada material. No entanto, a aplicação irrestrita do regime tradicional da coisa julgada nas ações filiatórias, bem como nas que versam sobre direitos indisponíveis, de uma maneira geral, leva a inquietações das mais diversas, já que os modernos métodos de investigação científica favorecem a formação de juízo valorativo seguro<sup>243</sup>. Partilhando desse pensamento, Madaleno (2002, p. 293) contribui asseverando:

Afigura-se indigesto impor a autoridade de coisa julgada numa sentença de ancestral declaração parental, quando tal decisão se ressentiu da adequação da pesquisa científica dos marcadores genéticos de DNA, olvidando-se de promover a prova material da real coincidência da concepção com o relacionamento sexual do indigitado pai.

Nesse contexto, depreende-se que Chiovenda (1998) tencionou finalizar as discussões sobre a coisa julgada, asseverando, no alvorecer do século, que pouco restava dizer acerca do assunto que não fosse inútil. Em verdade, a amplitude do avanço

<sup>241</sup> O CPC de 1973 adotou a concepção alemã, rejeitando a doutrina liebmaniana.

<sup>242</sup> Se, portanto, as mesmas partes, com o mesmo pedido e causa de pedir (mesma ação) figurarem em duas demandas e uma delas já houver sido decidida definitivamente, o segundo processo deverá ser trancado, conforme art. 267, V, do CPC: "Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada". Deve-se ressaltar que uma das duas causas já deve ter sido extinta, com preclusão de todos os recursos, porquanto, se isto não houver ocorrido, haverá litispendência, e não coisa julgada.

<sup>243</sup> O Biodireito tem como foco o homem, desde a sua concepção até a destinação final do seu corpo físico e já se impõe hoje como um dos mais recentes ramos que tem por objeto as normas reguladoras da conduta humana, frente às novidades da medicina e da biotecnologia. As normas do direito tradicional e dos institutos que o compõem não conseguem dirimir os conflitos ora suscitados pelas novidades da ciência.

científico demonstrou que não se pode emoldurar as ações que versam sobre filiação nas estreitas latitudes da coisa julgada, regulada pelo CPC, no seu art. 467<sup>244</sup> e seguintes.

Não se pode cogitar da formação de coisa julgada material em ações desta qualidade, sem que se realize uma adequada e exauriente pesquisa probatória, pois pensar de modo diverso seria ceifar o direito do cidadão de pleitear o reconhecimento de sua filiação, trafegando na contramão da história e colidindo frontalmente com a evolução.

Sob essa ótica, muito se tem discutido acerca da existência ou não dos efeitos da coisa julgada material quando se tratar de decisão envolvendo investigação de paternidade, pois a concepção social do processo<sup>245</sup>, que se espraia hoje pelo direito, não admite a aplicação do sistema da coisa julgada tradicional nas ações filiatórias (BLIKSTEIN, 2008). Não se podem chocar as regras ordinárias que envolvem a coisa julgada, erigidas no CPC, com a *Lex Mater*, sob pena de serem valorizados injustificáveis formalismos, em detrimento de direitos e garantias fundamentais do homem, como a verdade sobre a paternidade, garantida constitucionalmente.

Com efeito, a coisa julgada talhada no sistema individualista do CPC, vigente é imprestável para as ações investigatória e negatória de paternidade, pois serviria de óbice à concretização efetiva do direito à filiação<sup>246</sup>.

Para ilustrar a afirmação anterior, relata-se que Eduardi Silva Costa (*apud* DELGADO, 2005), advogado, escreveu interessante artigo cujo conteúdo leva a reflexões sobre a extensão da coisa julgada, em face de fenômenos científicos hoje presentes na vida do ser humano e que não podem deixar de ser reconhecidos pelo direito. O mencionado autor escreveu sobre um acórdão do Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma, proferido em maio de 1998), cuja matéria nele versada envolvia dois valores constitutivos do Direito: a segurança e a justiça. Deu-se primazia, no caso, à segurança, em razão da coisa julgada. Segundo o autor, na ementa do acórdão expõe-se a suma da questão do seguinte modo:

<sup>244</sup> “Art. 467 do Código de Processo Civil – Lei n. 5869/73 – A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (BRASIL, 1973, p. 60).

<sup>245</sup> “Uma coisa é certa: as regras gerais sobre a coisa julgada, talhada no sistema individualista do Código Adjetivo, devem ser interpretadas com razoabilidade na ação investigatória, eis que poderia implicar a negação do próprio direito material correspondente, frustrando o caráter instrumental do direito processual, que serviria como óbice à concretização efetiva do direito à filiação, garantido constitucionalmente” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 574).

<sup>246</sup> Em razão da evolução científica dos meios de prova, tanto doutrina, quanto jurisprudência, admitem de forma excepcional, a relativização da coisa julgada material nas ações investigatórias de paternidade.

Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada... Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força 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 art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora (*apud* DELGADO, 2005, p. 45).

Diz ainda que no fecho da ementa lê-se:

Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada (*apud* DELGADO, 2005, p. 45).

Analisando o referido acórdão, o autor assinala que, sob o aspecto formal, nele se fez incidir a norma processual, de modo que foi cumprida a lei e que, observada a lei na sua inteireza e rigidez pelo Tribunal, seria de louvar-se sem ressalva o veredicto firmado no acórdão.

Mas considera que, contudo, o acórdão contempla duas realidades contrapostas: uma representada pela coisa julgada, a que o julgador, atento ao preceito legal, confere o caráter incontestável e indefectível; a outra, expressa no dado científico da existência de exame pelo DNA, hoje proclamado como meio praticamente incontestável, indefectível, de certificação ou não de paternidade e que, na hipótese, se concluiu pela negativa.

A decisão fixou-se na coisa julgada, que, como significante da segurança jurídica, importou a definitividade do veredicto no processo anterior, afirmador de uma paternidade enganosa<sup>247</sup>, tanto assim que veio a ser infirmada pela conclusão de exame científico. E, ao assentar a inexecutabilidade de tal conclusão diante da coisa julgada, o acórdão em questão acabou por encerrar, na sua contextura, o antagonismo da segurança com a justiça: considerou a justiça um *minus* em face da segurança, antepôs este valor àquele, em razão da 'certeza jurídica conferida pela coisa julgada' (COSTA *apud* DELGADO, 2005).

<sup>247</sup> Ao discorrer sobre a importância da hereditariedade, D. W. Winnicott ressalta que seria necessário um tratado para se dimensionar a importância do "pai" na vida de uma criança, cindo a ser citado por Mauro Nicolau Junior em artigo: "Como, então, se garantir a essa criança, a presença marcante, forte, fundamental de um pai 'falso', criado por uma lógica racional e legal, que se volta de forma torpe e egoísta, exatamente contra aquele indivíduo que deveria ser o alvo de proteção de toda e qualquer norma legal que se diga legítima e eficaz?" (NICOLAU JUNIOR, 2006, p. 63-64).

O referido autor finaliza sua análise declarando que o fato de o acórdão considerar apenas a segurança<sup>248</sup> em face da justiça, tornando impraticável no processo a realização desta, vem a ser a perpetração de uma injustiça e que, ao mencionar 'a existência de um exame pelo DNA', o acórdão deixa implícito que esse meio de prova é atualmente decisivo, pelo avanço científico que contém, na apuração de paternidade questionada. Portanto, a decisão admitiu a conclusão científica, mas recusou-a por reputar a sobreposição do valor segurança ao valor justiça.

Levando-se em conta as peculiaridades das ações filiatórias, a técnica processual que nelas deve ser empregada para regular a coisa julgada é a que se releva sob a *modalidade* coisa julgada *secundum eventum probationes*<sup>249</sup>, ou seja, a relativização da coisa julgada tradicional, com vistas a dar mais justiça ao julgamento nas ações filiatórias, tendo como suporte a certeza que a ciência oferece nos exames de DNA (ROCHA NETO 2003).

Diga-se, de logo, que a sociedade não tem que esperar uma posição do legislativo, por meio de lei, embora seja isto o ideal, para a implementação de um novo sistema de regulamentação da coisa julgada para dar guarida às ações filiatórias, pois pode ser aplicado, como já vem sendo, no caso concreto, porquanto é determinação constitucional o respeito à dignidade da pessoa humana.

Não se argumente que a coisa julgada constitui garantia, prevista no Texto Constitucional, de modo a servir de empecilho para a concretização dos direitos fundamentais, pois ao se defrontar com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, estes, também, têm sede constitucional e o conflito entre normas de igual hierarquia é resolvido pela ponderação de interesses, devendo prevalecer, ao final, os mecanismos que viabilizem a concretização do direito à perfilhação, que aqui interessa (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 575).

---

<sup>248</sup> Nos comentários de Nascimento (2005, p. 120): "[...] Transparece dissonante, nessa linha, invocar-se a segurança jurídica para acolher a tese de que a coisa julgada faz preto no branco, ao se querer impingir-lhe o caráter de absolutividade de que não é revestida. Os princípios da moralidade, da justiça e da equidade devem ser realçados como apanágio de uma sociedade civilizada, de modo a revelarem seu degrau de superioridade em confronto com os demais que povoam o universo jurídico".

<sup>249</sup> Não se deve afirmar a impossibilidade de ser aceita em nosso ordenamento, por ausência de previsão legal, pois se estaria a privilegiar o exacerbado formalismo, podendo se aplicar a mencionada técnica pelo meio jurisprudencial. Seja como for, acompanhando a jurisprudência e a doutrina sobre a coisa julgada nas ações de estado, o legislador apresentou o já citado Projeto de Lei nº 116, de 2001, de autoria do Senador Valmir Amaral, que acrescenta um parágrafo ao artigo 2º da Lei nº 8.560, de 1992, que regula a investigação de paternidade, assim dispondo: "A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada".

Diante do exposto, percebe-se a importância da coisa julgada para o ordenamento jurídico brasileiro e fica claro, pela regra geral, que, quando o juiz decide definitivamente uma causa, esta não mais pode ser posta em Juízo, uma vez que os prejuízos de tal permissão seriam a perda da segurança jurídica e da credibilidade do Judiciário perante a sociedade.

Convém esclarecer que, das partes componentes da sentença, somente faz coisa julgada o dispositivo. "É só o *comando* pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão" (LIEBMAN, 1981, p. 55). Daí se conclui que a linha de pensamento que o juiz adota pode ser modificada tantas vezes quantas lhe pareçam corretas em diferentes processos. No entanto, o mesmo não pode ocorrer com o comando da sentença ou a conclusão daquele caso em espécie.

Constituindo-se a sentença no pronunciamento do juiz, que põe fim ao processo, decida ele ou não sobre o mérito da causa, é clássica a distinção entre sentença terminativa e sentença definitiva. Com a sentença terminativa o julgador extingue o processo sem julgamento do mérito, ao passo que na sentença definitiva ocorre pronunciamento sobre o mérito do processo, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor, ou entregando ao decisor judicial uma prestação suscetível de compor a lide (MADALENO, 2002).

É justamente sobre a sentença definitiva, primeiramente, que recai o manto da coisa julgada material, já definida anteriormente. "Escoado o prazo da ação rescisória ou sendo ela julgada improcedente, tem-se instalado o *segundo grau* da coisa julgada material, a soberanamente julgada" (MARQUES, 1997, p. 696), devendo, inclusive, ser respeitada por lei nova<sup>250</sup> (art. 5º, XXXVI), pois a coisa julgada visa evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança jurídica que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica (THEODORO JUNIOR, 2001, p. 466).

Indiscutível, porém, é a necessidade casual de relativização de tal instituto, para que possíveis disparidades surgidas após a imutabilidade da sentença possam ser equilibradas pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, uma decisão que declarou ser 'A' filho de 'B', em uma época na qual a produção de prova nas ações de investigação de paternidade

---

<sup>250</sup> Não se discute no trabalho se a qualidade da coisa julgada é garantia ordenada pela Constituição (Vladimir Brega Filho) ou por lei ordinária (Humberto Theodoro Junior).



fundamentava-se, basicamente, no depoimento de testemunhas e na análise do tipo sanguíneo, passados dois anos<sup>251</sup>, não admitiria nova discussão. No entanto, o avanço tecnológico e científico, como foi visto, permite se determinar, hoje, a paternidade, com 99,99% de certeza, através do exame do DNA. Assevera-se que:

Hoje, [...], não basta que se faça apenas o confronto fisionômico entre duas pessoas ou se utilizem apenas as provas testemunhais em situações nas quais se deseja determinar a paternidade ou maternidade com absoluta certeza. Apesar de as provas testemunhais continuarem tendo seu valor indubitável no contexto do processo, dispomos, agora, médicos geneticistas e profissionais da área de Direito, de uma tecnologia sofisticada para nos apoiar a tomar decisões com muito mais subsídios concretos do que até então (RASKIN, 2006, p. 189).

Se, no exemplo proposto, 'A' viesse a realizar, posteriormente, um exame de DNA, que resultasse na constatação de que, na realidade, seria filho de 'C', estaria criada uma situação de difícil solução, pois, se, por um lado, o ordenamento jurídico brasileiro impõe a imutabilidade da decisão transitada em julgado, por outro, a ciência demonstra consistir tal decisão numa verdade meramente processual, e não numa 'verdade real'<sup>252</sup>.

Acredita-se ter ficado evidenciado que, apesar da proteção constitucional à coisa julgada, o direito ao reconhecimento da paternidade real, leia-se aqui biológica,<sup>253</sup> é algo indisponível e imprescritível, podendo sobrelevar-se à *res judicata*. Martins e Bastos (2000, p. 489) ensinam que:

Se é certo, portanto, que a coisa julgada é uma garantia importante a proteger as situações já consolidadas no passado, o certo é que ela tem de amoldar-se a imperativos outros, resultantes de circunstâncias em que há razões mais fortes a serem feitas valer do que a mera imutabilidade do já decidido.

É inconcebível que uma verdade natural, biológica, desapareça diante de uma verdade meramente processual. O ser humano normalmente é concebido através ato sexual. A ciência médica permitiu que surgissem outros meios conceptivos, a

<sup>251</sup> Segundo Welter (1999) somente haveria coisa julgada nas ações de investigação e contestação de paternidade, ao serem produzida todas as provas, especialmente, o exame genético de DNA, podendo ser manejada a ação rescisória, com prazo legal de dois anos, para impugnar o resultado anterior.

<sup>252</sup> "A prova está atrelada à idéia de reconstrução possível de fatos" (FARIAS, 2006, p. 10).

<sup>253</sup> Não se pode conceber que a personalidade de alguém seja reconhecida apenas com base em verdade formal, denominada ficção jurídica, devendo, ao contrário, ser buscada, incansavelmente, a verdade material, ou seja, a verdadeira filiação biológica, é o que afirma Bittar (*apud* WELTER, 1999, p. 42).

exemplo do caso dos "bebês de proveta". Todavia, a concepção por meio de coisa julgada configura-se absurda.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 27, já exaustivamente mencionado, expressa o caráter indisponível, imprescritível e irrestrito do direito ao reconhecimento do estado de filiação. Ora, sendo o processo um instrumento, não um fim, e sendo sua norma claramente injusta, deve o juiz adotar um posicionamento justo, de modo que o próprio processo atinja a efetividade. Nesse contexto, alguns põem em cheque a validade do exame de DNA, a exemplo de França (1999, p. 1), que afirma:

A análise do polimorfismo do DNA é a prova de maior futuro no momento e que, em muitas ocasiões, ela mostrou-se importante. Outra coisa, no entanto, é considerá-la infalível e absoluta ou tornar o julgador prisioneiro de seus resultados”.

Não obstante o entendimento desse ilustre professor, hoje é praticamente indiscutível a infalibilidade do exame de DNA. Num mundo em que vivem bilhões de seres humanos, “a probabilidade de uma pessoa ter o mesmo DNA *Fingerprint*<sup>254</sup> é de um em cada trinta bilhões” (BALEEIRO NETO, 2001, p. 4), donde se pode afirmar que é impossível que um indivíduo possua código genético idêntico ao de outro. A análise destes códigos segue uma lógica matemática, motivo pelo qual seus resultados são praticamente incontestáveis, quando se pretenda questionar a autoridade da coisa julgada, na discussão envolvendo direitos da personalidade.

Enfim, a mensagem que se extrai é a de que fazer prevalecer o processo sobre o próprio direito material é voltar no tempo, avultando-se, assim, a necessidade de relativização da coisa julgada, desde já, pela jurisprudência, evitando decisões injustas quanto ao direito à filiação, ainda mais frente a um exame de alta precisão científica, como o DNA.

## 5.2 A RAZÃO DO INSTITUTO E O RESPALDO CONSTITUCIONAL

Pode-se observar que grande parte dos estudiosos e aplicadores do direito<sup>255</sup> brasileiro trata a coisa julgada com rigor excessivo, uma vez que os textos jurídicos e

---

<sup>254</sup> Impressão digital do DNA

<sup>255</sup> “A coisa julgada é um instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. [...] Relativizar a coisa julgada por critério atípico é *exterminá-la*. Não se discute, porém, a

decisões judiciais tem mostrado uma opinião quase unânime de que a situação jurídica gerada por decisão passada em julgado deve ser imutável.

O instituto da coisa julgada surgiu como um prático e indispensável instrumento de política jurídica que estanca qualquer subjetiva propensão de prorrogar infinitamente os litígios processuais, o que causaria uma inquietante intranqüilidade social (MADALENO, 2002)

Contudo, compactuando com a opinião de doutrinadores renomados, como Otero (1993), Delgado (2005) e Lima (1997), o referido rigor tem conduzido a situações absurdas, tanto no que diz respeito à incompatibilidade de seus efeitos com instituições e conceitos básicos do Direito, quanto no que tange à solução de problemas surgidos na prática forense.

Mais uma vez, ilustrando a questão, imagine-se uma sentença que defina A como filho de B, cujo exame de DNA venha a demonstrar posteriormente o contrário. Se nessa situação a coisa julgada fosse mantida, isso por certo representaria uma injustiça.

Já se afirmou que a Carta Magna de 1988 trouxe previsão da coisa julgada em seu artigo 5º, XXXVI, como instrumento jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica. Todavia, ainda que haja a previsão constitucional de proteção à coisa julgada, existem alguns autores que não entendem o instituto como um princípio constitucional. Assim se manifestou Lima (1997, p. 83), ao afirmar que:

[...] os operadores do Direito, máxime os integrantes do Poder Judiciário, desatentos aos reais objetivos da Constituição, no respeitante à coisa julgada, têm prestigiado o instituto como se o mesmo pertencesse ao Direito Constitucional e se constituísse em princípio magno do sistema jurídico.

Por isso, apesar da opinião contrária, julga-se como mais correto o posicionamento adotado por Dinamarco (2002, p. 54-55), ao declarar que a coisa julgada é um instituto do direito constitucional<sup>256</sup>. O autor assinala que a coisa julgada "resolve-se em uma situação de estabilidade, definida por lei, instituída

---

necessidade de repensar o instituto, notadamente em razão das inovações científicas, d que serve de exemplo o exame genético para a identificação da filiação biológica" (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 588).

<sup>256</sup> "Em que pese o *status* constitucional, cabe ao legislador constitucional traçar o perfil dogmático da coisa julgada", é o que afirmam Didier Jr. *et al* (2008, p. 552).

mediante o processo, garantida constitucionalmente e destinada a proporcionar segurança e paz de espírito às pessoas".

De fato, a Constituição protege o instituto da coisa julgada, que, paralelamente aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, consagra os princípios constitucionais da segurança e da certeza jurídica. Vale ressaltar que, disposta entre os direitos fundamentais do Estado de Direito, a coisa julgada constitui cláusula pétrea, não podendo ser abolida por Emenda Constitucional.

Todavia, é necessário analisar o tema, tendo em vista uma perfeita integração do sistema normativo, o verdadeiro alcance do instituto da coisa julgada, uma vez que a referência constitucional à coisa julgada vem motivando, despropositadamente, a mais absoluta "sacralidade" do instituto (LIMA, 1997, p. 83).

Aqui, julga-se importante salientar que a Constituição não assegura a definitividade irrestrita para as decisões transitadas em julgado. O previsto na Constituição, no que diz respeito ao instituto, tem o alcance de garantir as decisões por ele acobertadas contra posteriores modificações, ao prescrever em seu art. 5º, XXXVI, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Nesse dispositivo, como se pode observar, não há um tratamento pormenorizado do instituto, limitando-se o dispositivo a resguardar as decisões que transitaram em julgado contra posteriores alterações na legislação aplicável à relação jurídica material, objeto da decisão transitada em julgado.

Contudo, é certo que o constituinte não pretendeu apenas resguardar as decisões judiciais transitadas em julgado contra nova disciplina imposta pelo legislador, mas também objetivou garanti-las contra eventuais interferências provenientes do poder jurisdicional (DINAMARCO, 2002, p. 54-55).

Além disso, a legislação ordinária define a delimitação do instituto da coisa julgada, o seu regime jurídico, os modos como se produz e os instrumentos pelos quais é protegida, contando com tratamentos jurídicos diversos<sup>257</sup> conforme o ramo do direito em que se aplicar. Esta afirmação pode ser contrariada pela alegação de que a regra constitucional, contida no artigo supracitado, admite a interpretação de

---

<sup>257</sup> "Note-se, por exemplo, que, no âmbito penal, é possível a revisão da coisa julgada a qualquer tempo em benefício do condenado" (DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 552).

que o instituto da coisa julgada não poderia ser modificado por meio da legislação ordinária, de modo a limitar-lhe a importância ou reduzir-lhe a incidência, o que, todavia, não pode proceder<sup>258</sup>.

Na realidade, a própria ordem de criação dos direitos que assegura a irretroatividade das leis revela-se em favor da primeira interpretação (a delimitação do instituto da coisa julgada conforme o ramo do direito em que se aplicar), quando um direito surge da concretização de determinado suporte fático, previsto em regra jurídica vigente. Inexistindo esta regra para incidir quando da ocorrência do suporte fático, não há incidência a gerar fato jurídico. Assim, contradiz a lógica jurídica que uma legislação posterior possa disciplinar fatos pretéritos, de modo a permitir o ensejo da alteração de sentenças transitadas em julgado.

Outrossim, institutos jurídicos como a revisão criminal e a ação rescisória só podem existir se for admitido que a disciplina jurídica da coisa julgada seja deixada para a legislação infraconstitucional, uma vez que o entendimento de modo contrário conduziria, inevitavelmente, à inconstitucionalidade destes institutos. Assim, modificar o instituto, ainda que seja para lhe restringir o alcance, é constitucionalmente admissível.

Isto não significa que o legislador infraconstitucional seja livre para dizer quando há ou não há coisa julgada, necessitando que a configuração infraconstitucional da coisa julgada seja submetida a parâmetros constitucionais, tais como os princípios da segurança jurídica, do devido processo, do contraditório e da proporcionalidade.

Por conseqüência, acredita-se que a interpretação mais adequada para o art. 5º, XXXVI, seja aquela que estabelece que o conteúdo de uma decisão não pode ser modificado após ela ter formado coisa julgada. Ou seja, sua intenção foi, exclusivamente, preservar situações jurídicas já constituídas.

Saliente-se, porém, que esta regra possui exceções, como o caso da lei penal posterior mais benéfica, que tem o poder de atingir a sentença penal a qualquer tempo, modificando-se ou cessando seus efeitos. Segundo dispõe o artigo 2º do

---

<sup>258</sup> “É possível que o legislador, em juízo de ponderação, não atribua a certas decisões a aptidão de ficar imutáveis pela coisa julgada ou, ainda, exija pressupostos para a sua ocorrência mais ou menos singelos/rigorosos. [...] O que não se admite, em nosso sistema, é a proscrição total da coisa julgada (o que descaracterizaria o exercício da função jurisdicional) ou a sua revisão por lei superveniente” (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 552).

Código Penal: "Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a execução e os efeitos penais da sentença condenatória". Trata-se do princípio penal da retroatividade da lei mais benéfica, que implica no fato de que, no juízo criminal, por exemplo, jamais se opera a coisa julgada contra o réu. Este tem a prerrogativa de pleitear, a qualquer tempo, a revisão criminal, de modo que este recurso atribui à coisa julgada em matéria criminal estrutura e limites que resultam na redução da sua amplitude<sup>259</sup>.

Constata-se, assim, que a coisa julgada não é um instituto ao qual a Constituição atribua disciplinamento especial, a lhe delimitar e restringir o alcance, o que implica na possibilidade de vir a ser desconstituída diante de algum outro princípio de maior relevância no caso concreto.

Portanto, torna-se necessário considerar que os princípios da segurança e certeza jurídicas consolidados pela coisa julgada convivem com outros princípios constitucionais, e com eles devem ser harmonizados visando o completo equilíbrio do sistema jurídico.

No entanto, o que se vê na prática é que a maioria dos operadores da ciência jurídica sacrifica outros direitos e princípios, alguns fundamentais, só para preservar a autoridade absoluta da coisa julgada. É muito comum, por exemplo, manterem-se decisões diferentes para situações jurídicas idênticas, ofendendo o princípio da isonomia, para proteger a coisa julgada.

Autores como Lima (1997) vêm alertando para o fato de que o regime jurídico da coisa julgada, definido pela doutrina tradicional e consolidado pela lei, não mais atende às exigências do Processo Civil, impondo-se uma profunda modificação.

Acredita-se que isso se justifica porque a manutenção, a qualquer custo, da coisa julgada, algumas vezes conduz a situações que deixam perplexos tanto o julgador quanto as partes interessadas no processo. Assim, fica clara a necessidade de se buscar uma adequação do instituto da coisa julgada à realidade do sistema

---

<sup>259</sup> A revisão criminal é assim tratada pelo Código de Processo Penal: Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após (BRASIL, 1941, p. 85).

jurídico como um todo, através da aplicação dos princípios da razoabilidade<sup>260</sup> e da proporcionalidade<sup>261</sup>.

Doutrinadores respeitados como Dinamarco (2002), Delgado (2005)<sup>262</sup> e Theodoro Jr. (2002) têm opinado no sentido de admitir-se a desconstituição de coisas julgadas violadoras de princípios fundamentais do ordenamento jurídico, em uma tendência a que se atribuiu a denominação de "relativização da coisa julgada".

### 5.2.1 O binômio segurança x justiça

Sabe-se que o processo caminha com a finalidade de extinguir as lides levadas a juízo, através do afastamento de obstáculos à realização do Direito, pois, conforme Zavascki (2001, p. 1041), "é objetivo fundamental da jurisdição, segundo entendimento corrente, a eliminação de conflitos de interesses mediante decisões justas".

Também, a estabilidade das decisões é fundamental para a pacificação social que o Direito objetiva. Caso não fosse vetado renovar a demanda depois de seu trânsito em julgado, seria indefinido o reclamo da pela tutela jurisdicional, acarretando para a comunidade a insegurança e a instabilidade, pois jamais se chegaria ao gozo efetivo dos bens da vida (ROENICK, 1975).

<sup>260</sup> Dinamarco (2002, p. 45) vislumbra os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como: "condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material". O princípio da proporcionalidade desenvolvido na Alemanha está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade do direito estadunidense, sendo que tanto a proporcionalidade como a razoabilidade têm por escopo oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público, suporte jurídico à salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos. No direito brasileiro pode-se defender a impossibilidade de separação entre os dois princípios, havendo quem diga que a proporcionalidade nada mais é que uma "faceta do princípio da razoabilidade" (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 68). Enquanto o princípio da razoabilidade tem origem no direito norte-americano e fundamento na cláusula do devido processo legal substancial, o princípio da proporcionalidade, originou-se do desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, tendo sido delineada uma estrutura racional para esse princípio pautada nos subelementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, não a possuindo a razoabilidade.

<sup>261</sup> O princípio da proporcionalidade é método de interpretação, verdadeira técnica de elucidação e resolução de conflitos latentemente apresentados em princípios constitucionais que garantem valores fundamentais. Diante da idéia de ser visto como "princípio dos princípios", na busca por preservar, da melhor forma, os princípios constitucionais em questão, o próprio Hesse (1991) entende que a concordância prática é uma projeção do referido princípio. De modo a conciliar os princípios em colisão, deverá o operador, informado pelo critério da proporcionalidade, buscar essa composição de princípios, sempre atendendo, portanto, a uma escala racional de valores, respeitando-se, é claro, as especificidades do caso concreto. Numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou valores fundamentais em colisão tenciona-se o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes. Assim, o método de interpretação chamado de Princípio da Proporcionalidade tem se mostrado eficiente, ao fazer um balizamento entre princípios e direitos fundamentais: a ponderação dos bens orienta-se pela proporcionalidade. Esse princípio, novo na doutrina constitucionalista, tem servido, de fato, como vetor orientador do intérprete constitucional.

<sup>262</sup> O primeiro a suscitar a tese da relativização da coisa julgada no Brasil foi José Augusto Delgado, ministro do Superior Tribunal de Justiça. Juliana Cordeiro também difundiu essa lição.

A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes (NICOLAU JR., 2006, p. 256).

É justamente a fim de garantir a segurança jurídica que o ordenamento dispõe de institutos com a finalidade de estabilizar as decisões judiciais, como os prazos processuais, as preclusões e a coisa julgada, instituto fundamental à estabilização do processo.

Há muito predominava entre os processualistas a idéia de a imutabilidade da sentença, o que era justificável pelo fato de ela representar a verdadeira vontade da lei, através do juiz. Hoje, porém, este idealismo não mais prevalece. De fato, o fundamento da coisa julgada, segundo Costa Neves (2002), é unicamente prático, consubstanciando-se na necessidade de se evitar a perpetuação de conflitos de interesses. Assim, a coisa julgada é um instrumento que atende às conveniências do processo, tendo enorme importância na obtenção da paz, na convivência social. Madaleno (2002, p. 292) assinala que:

[...] se o instituto da coisa julgada tem a sua gênese na falibilidade humana do decisor e se a sentença só carrega esta autoridade eficaz porque não lhe são contrapostos meios de impugnação que permitam modificá-la, cumpre então, repensar este conceito que se mostra desatualizado e injusto, já que a conquista de aparente paz social, tem a paga do insustentável custo da paz social.

Em realidade, para o referido autor, a propalada fundamentação política da tranquilidade social não encontra conformação pessoal em ações de investigação das ligações parentais biológicas desconectadas da perícia de DNA, eis que sempre persistiria a dúvida daquele que perdeu a ação.

Com efeito, conforme afirma Silva Jr. (2008), os litigantes, além do desejo de saírem vencedores na demanda judicial, pretendem, ainda, que a decisão proferida se revista de autoridade, sendo imposta ao vencido, a despeito de sua resistência em se conformar. Em outras palavras, é preciso vencer e convencer.

Todavia, a segurança jurídica almejada pela coisa julgada não é um valor absoluto. Ela representa um princípio constitucional e, como tal, sujeito a relativização, de forma que possibilite a harmonização com o ordenamento jurídico.



A sublimação dada pela doutrina à coisa julgada, em face dos fenômenos instáveis produzidos por sentenças injustas, por decisões que violam o círculo da moralidade e os limites da legalidade, que afrontam princípios da Carta Magna, não pode espelhar a força absoluta que lhe tem sido dada, sob o único argumento de que há de se fazer valer o império da segurança jurídica, em si e por si mesma (DELGADO, 2005).

É que, como fora explicado, a segurança jurídica possui um valor instrumental, conquanto da maior relevância, com relação ao processo, visando a salvaguardar a paz jurídica e a credibilidade do poder jurisdicional. Porém, é preciso se reconhecer que, em determinados casos, esta mesma credibilidade melhor será assegurada se a coisa julgada for relativizada, em favor de outros princípios constitucionais previstos no ordenamento<sup>263</sup>.

Como faz notar Dinamarco<sup>264</sup> (2002, p. 34), “é necessário haver um equilíbrio, no sistema do processo, entre as exigências conflitantes da celeridade, que favoreça a certeza das relações jurídicas, e da ponderação, cuja função é produzir resultados justos”. Desse modo, alerta o referido autor que:

[...] deve-se promover uma interpretação sistemática dos princípios e garantias constitucionais do processo civil, uma vez que nenhum deles constitui um fim em si mesmo, mas todos servem como meios de proporcionar um sistema processual justo (DINAMARCO, 2002, p. 34).

Entende-se que o Direito representa a realização de uma tábua de valores, composta pelos valores ordem, segurança, poder, paz, cooperação, solidariedade e justiça, os quais se realizam em todas as suas manifestações. Todavia, considera-se a justiça como valor fundamental do fenômeno jurídico. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, efetiva a promessa da justiça nas decisões judiciais através da garantia do acesso à justiça, ao dispor: “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito”.

---

<sup>263</sup> “Considerando ser a justiça um dos primários interesses do direito será exatamente com fulcro nela que, à luz do caso concreto, poderá ser sobreposta a segurança jurídica, sendo possível ultrapassar os efeitos de imunização adquiridos pelo julgado” (CASAES, 2006, p. 36).

<sup>264</sup> O autor se refere, como exemplo, a um recurso especial levado a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, cujo relator fora o Ministro José Delgado. Tendo o Estado de São Paulo sido vencido em ação de desapropriação indireta, fora condenado a indenizar a parte adversa, com que veio a realizar um acordo de parcelamento. Posteriormente, verificando-se que o terreno expropriado pertencia ao próprio Estado e não aos autores, aquele veio a ajuizar ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito, tendo o Ministro Delgado votado em favor da procedência, a despeito da coisa julgada. Sua tese foi vencedora por três votos contra dois (STJ, 1ª T., REsp. nº 240.712/SP, j. 15.2.2000, Rel. José Delgado).

Zavascki (2001, p. 122) explica que “proferir decisões justas é efetivar, no plano social, as finalidades básicas do sistema normativo, consagrando os ideais estabelecidos pelo ordenamento jurídico”.

Apesar do sentido dessa afirmação, não é fácil declarar o significado da palavra justiça, tanto que pensadores das mais diversas épocas e origens se empenharam em explanar a matéria. Porém, o conceito de justiça formulado por Aristóteles (2002, p. 103), na obra *Ética a Nicômaco*, revela-se, ainda hoje, como um dos mais eficientes a definir o termo.

Para aquele filósofo grego, a justiça, assim como a injustiça, são conceitos ambíguos, porquanto descrevem mais de um fenômeno. Ele relatou três versões para o conceito de justiça, sempre dentro do contexto de que o ideal ético é o meio-termo entre dois extremos. Assim, no seu conceito, a primeira acepção da palavra justiça significa o respeito à lei. Segundo Aristóteles (2002), a lei traz comandos em que se revelam todas as virtudes, de forma que ser justo obedecendo à lei representaria a virtude completa.

Já a sua segunda concepção de justiça é a justiça distributiva, que consiste, resumidamente, na distribuição proporcional de bens de acordo com o mérito de cada pessoa. Explica o filósofo que:

A justiça distributiva é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesse sentido é o meio-termo, e o injusto é o que viola a proporção, pois o proporcional é o intermediário, e o justo é o proporcional (ARISTÓTELES, 2002, p. 103).

Finalmente, o terceiro sentido dado por Aristóteles (2002) à palavra justiça é o que denomina justiça corretiva, segundo o qual o justo seria o intermediário entre um ganho e uma perda, e a tarefa do juiz, no caso da ocorrência de um dano, seria restaurar a justiça através da subtração de uma parte do ganho do ofensor, o que se concretizaria através da aplicação da pena.

Analisando as proposições supracitadas, pode-se afirmar que a segunda significação da palavra é a que mais de perto interessa à questão aqui abordada, pois a isonomia corresponde exatamente à realização da justiça distributiva. De fato, o princípio da isonomia, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, consiste no dever jurídico atribuído ao Estado e aos cidadãos de tratarem

igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, o que, em outras palavras, corresponde à justa distribuição.

É comum, também, a associação da justiça à qualidade da cognição estabelecida no processo, de forma que a sentença justa será aquela que tenha sido objeto de uma cognição ampla e profunda, em que às partes tenham sido oportunizados o contraditório e a ampla defesa, de modo amplo.

Diante do exposto, cabe colocar que o valor segurança jurídica<sup>265</sup>, consagrado pela coisa julgada, se a ele for atribuído caráter absoluto, pode levar à consagração de injustiças sempre que, ao serem decididas situações idênticas, as decisões trouxerem resultados desiguais, em violação à justiça distributiva. Nicolau Jr. (2006, p. 263-264) afirma que:

[...] quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, sobretudo na busca da realização do processo justo, certo de que a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas, as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não é possível olvidar, todavia, que, numa sociedade de homens livres, a justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade.

É certo, porém, que normalmente a injustiça deverá ceder ao imperativo da segurança jurídica, em nome da manutenção do poder jurisdicional. Deste modo, conforme anteriormente exposto, Dinamarco (2002, p. 34) defende que a garantia da coisa julgada deva ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos, mediante as atividades inerentes ao processo civil.

Em nome da justiça das decisões, impõe-se de modo especial a revisão da coisa julgada quando se verificar a desigualdade no tratamento da mesma matéria, ou seja, na hipótese de se ter maculado o princípio da isonomia<sup>266</sup>, por exemplo.

<sup>265</sup> A coisa julgada garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada – seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário”, é o que ensina Didier Jr. *et al.* (2008, p. 552).

<sup>266</sup> Exemplo típico desta situação foi relatado por Dias (2001, p. 1), que referiu-se à situação, bastante comum, em que um servidor público tenha obtido determinada vantagem funcional perante o Judiciário e, uma vez transitada em julgado a sentença que concedeu tal vantagem, tenha assegurado em seu direito de forma definitiva. Esse servidor, no entanto, exerce cargo idêntico ao de um outro colega da mesma repartição, tendo ambos ingressado no serviço público na mesma data, com salários rigorosamente idênticos. Suponha-se que o outro servidor também tenha ido ao judiciário buscar a mesma vantagem. Contudo, neste caso, o Judiciário negou o seu direito, quer porque outro Juiz entendeu que não fazia jus a tal pleito, quer porque houve mudança da jurisprudência sobre o assunto. A sentença proferida no processo desse outro servidor também veio a transitar em julgado. Assim, restará o fato de que um ficará percebendo salário maior, concedido pelo Judiciário, e o outro uma menor remuneração, sendo ambas as situações irreversíveis em virtude da coisa julgada. Uma

Portanto, é necessário que se considere o caráter não absoluto do valor segurança nas relações jurídicas, e, conseqüentemente, da salvaguarda da coisa julgada, em face do princípio da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça<sup>267</sup>. "Não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas" (DINAMARCO, 2002, p. 39). Esta frase sintetiza bem o espírito que deve reger o trato da coisa julgada no âmbito das ações filiatórias. Para ilustrar, recente jurisprudência do STJ:

Ementa: Direito processual civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Coisa julgada. Inépcia da inicial. Ausência de mandato e inexistência de atos. Cerceamento de defesa. Litigância de má-fé. Inversão do ônus da prova e julgamento contra a prova dos autos. Negativa de prestação jurisdicional. Multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

- A propositura de nova ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, não viola a coisa julgada se, por ocasião do ajuizamento da primeira investigatória – cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas –, o exame pelo método DNA não era disponível tampouco havia notoriedade a seu respeito.

- A não exclusão expressa da paternidade do investigado na primitiva ação investigatória, ante a precariedade da prova e a insuficiência de indícios para a caracterização tanto da paternidade como da sua negativa, além da indisponibilidade, à época, de exame pericial com índices de probabilidade altamente confiáveis, impõem a viabilidade de nova incursão das partes perante o Poder Judiciário para que seja tangível efetivamente o acesso à Justiça.

- A falta de indicação do valor da causa não ofende aos arts. 258 e 282, inc. V, do CPC, ante a ausência de prejuízo às partes, sobressaindo o caráter da instrumentalidade do processo.

- Sanado o defeito com a devida regularização processual, não há que se alegar ausência de mandato e inexistência dos atos praticados.

- Não há cerceamento de defesa quando, além de preclusa a questão alegada pela parte, impera o óbice da impossibilidade de se reexaminar fatos e provas em sede de recurso especial.

- A ausência de dolo exclui a possibilidade de declaração de litigância de má-fé.

- Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade (Súmula 301/STJ) (STJ, 3ª Turma, R. Esp. Nº 826698/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 06.05.2008).

---

situação desta natureza certamente causará perplexidade e a sensação de injustiça entre os sujeitos envolvidos, comprometendo-se, sobremaneira, a credibilidade dos julgamentos proferidos pelo judiciário. Assim, melhor seria admitir-se a relativização da coisa julgada para que, mediante a equiparação das vantagens asseguradas aos sujeitos que dispõem de situações jurídicas idênticas, se venha a resguardar o princípio constitucional da isonomia, em nome do valor maior do ordenamento jurídico representado pela justiça.

<sup>267</sup> Portanto, nas hipóteses de colisão entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e do acesso à ordem jurídica justa, se averiguará a adequação da decisão e se ela é necessária e proporcional em sentido estrito, seguindo-se esta ordem sucessiva e de acordo com o procedimento adotado por Steinmetz (2001).

### 5.3 REGULAMENTAÇÃO TRADICIONAL E VISÃO GERAL DAS HIPÓTESES DE RELATIVIZAÇÃO

O regime comum de produção de coisa julgada material, no direito brasileiro, está previsto nos §§ 1º, 2º e 3º dos artigos 301<sup>268</sup> e 467 do Código de Processo Civil. Aplicam-se, em suma, as seguintes regras, já defendidas por Chiovenda (1998, p. 463), no início do século passado: a coisa julgada se opera *inter partes et pro et contra*.

A coisa julgada somente se opera em relação àqueles que fizeram parte do processo, independentemente do resultado da demanda; uma vez preenchidos os outros requisitos analisados, sempre surgirá, tanto para o vencedor como para o vencido (MOREIRA, 1980, p. 123).<sup>269; 270</sup>

Extrai-se o regramento comum dos artigos 468<sup>271</sup> e 472<sup>272</sup> do Código de Processo Civil brasileiro. Nenhuma ressalva foi feita pelo legislador, que considera o seguinte: vencido o procedimento em contraditório, necessariamente se terá ensejado ao magistrado a possibilidade de um exame completo da causa, permitindo, assim, que sobre o seu pronunciamento de mérito incidam as qualidades da autoridade e da imutabilidade. Sentença fundada em falta de prova faz, também, coisa julgada, pois, por este sistema, a prova do fato constitutivo é ônus do autor (DINAMARCO, 2002).

A limitação objetiva aos precisos extremos da lide, a limitação subjetiva aos participantes da causa e a sua inevitabilidade (coisa julgada *non secundum eventum litis*)<sup>273</sup> são as principais características deste sistema<sup>274</sup>. Concebido como um

<sup>268</sup> Art. 301 do CPC de 1973. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...]

VI - coisa julgada; [...]

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

<sup>269</sup> Eis o ponto de diferenciação com o outro sistema de produção de coisa julgada, diferenciado, denominado coisa julgada *secundum eventum litis*. Neste, a coisa julgada surgirá ou não de acordo com o resultado da demanda. A lei, pelas mais variadas razões, pode entender que tal ou qual resultado (procedência ou improcedência) não autoriza a imunização. É o que acontece, por exemplo, nas demandas que dizem respeito aos direitos individuais homogêneos, quando a coisa julgada será *erga omnes*, apenas nos casos de procedência do pedido

<sup>270</sup> Art. 103, III, CDC: "III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81."

<sup>271</sup> Art. 468: A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

<sup>272</sup> Art. 472: A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

<sup>273</sup> Não segundo o evento da lide.

código apto à tutela de direitos individuais e patrimoniais (MIRANDA, 1982), nada mais razoável que assim procedesse.

Admite-se, no sistema brasileiro, como sistema de revisão da coisa julgada material: a) a ação rescisória<sup>275</sup>; b) a *querela nullitatis*<sup>276</sup>, prevista no art. 741, I, CPC ou *exceptio nullitatis*, disposta no art. 475-L, I, do CPC; c) a impugnação com base na existência de erro material; d) a impugnação da sentença inconstitucional, com fundamento no art. 475-L, § 1º, e, art. 741, parágrafo único do CPC<sup>277</sup>; e) a possibilidade de revisão da coisa julgada por denúncia de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos formulada perante a Corte Interamericana de direitos Humanos.

Estes constituem meios típicos<sup>278</sup> de revisão da coisa julgada, admitidos no ordenamento deste país, sendo que os quatro primeiros são chamados de remédios internos, cuja apreciação cabe aos órgãos jurisdicionais, subsistindo o último como remédio externo, cujo exame compete a tribunal internacional.

Ao lado desses, há os critérios e meios atípicos, defendidos por aqueles que pregam que a decisão judicial, quando injusta ou inconstitucional, não produziria coisa julgada material, sendo esta a ambiência do movimento recente que vem propondo a chamada ‘relativização da coisa julgada atípica’, expressão usada por Didier Jr. *et al.* (2008, p. 582,) que não vêem com bons olhos o fenômeno, haja vista que se estaria franqueando ao Judiciário uma ‘cláusula geral de revisão da coisa julgada’, em razão de injustiça/desproporcionalidade/inconstitucionalidade.

Autores como Barbosa Moreira, Gisele Góes, Nelson Nery Jr., Ovídio Baptista e Marinoni optam pela justiça e pela segurança, sob pena de, com a adoção dessa

<sup>274</sup> “Considera-se regime jurídico da coisa julgada o conjunto de normas jurídicas que estruturam, fisiologicamente, o fenômeno da coisa julgada, dando-lhe feições, contornos, características próprias. Trata-se do seu perfil dogmático. O regime jurídico da coisa julgada é visualizado a partir da análise de três dados: 1) os *limites subjetivos* – quando se examina *quem* se submete a seus efeitos; 2) os *limites objetivos* – momento em que se investiga *o que* se submete aos seus efeitos; 3) e o *modo de produção* – analisando-se *como* ela se forma” (DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 560).

<sup>275</sup> “A ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação de decisão de mérito transitada em julgado quando inquinada por *vícios rescisórios* (previstos no art. 485, CPC)” (DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 579).

<sup>276</sup> “Já a *querela nullitatis* é meio de impugnação de decisão maculada por vícios transrescisórios, [...] Trata-se de ação desconstitutiva que pode ser manejada, até mesmo, depois do decurso do prazo de 02 anos previsto para a ação rescisória” (DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 579).

<sup>277</sup> As disposições constantes do parágrafo 1º, do art. 475-L (no mesmo sentido o parágrafo único do art. 741, II, do mesmo diploma legal) bem evidenciam a fragilização da coisa julgada, quando preconizam a inexigibilidade do “... título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas como incompatíveis com a Constituição Federal”.

<sup>278</sup> Ao se falar em hipóteses típicas de relativização da coisa julgada, subentende-se, que ela já é relativa, segundo Barbosa Moreira (2006).

cláusula, se dar margem a interpretações das mais diversas, em prejuízo da segurança jurídica, mesmo sabendo que a indiscutibilidade da coisa julgada pode perenizar, em alguns casos, situações indesejadas, com decisões injustas, ilegais, desafinadas com a realidade fática (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 584), valendo o mesmo raciocínio para a relativização com base na inconstitucionalidade. Posicionam-se, então, contra a revisão da coisa julgada por critério atípico, por entenderem ser uma manobra perigosa.

O mesmo Didier Jr. *et al*. (2008, p. 588), contudo, admite que, a despeito de a coisa julgada ser um atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental, há necessidade de repensar o instituto, principalmente frente às novidades biotecnológicas, como é o caso do DNA. Ressalvam, apenas, que este ‘repensar’ tem que ser feito com bastante cuidado e com base em critérios racionais e objetivos, preferencialmente previstos no texto legal. Isto por que, sempre que uma idéia possa servir, de alguma forma, para diminuir os direitos do cidadão e dar ensejo ao cometimento de arbitrariedades, é preciso estar atento para estudá-la profundamente.

Nesse sentido é que, registre-se, o desenvolvimento de estudos sobre os direitos coletivos<sup>279</sup> e o prestígio que certos direitos da personalidade têm adquirido, reclamam um repensar dos institutos fundamentais do processo civil, bem como a percepção empírica das injustiças que se vinham ou poderiam vir a ser cometidas<sup>280</sup>, de modo a forçar o legislador e os operadores do direito a elaborarem novas técnicas de produção de coisa julgada<sup>281</sup> (LEITE, 2006). Havia de se adequar o

---

<sup>279</sup> Nos direitos a serem amparados por ações coletivas, a coisa julgada se formaria a depender do resultado da produção probatória (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 575).

<sup>280</sup> "A doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas" (DINAMARCO, 2002, p. 36). Neste interessante trabalho, expõe-se uma série de concepções doutrinárias que têm por objetivo relativizar os rigores da autoridade da coisa julgada. Menciona, por exemplo, o pensamento do Min. José Delgado, quando afirma que a autoridade da coisa julgada está sempre condicionada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem cuja presença a segurança jurídica imposta pela coisa julgada não é tipo de segurança posto na Constituição Federal (2002, p. 36). Sobre o tema da relativização da coisa julgada, que extravasa os limites de ensaio, é muito importante a leitura deste trabalho, no qual Dinamarco (2002) desenvolve a noção de coisa julgada inconstitucional. Ainda sobre o ponto, é de se ressaltar a importância do novel parágrafo único do art. 741 do CPC, que modificou bastante o sistema brasileiro de imunização das decisões judiciais: "Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal."

<sup>281</sup> É certo que a coisa julgada constitui garantia proveniente do texto constitucional. Porém, nenhuma franquia constitucional ou direito são absolutos, de acordo com o que têm reconhecido a doutrina e os tribunais, inclusive o STF. Por exemplo: a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) cede à prisão em flagrante delito, a qual independe de horário e de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas (art. 5º, XII, da CF) sucumbe ao interesse superior da

processo às características de certos direitos materiais, precipuamente quanto à imutabilidade de suas decisões (LACERDA, 1976). Cabe, então, examinar a técnica<sup>282</sup> que interessa ao objeto desse estudo.

Com a descoberta do exame de DNA, podem ser percebidas injustiças praticadas em alguns processos, por não ter havido, à época da decisão, elementos suficientes para caracterização biológica da paternidade, ou pela impossibilidade financeira de as partes o realizarem, mesmo hoje em dia.

Moderna doutrina trata do assunto concernente à relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Cuida-se, como apontado, de uma confrontação da justiça com a segurança jurídica, ou com a lei, propriamente. Vê-se em contraposição o comando legal, determinando seja respeitada a coisa julgada e, de outro, uma injustiça patente, porquanto que se demonstra, através de prova irrefutável, o equívoco da decisão (NICOLAU JR., 2006). Dado à confiabilidade da prova apresentada, no caso em tela, o exame de DNA, a comunidade jurídica depara-se, atualmente, com tal entrave.

De fato, tal questão tem atormentado os operadores jurídicos, notadamente em razão do desenvolvimento tecnológico que permitiu, hoje em dia, que se possa saber, com certeza ‘quase absoluta’, a existência biológica do vínculo de filiação.

Além da questão jurídica, está em jogo uma importante questão social, tendo em vista a prática disseminada nesse país do não-reconhecimento oficial da paternidade. É possível que uma decisão possa transformar em pai quem não o seja, ou vice-versa? Aplica-se a regra romana de que a coisa julgada faz do branco o preto, e do quadrado o circular? É possível rescindir-se uma sentença de paternidade, após o lapso de tempo para a rescisória, tendo por base a prova cabal

---

sociedade, à vista da “teoria da proporcionalidade” proveniente do direito germânico<sup>281</sup>. Isto porque o texto constitucional traz implícita a idéia de que os valores nele consagrados devem ser compatibilizados, ou seja, a “segurança das relações jurídicas” não pode sobrelevar-se à proteção da “dignidade da pessoa humana” e à salvaguarda da “paternidade responsável” (art. 226, § 7º, da CF) (DA COSTA, 2000, p. 155-161).

<sup>282</sup> Extrapola os limites deste trabalho a análise minuciosa do complexo tema da coisa julgada. Inúmeros são os trabalhos que se propuseram a desvendar as tormentosas questões a ela atinentes, e não consta que já se tenha por pacificada a refrega doutrinária. As menções à coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença se fazem, portanto, *brevitatis causa*, em razão de ser esta a concepção doutrinária mais corrente. Não se desconhecem outras concepções, como a que identifica a coisa julgada como uma situação jurídica (BARBOSA MOREIRA, 1998), a mais interessante de todas elas. Sobre o assunto, podem ser consultadas, com proveito, os trabalhos de Barbosa Moreira (Coisa Julgada e declaração Temas, 1ª série; Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil. Temas, 1ª série; A eficácia preclusiva da coisa julgada material. Temas, 1ª série; Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Temas, 3ª série); o livro de Liebman citado ao final, o ensaio de Adroaldo Furtado Fabrício, o curso de Ovídio Baptista (Curso de Processo Civil, 5. ed., RT, 1999) e a tese de Celso Neves (Coisa julgada civil. São Paulo, RT, 1971).



do exame genético (DNA)? É possível aceitar-se, hoje em dia, que um feito desta natureza possa ser decidido por outro meio de prova que não o pericial (DNA)?

Construções doutrinárias e jurisprudenciais têm sido desenvolvidas de modo a, dogmaticamente, resolver o problema e a responder a estas e outras indagações. O fato de estas demandas versarem sobre direitos indisponíveis aponta para a imprescindibilidade de formulação de um sistema próprio no âmbito das ações relativas à investigação judicial do estado de filiação.

#### 5.4 DA NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DIFERENCIADO NO CONTEXTO DAS AÇÕES FILIATÓRIAS

Muito se tem discutido acerca da existência, ou não, dos efeitos da coisa julgada material, em se tratando de decisão envolvendo investigação de paternidade. É certo que, após o trânsito em julgado da sentença, passados dois anos desse fato, figura como soberanamente julgada, sendo imutável para todos os fins de direito. Contudo, quando se trata de demanda envolvendo descoberta ou regularização de filiação, origina-se a discussão, questionando-se o direito do filho a ter a paternidade reconhecida com os mais modernos métodos existentes, relevando-se, inclusive, “que o direito à paternidade, à filiação, ao nome etc. são soberanos em face de disposições processuais” (BLIKSTEIN, 2008, p. 117) <sup>283</sup>.

Nessa esteira, a denominada “flexibilização ou relativização” da coisa julgada, embora necessária à espécie, precisa ser muito bem pensada e elaborada quando suscitada, para que não fira de morte e desestabilize todo o sistema jurídico nacional pátrio, fortemente baseado nos efeitos da imutabilidade das decisões judiciais.

Dias (2007) sustenta que a valorização dos direitos da personalidade consagrados em sede constitucional deve prevalecer, pois não se pode falar em coisa julgada baseada em frágeis elementos probatórios que nada provaram<sup>284</sup>, mas Blikstein (2008) defende, como contraponto, que as demais provas em direito admitidas sempre serviram para a comprovação do alegado pela parte, o que, de

<sup>283</sup> Nessa mesma linha, há os projetos de Lei nº 116/2001 - de autoria do Senador Valmir Amaral - e 6.960/2002 - de autoria do Deputado Ricardo Fiúza - já citados anteriormente, objetivando regulamentar a matéria, erigindo-a à condição de lei.

<sup>284</sup> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PROVA - A falta de provas, no sentido de excluir a paternidade, o desinteresse do investigado em produzir provas, ou a existência de provas circunstanciais, não autorizam a procedência de ação investigatória. Percentual de 52,18% de probabilidade em favor da paternidade, por si só, não é prova suficiente para declarar o investigado pai biológico do investigante. Apelação não provida (TJRS – AC 598.407.344 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz – J. 19.11.1998).

certa forma, afastaria a necessidade de se flexibilizar a coisa julgada, nos casos investigação de paternidade. Ao ajuizar a demanda, o autor deve ter preparado as provas necessárias ao convencimento do juiz. Se não obteve êxito na ação intentada, certamente suas provas não eram tão robustas quanto prometiam, ou não foram produzidas adequadamente.

Como se vê, sobre o tema, não há uniformidade de opinião entre os diversos doutrinadores, assim como nos tribunais brasileiros há posicionamentos diferentes. Vejam-se as decisões transcritas a seguir:

"Tribunal de Justiça do Distrito Federal

COISA JULGADA - AÇÃO DE ESTADO – INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE

1. A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é o seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real.

2. A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral. O processo não merece ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas. Agravo improvido. Maioria.

AI 2.446-4/98 – 1ª T. - Rel. Des. p/o Ac. Valter Xavier - J. 12.04.1999".

"Tribunal de Justiça do Distrito Federal

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - SENTENÇA ANTERIOR RECONHECENDO O VÍNCULO SANGÜÍNEO - PROPOSITURA DE AÇÃO NEGATÓRIA - COISA JULGADA - Ofende o princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada a propositura de ação negatória de paternidade, mesmo com invocação das novas conquistas científicas, se aquela foi reconhecida em sentença anterior transitada em julgado" (AC 30.642, 2ª Turma Cível, Rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira, DJU de 22.06.1994, p. 7.127)."

Já que o estudo de uma técnica diferenciada atinente à coisa julgada é objeto de trato neste trabalho, uma questão terminológica deve ser posta. Ao se utilizarem as expressões "comum" e "diferenciado", a referência se faz em relação aos regimes de produção da coisa julgada, e não a esta propriamente dita. Os adjetivos dizem respeito ao modo como a coisa julgada surge, pois o produto coisa julgada é sempre o mesmo, com as mesmas características, não havendo que se falar em "comum" ou "diferenciada".

O recurso tem fins didáticos, entretanto, não se quer, com isso, desviar a atenção para aquilo que deve ser considerado importante: os modos de produção são distintos; obtém-se o fenômeno da imutabilidade, mas por técnicas diferentes. A primeira, referente à generalidade das situações - por isso denominada comum; a segunda, gênero, de que são espécies algumas técnicas diferenciadas de formação do caso julgado, com derrogações das regras comuns, e que, por isso, podem ser englobadas sob o rótulo coisa julgada diferenciada (NICOLAU JR., 2006).

O estabelecimento de um sistema de coisa julgada diferenciado no âmbito das ações filiatórias é aspecto de relevância na construção do entendimento que parece ser o mais adequado.

Embora seja a técnica mais adequada, “o sistema de formação da coisa julgada *secundum eventum probationes*, como regra, é vedado no ordenamento processual brasileiro” (DIDIER JR., 2002b, p. 8), somente sendo admitido em algumas exceções, com a finalidade de melhor tutela jurídica dos direitos coletivos. Eis a lição do referido professor:

Trata-se de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres, com a supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não conforme os elementos de convicção, ou, ainda, serve como instrumento de política legislativa, pois evita, quando em jogo interesse coletivo e indisponível, a formação de coisa julgada material, ao recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente (DIDIER JR., 2002b, p. 4).

Infere-se, então, que a coisa julgada *secundum eventum probationes* não é mais que a relativização da coisa julgada tradicional, objetivando tornar mais justo o julgamento nas ações filiatórias, baseando-se na certeza que a ciência proporciona nos exames de DNA.

A formação da coisa julgada *secundum eventum probationes* é ilimitada quanto à extensão (aspecto horizontal) da cognição, mas sofre restrições à profundidade (aspecto vertical) devido à existência de elementos probatórios insuficientes (WATANABE, 2000, p 118). Logo, somente haverá a formação da coisa julgada material na demanda se as provas forem suficientes para o julgamento. Sobre a cognição plena e exauriente (*secundum eventum probationes*) o professor Kazuo Watanabe (2000, p. 118-119) explica:

Aspecto marcante dessa espécie de cognição, que poderá ser exauriente, consiste no fato de estar condicionada a decisão da questão, ou mesmo do *thema decidendum*, à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, estabelecer com base nas provas existentes nos autos. À conclusão de insuficiência de prova, a questão não é decidida (as partes são remetidas para “as vias ordinárias” ou para a “ação própria”, ou o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançado, bem por isso, a autoridade de coisa julgada material.

Em suma, a cognição ocorrerá sem limitação à extensão da matéria decidida em juízo, mas com o condicionamento da profundidade à existência de elementos probatórios suficientes.

O estudo da coisa julgada permite a obtenção de uma resposta de como se comportará o instituto nas ações de investigação de filiação. Também é preciso ter em mente que a Constituição Federal ampliou os direitos da personalidade e que a ciência contribuiu com significativos avanços tecnológicos de pesquisa genética, como bem explicou Dinamarco (2001, p. 67):

Aqui tem pertinência o reclamo, já feito por estudiosos do tema, à *razoabilidade interpretativa* como indispensável critério a preponderar quando tais valorações são feitas nos pronunciamentos judiciais: o *logos de lo razonable*, da notória e prestigiosa obra de Recaséns Siches, quer que se repudiem absurdos em eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas. O jurista jamais conseguiria convencer o *homem da rua*, por exemplo, de que o não-pai deva figurar como pai no registro civil, só porque ao tempo da ação de investigação de paternidade que lhe foi movida, inexistiam os testes imunológicos de hoje e o juiz decidiu com base na prova testemunhal. Nem o contrário: não convenceríamos o *homem da rua* de que o filho deva ficar privado de ter um pai, porque ao tempo da ação movida inexistiam aquelas provas e a demanda foi julgada improcedente, passando inexoravelmente em julgado. *Homem da rua* é o homem simples, ingênuo e destituído de conhecimento jurídicos, mas capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto, segundo a imagem criada por Piero Calamandrei (*l'uomo della strada*).

Então, com o advento das modernas técnicas de determinação dos vínculos biológicos, são construídas teses para subsidiar o comportamento da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, a depender de um ângulo maior ou menor de flexibilização. Avulta importante descortinar as nuances de cada uma dessas teses.

A tese conservadora<sup>285</sup> prega a formação da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade, sendo impossível a desconstituição do decidido anteriormente, por outra ação de conhecimento agora com o exame de DNA. Eis a jurisprudência:

1. 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 os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força 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 art. 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 art. 485. 2. Assim, a existência de um exame de DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 3ª Turma, R. Esp. Nº 107.248/Go, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. De 07.05.98, DJU de 29.06.98).

Do ponto de vista do respeito às normas processuais, o precedente prioriza a técnica. Todavia, ao citar o teste de DNA, ficou implícito que este meio de prova seria decisivo na declaração da paternidade biológica. Porém, negou-se a imprimir maior efetividade social ao processo, pois a lei concede ao juiz muitas oportunidades de atenuar as desvantagens entre as partes interessadas<sup>286</sup>.

Em resumo, segundo a corrente conservadora, a coisa julgada torna-se insuscetível de modificação, devido à estabilidade jurídica gerada pela sua existência. Entretanto, segundo o entendimento aqui defendido, o juiz, na aplicação da lei ao caso concreto, deve adequá-la às novas exigências sociais, buscando em

<sup>285</sup> Esta tese se espelha no posicionamento inicial do Superior Tribunal de Justiça, quando teve questão levada ao seu conhecimento vindo a decidir pelo não acolhimento da pretensão de desprezar a autoridade da coisa julgada em face da realização do exame de DNA.

<sup>286</sup> De acordo: "O domínio da técnica jurídica é predicado de que jamais se poderá prescindir num juiz; está longe, contudo, de ser bastante. Preparação adequada teria de incluir certa familiaridade com outros ramos do conhecimento humano, como a sociologia e a ciência política. As escolas de magistratura podem e devem tentar suprir lacunas e abrir novas perspectivas. Precisamos de juízes compenetrados da relevância social de sua tarefa e das repercussões que o respectivo desempenho produz no tecido da sociedade. Em época de crises reiteradas e de transformações profundas, como esta em que vivemos, o juiz vê-se convocado a dar mais que o mero cumprimento pontual de uma rotina burocrática. Por difícil que lhe seja, com a carga de trabalho que o oprime, corresponder a esse chamamento, não há como exonerá-lo de uma responsabilidade que a ninguém mais poderia atribuir. Pois a verdade é que sem a sua colaboração, por melhores leis que tenhamos, jamais lograremos construir um processo socialmente efetivo" (MOREIRA, 2002, p.190).

outras esferas do saber formas de atenuar o desequilíbrio entre as partes. Para tanto, não será necessário fragilizar a estrutura da coisa julgada, e sim uma forma diferenciada e inovadora em contemplá-la<sup>287</sup>.

Com o intuito de dar plena efetividade ao direito de filiação em face da coisa julgada e de todos os avanços científicos em torno da determinação da paternidade biológica, fala-se numa tese moderna. Também a jurisprudência vem firmando que, nas ações referentes à ação de estado, a coisa julgada deve ser relativizada<sup>288</sup>, já que a falta de prova suficiente ao juízo de procedência do pedido implica, geralmente, improcedência, e não a extinção sem julgamento do mérito, o que prejudica o investigante.

Por isso, doutrinadores como Dinamarco (2001) lecionam que, em conflito de interesses, com a autoridade do trânsito em julgado, de um lado, e, do outro, direitos inerentes à natureza humana e protegidos constitucionalmente, “a coisa julgada deva ser relativizada, pois, do contrário, poder-se-ia estar privando alguém do pai ou dando por genitor quem na realidade não o é” (WELTER, 2000, p 113).

Assim, como o estado de filiação trata-se de direito indisponível, conforme os preceitos constitucionais e infraconstitucionais, sustenta-se que deva ser mitigado o instituto da coisa julgada, sob pena de negar ao ser humano a busca da verdadeira origem, seu vínculo biológico, que fica consubstanciado no registro<sup>289</sup>, “pois o nome transforma o indivíduo em algo mais no grupo social e contribui para identificar o seu caráter, ingrediente principal de sua personalidade” (MADALENO, 2002, p. 300).

Os avanços na área da genética – que, entre outros benefícios, trouxe o exame de DNA, que manifesta certeza quase absoluta acerca da paternidade – são uma realidade que não pode ser subtraída das partes, que, no processo anterior, não tiveram a possibilidade de realizá-lo. Para afirmar esta tese, eis a lição de Dinamarco (2001, p. 39-40):

---

<sup>287</sup> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – PERÍCIA PELO HLA – PEDIDO OPRTUNO DO DEMANDADO PARA TESTE DE DNA – JULGAMENTO ANTECIPADO – DESCABIMENTO – Não favorece a segurança jurídica o edito antecipado que reconhece a paternidade, baseado em exame pelo HLA, quando o investigado se propõe a custear o teste pelo DNA, mais prestigiado que o anterior, e sem que exista qualquer outra prova nos autos. Apelação provida (TJRS – AC 598.009.058 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis – J. 09.09.1998).

<sup>288</sup> Independente do instrumento processual que for utilizado para a relativização da coisa julgada, o que se deve mentalizar é que tal só ocorra em casos excepcionais e que de fato justifique a medida, o que ocorrerá através da proporcionalidade.

<sup>289</sup> “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no registro civil, determina o art. 1.603 do Código Civil” (LOBO, 2006, p. 252).

Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora e realça, é o da *justiça das decisões*. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada [...]. Com preocupações dessa ordem é que, em seguidas manifestações como magistrado e como conferencista, o Ministro José Delgado defende uma "conceituação da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica," fórmula essa que em si é uma proposta de visão equilibrada do instituto, inerente ao binômio justiça-segurança. Do mesmo modo, também Humberto Theodoro Júnior postula esse equilíbrio, em parecer onde enfrenta o tema do erro material arredo à autoridade do julgado. E conhece-se também a posição assumida pelo procurador de justiça Hugo Nigro Mazzilli ao defender a "necessidade de mitigar a coisa julgada". Esses e outros pensamentos, aos quais associo uma interessantíssima narrativa de Eduardo Couture e importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal e do direito norte-americano, abrem caminho para a tese relativizadora dos rigores da *auctoritas rei judicatae* e autorizam as reflexões que a seguir virão, todas elas apoiadas na idéia de que "levou-se muito longe a noção de *res judicata*, chegando-se ao absurdo de querê-lo capaz de criar uma outra realidade, fazer *de albo nigrum* e mudar *falsum in verum*" (Pontes de Miranda). De minha parte, pus em destaque a necessidade de produzir resultados justos, quando há mais de dez anos disse: "em paralelismo com o bem-comum como síntese dos objetivos do Estado contemporâneo, figura o valor *justiça* como objetivo-síntese da jurisdição no plano social". Essas palavras estão em minha tese acadêmica escrita no ano de 1986, incluídas em um capítulo denominado Justiça nas Decisões. Em outro tópico da obra, disse também que "eliminar conflitos mediante critérios justos" é o mais nobre dos objetivos de todo sistema processual. São essas as premissas, de resto já referidas logo ao início, sobre as quais cuido de assentar a proposta de um correto e razoável dimensionamento do poder imunizador da coisa julgada, relativizando o significado dessa garantia constitucional e harmonizando-o naquele equilíbrio sistemático de que falo.

Entendimento semelhante foi adotado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>290</sup> ao tratar da coisa julgada nas ações de estado, *modus in rebus*. Veja-se a jurisprudência:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS – COISA JULGADA – MITIGAÇÃO – DOCTRINA – PRECEDENTES – DIREITO DE FAMÍLIA – EVOLUÇÃO – RECURSO ACOLHIDO.

<sup>290</sup> Apesar da postura do STJ inicialmente contra a 'quebra da coisa julgada', hoje, o mesmo Tribunal permite que se analise nova ação investigatória baseada no exame de DNA, caso a primeira tenha sido julgada improcedente por falta de provas e quando a prova é deficiente ou não realizou o DNA.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade". IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum (STJ, 4ª Turma, R. Esp. Nº 226436/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 04.02.2002).<sup>291</sup>

Esse precedente concluiu pela relativização da coisa julgada nas questões de estado, em que o interesse público sobressai com maior intensidade na efetivação dos direitos da personalidade, baseando-se nas transformações familiares e a descobertas genéticas, que colocam o juiz diante do grau máximo de certeza, nada justificando para que se traga ao mundo jurídico o que não está na verdade biológica. É o entendimento que se vem firmando em alguns Tribunais do Brasil, como na seguinte decisão:

A questão da paternidade é da mais alta relevância jurídica, integrando os direitos de personalidade, constitucionalmente assegurados, não se podendo, nos dias atuais, com a liberalização dos costumes e o avanço da engenharia genética, denegar-se a busca da verdade biológica da filiação, que interessa tanto ao filho quanto ao indigitado pai, sujeitando-se a forte temperamento, por seu anacronismo, a aplicação da norma prescricional do art. 178, parágrafo 3º do Código Civil". (Brasil, TJ/GO, Apelação Cível nº 47.614-9/188, relator Des. Itaney Francisco CAMPOS, DJ 23.02.1999, p. 32) (*apud* ALMEIDA, 2001, p. 99).

<sup>291</sup> Percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça atribuiu natureza diferente à coisa julgada originada de sentença definitiva em ações investigatórias. Classificada como material pela lei adjetiva civil, a coisa julgada, nos casos de sentença que julgou improcedente a primeira ação por falta de provas, agora tem natureza formal, atribuída pelo Tribunal Superior.



Dessa forma, alguns julgadores adotaram a orientação dos tribunais e dos autores americanos<sup>292</sup>. Todavia, aqueles que se posicionam contra a flexibilização<sup>293</sup>, mesmo em se tratando de coisa julgada nas ações de estado, alertam que relativizar a coisa julgada, por causa de sentenças injustas, pode causar incerteza e insegurança nas relações jurídicas. Se criaria, assim, respaldo para amanhã mitigar a coisa julgada em outras ações, visto que o instituto da *res judicata* é libertador para a plena fruição do bem da vida alcançado pela decisão judicial.

“Ainda como crítica, há autores que sustentam que a relativização da coisa julgada no ordenamento jurídico somente será aceita se consagrada em lei, pois, ao garantir um valor, outros, como a garantia e a certeza, estariam violados”<sup>294</sup> (DIDIER JR., 2002, p. 14). Eis a razão pela qual alguns Tribunais não admitem a nova propositura de uma ação investigatória com base em novas provas:

"Investigação de paternidade. Renovação da Ação. Impossibilidade. coisa julgada. existindo decisão definitiva de improcedência de anterior ação de investigação de paternidade, esta sacralizada a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXV, CF/88), não podendo nova ação ser proposta apenas porque viável, agora, realização de exame pelo método do *DNA*. Sentença que julgou extinta a ação mantida. Apelação desprovida, por maioria, vencido o relator" (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70003605425. Relator: Rui Portanova. Data do julgamento: 07.03.2002).

"Investigação de Paternidade - Realização de Exame de *DNA* - Ofensa à coisa julgada. A propositura de segunda ação de investigação de paternidade, com identidade de partes, de fatos e fundamentos com a primeira, fundada na realização de Exame de *DNA* não realizado na lide anterior, ofende a coisa julgada. A imprescritibilidade do direito ao estado de filiação não se confunde com a coisa julgada, sob risco de comprometer as relações sociais, com a perpetuação do litígio" (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 3ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 000.260.075-7/00. Relator: Aloysio Nogueira. Data do julgamento: 05.09.2002).

<sup>292</sup> Conforme leciona Dinamarco (2001, p. 49-50): " Este pensamento está presente na obra de James, Hazard e Leubsdorf, onde coloca de modo explícito a regra de equilíbrio entre duas exigências opostas, de que venho falando, quando eles dizem: "em diversos pontos pusemos em destaque o conflito entre dois fundamentais objetivos da lei processual. De um lado, o sistema processual procura favorecer a plena efetividade das discussões e das disponibilidades probatórias de todas as partes, de modo que a causa possa ser bem decidida no mérito; de outro, o sistema cuida também de proporcionar a oferta de uma conclusão final com razoável rapidez e a um custo suportável". Reputo emblemática e fortemente representativa do pensamento norte-americano sobre a coisa julgada essa passagem colhida em doutrina mais antiga: "os tribunais somente podem fazer o melhor a seu alcance para encontrar a verdade com base na prova, e a primeira lição que se deve aprender em tema de coisa julgada é que as conclusões judiciais não podem ser confundidas com a verdade absoluta".

<sup>293</sup> É o caso de Barbosa Moreira, Gisele Góes, Nelson Nery Jr., Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni.

<sup>294</sup> Segundo Farias (2007, p. 213), esse novo sistema de regulamentação da coisa julgada independe de expressa previsão de lei.

"Agravo de Instrumento - Recurso contra decisão monocrática que admite o prosseguimento de ação idêntica a outra anteriormente julgada e transitada em julgado com exame do mérito- Alegação de que pretendem produzir novas provas- inadmissibilidade-ofensa manifesta ao art. 467 do CPC - Recurso provido em que se reforma a decisão recorrida e julga extinto o processo da nova ação – Código de Processo Civil. art. 267- Inciso V. Conforme e reiterado proclamado doutrinário "falta ou deficiência de provas. Coisa julgada ocorre inexoravelmente no processo, tenham ou não sido produzidas provas. Não é possível a repositura de ação, onde se deu a coisa julgada material, invocando-se falta, deficiência ou novas provas." Conforme escrevem Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, em seu Código de Processo Civil Comentado (NERY JR.; NERY, 1997).

A crítica feita pelos opositores<sup>295</sup> é que pode imperar a tese de que qualquer juiz ou Tribunal possa desrespeitar a coisa julgada, a pretexto de injustiça ou erronia<sup>296</sup>. Logo, a relativização da coisa julgada, no que se refere à sentença que diz respeito aos vínculos biológicos, deve ser evitada no ordenamento jurídico brasileiro, para evitar incertezas, e, quem sabe, até mesmo injustiças nas decisões judiciais, pois ficaria ao livre arbítrio do juiz mitigar a coisa julgada sem respaldo legal, fato que, por si só, fere a tradição jurídica brasileira. Além disso, o exame de DNA não apresenta a certeza absoluta, sendo sujeito a falhas técnicas e humanas e, de forma nenhuma, pode constituir-se argumento sustentável para afastar a eficácia da coisa julgada material.

Entretanto, o ordenamento positivo pátrio deve buscar meios para manter a segurança e a paz social e, ao mesmo tempo, equilibrar valores tão caros ao ser humano, que são o direito de descobrir suas raízes e o desejo de vincular-se com quem lhe deu a vida. Daí surge a tese intermediária.

Quanto a esta, diga-se que existe algo que o direito deve preservar e que se encontra acima da realidade jurídica histórica, além de constituir a própria razão de ser do direito, que é o valor da pessoa humana, como bem ensina Greco Filho (1998, p. 16-17): "O direito somente será justo se nessa abdicação se encontrar o propósito de preservação de bem jurídico-social mais amplo que venha a repercutir no homem como indivíduo". Por isso, é injusto que, diante de um conjunto probatório insuficiente, o filho fique privado de conhecer seus laços ancestrais, ao ser impedido

<sup>295</sup> A exemplo de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira.

<sup>296</sup> São oportunas as considerações do Professor Goffredo Telles Jr. sobre o poder sem base na lei: "O poder não fundado na lei, o poder discricionário. É, exatamente, o poder que odiamos, porque é o poder dos ditadores e dos tiranos. É o poder que odiamos, mesmo quando esse poder está nas mãos de juizes. Sim. é certo, situações de injustiça social existem, por toda parte, e não há dúvida que a justiça humana é imperfeita. Mas, ainda mais imperfeita se tornará, se ela for entregue ao arbitrio dos juizes" (TELLES JR., 1999, p.161).

de ajuizar uma nova ação e ao mesmo tempo ser condenado a não ter *ad eternum* sua verdadeira paternidade<sup>297</sup>.

Por conseguinte, doutrinadores como Dias (1999, p. 18) sustentam que “nas ações investigatórias somente haverá a formação de coisa julgada material se houver o exaurimento de todos os meios de prova, respaldando-se na formação da coisa julgada formal”. Eis a lição:

A ausência de prova, que no juízo criminal enseja a absolvição, ainda que não tenha correspondência na esfera cível, não pode levar a um juízo de improcedência, mediante sentença definitiva, conforme preconiza Humberto Theodoro Júnior. Há antecedentes legais. Na ação civil pública (art. 16 da Lei nº 7.347/85) e nas ações coletivas que trata o Código de Defesa do Consumidor (art. 103), está, de forma expressa, afastada a eficácia *erga omnes* quando a ação é julgada improcedente por ausência de prova, autorizando qualquer legitimado a intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Ainda que ditas disposições sejam tidas como verdadeiras excrescência ao princípio da estabilidade jurídica, não se pode deixar de invocar como precedentes a autorizarem o afastamento dos efeitos da coisa julgada quando a ação diz com o estado da pessoa. A omissão do próprio demandado ou do Estado em viabilizar a realização da prova não permite a formação de um juízo de convicção, a ser selado pelo manto da imutabilidade de identificar a existência ou concluir pela existência do direito invocado na inicial, omissão probatória, no entanto, que, não podendo ser imputada ao investigante, não pode apená-lo com uma sentença definitiva (DIAS, 1999, p. 18).

Por sua vez, Welter (2000, p. 113) também sustenta a formação de coisa julgada apenas formal nas ações de investigação de paternidade quando insuficientes forem os meios de prova para formar a convicção do julgador. Eis a lição:

Somente haverá coisa julgada material, nas ações de investigação e contestação de paternidade, quando tiverem sido produzidas, inclusive de ofício e sempre que possível, todas as provas, documental, testemunhal, pericial, especialmente exame genético DNA, e depoimento pessoal.

Então, para uma análise consciente e equilibrada de direitos fundamentais em conflito, no caso, o direito à dignidade humana e a coisa julgada, exige-se a sensibilidade do julgador diante do caso concreto, já que o juiz, atualmente, com significativos avanços científicos, é desafiado a adotar uma postura ativa e criativa

---

<sup>297</sup> Conforme a doutrina: "Falta ou Deficiência de Provas. Coisa julgada ocorre inexoravelmente no processo, tenham ou não sido produzidas provas. Não é possível a repositura de ação, onde se deu a coisa julgada material, invocando-se falta, deficiência ou novas provas" (NERY JR.; NERY, 1997, p. 677).

na interpretação da lei e, se for necessário, adaptá-la aos valores e transformações da sociedade, e não desprezar ou tornar inválido um deles<sup>298</sup>. Neste sentido, é pertinente a transcrição do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

A melhor interpretação, proclamava Piragibe da Fonseca, em sua Introdução ao Estudo do Direito, "não é absolutamente aquela que se subordina servilmente às palavras da lei, ou que usa de raciocínios artificiais para enquadrar friamente os fatos em conceitos prefixados, mas aquela que se preocupa com a solução justa". Interpretar, já constava das Institutas (Gottlieb Heineccio, § 28), não é conhecer ou saber as palavras da lei, mas sim a sua força e o seu alcance. A lei preleciona o grande Amílcar de Castro, embora nunca ao arripio do sistema jurídico, deve ser interpretada em termos hábeis e úteis; com os olhos voltados, aduza-se com Recasens Siches, para a lógica do razoável. Como já assinalei em outra oportunidade (cfr. RTJ 114/363, no relatório do RE 103.909), o magistrado não é amanuense da lei, com mera função de conferir fatos com dispositivos legais, aplicando textos com a insensibilidade das máquinas. A própria lei confere função singular ao magistrado, quando estabelece que, na sua aplicação, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. Em outras palavras, a lei deve ser, nas mãos do seu aplicador, um instrumento de realização do bem social, porque o rigorismo da interpretação dos textos legais pode, muitas vezes, nos conduzir ao descompasso com a realidade, o que significaria o primeiro passo para uma injustiça (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. RESP. nº 299/RJ. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. data do julgamento: 28.08.1989. DJ de 02.10.1989).

Assim, constitui-se um despropósito sustentar uma falsidade, uma vez que a busca da verdade real se imiscui com a evolução humana, e a coisa julgada, da mesma forma, "não foi criada para manter uma iniquidade e nem fazer do estranho um filho, insistindo em uma erronia, ao fechar os olhos para as profundas transformações culturais e científicas por que passa o corpo social para permanecer petrificado" em um mundo imaginário (PEREIRA, 1988, p. 19).

Conhecer as origens biológicas é inerente à própria existência do homem, uma vez que a lei separada do ser humano não tem sentido nem propósito. Assim, cabe ao Judiciário, em casos excepcionais, como no contexto das ações de investigação de paternidade, tendo em vista a liberdade e a plena realização de todos, utilizar a analogia da coisa julgada formal por insuficiência de provas<sup>299</sup>. Eis a jurisprudência:

<sup>298</sup> Sobre o equilíbrio de valores basta a sensibilidade do julgador diante do caso concreto, eis a doutrina: "A existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais" (BARROS, 1996, p. 87).

<sup>299</sup> "Ementa: Investigação de paternidade. Prova pericial frustrada pela recusa injustificada do réu em participar do exame hematológico. Procedência decretada diante dos demais elementos dos autos e da completa e franca

Direito Civil e Processual Civil. Família. Renovação de pedido de investigação de paternidade c/c alimentos. Exame de *DNA*. Trânsito em julgado da primeira ação. Extinção do processo com fulcro no art. 267, inc. IV e V, do CPC. I- O limite objetivo da coisa julgada material não abrange os motivos - Insuficiência de provas, ainda que relevantes, que levaram o juízo monocrático a denegar a investigação de paternidade requerida, por restringir-se àquele à parte dispositiva da sentença (art. 469, I, CPC). II- Se o progresso da ciência oferece meio de prova eficaz às decisões judiciais, o poder judiciário, em detrimento da evolução social e científica na pesquisa cromossômica, não pode obstar a realização do exame de *DNA* não efetuado naquela primeira oportunidade por ausência de recursos financeiros de sua genitora. Recurso conhecido e provido, à unanimidade (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 1ª Turma. APC 4712797. Relator: Edmundo Minervino. Data do julgamento: 10.04.2000. DJ de 24.05.2000, p. 12).

Ação de Investigação de Paternidade julgada improcedente por falta de prova. Reabertura do Processo. Inexistência de Coisa Julgada Material. O valor da coisa julgada visa resguardar, justamente, a segurança jurídica, e esse valor deve ser posto em cotejo com um dos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, inc. III, da sua Constituição, ou seja, o da dignidade da pessoa humana. O direito a identificação está ligado à preservação dessa dignidade e deve-se sobrepor a qualquer outro valor, a qualquer outro princípio, inclusive o da segurança jurídica, que a coisa julgada busca preservar. Descabe, entretanto, desarquivar o feito já julgado, pois neste há coisa julgada formal, cabendo o ajuizamento de nova investigatória. Desproveram o agravo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 7ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70002482198. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Data do julgamento: 20.06.2001).

Civil e Processual Civil- Ação de investigação de paternidade - Coisa Julgada- Renovação do Pedido - Possibilidade - Exame de *DNA*. 1. A Jurisprudência tem atenuado a rigidez da coisa julgada nas hipóteses de investigação de paternidade, para possibilitar a realização do exame de *DNA*, dando uma solução mais justa à matéria. Precedentes. 2. O reconhecimento do estado de filiação, nos termos do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, tornando-se necessário apurar a veracidade dos fatos, para não deixar um filho sem pai ou um pai sem filho, admitindo, na mesma linha de raciocínio das ações de alimento, a ocorrência apenas da coisa julgada formal e não material, impeditiva do reexame da matéria no mesmo processo. 3. Recurso e provido. Unânime (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 5ª Turma. Apelação Cível nº 19990910029102. Relator: Haydevalda Sampaio. Data do julgamento: 14.09.2000. DJ de 22.11.2000, p. 42).

---

omissão da prova *exceptio plurium concumbentium*. Recurso provido apenas para retroagir a obrigação alimentar a data da sentença" (ApCív 110.813.4/2 – 3ª Câmara. – TJSP – j. 26.10.1999. – rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani). Note-se que a presunção *exceptio plurium concumbentium* não tem mais lugar no Direito, pois a ciência oferece meios mais adequados para solucionar o problema da determinação da paternidade genética.

Desse entendimento, infere-se que o juiz não é um aplicador mecânico das regras legais, mas um criador do direito, que vê diante de si o caso concreto, com todas as suas nuances, à espera de uma solução justa<sup>300</sup>, como atesta o já citado artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. São oportunas as considerações de Telles Jr. (1999, p. 161):

Bem sei que esse tipo de interpretação exige bons juízes. A experiência demonstra que, muitas vezes, os bons juízes conseguem melhorar, por meio de uma judiciosa interpretação, a qualidade das más leis, se elas fossem sempre aplicadas por bons juízes. Em regra, a sábia interpretação da lei é competente para dar solução razoável ao desafio de quaisquer casos concretos, até mesmo dos casos mais melindrosos (TELLES JR., 1999, p. 163).

Tal interpretação demonstra que a jurisprudência se antecipa ao trabalho legislativo, chegando a abalar conceitos tradicionais. Então, como sugestão, seria a proposta *de lege ferenda*, após um estudo das regras do Direito Canônico<sup>301</sup>, a adoção formal de um regime diferenciado da formação da coisa julgada nas ações de filiação, instituindo que as sentenças proferidas em ação de estado não façam coisa julgada material<sup>302</sup>. Ainda quanto à possibilidade de ajuizamento da demanda frente à coisa julgada material, veja-se acórdão do TJDF que diz:

---

<sup>300</sup> As transformações porque passa o corpo social ultrapassam a lei, por isso a todo tempo é modificado, conforme leciona Reale (1996, p. 610): "A vida social, entretanto, é muito mais exigente e sorri dessas pretensões técnico-formais. O que vemos, em verdade, são preceitos jurídicos que não são vividos pelo povo, por não corresponderem às suas tendências ou inclinações, por múltiplos motivos que não vêm ao caso examinar. Há um trabalho, por assim dizer, de desgaste ou de erosão das normas jurídicas, por força do processo vital dos usos e costumes. O hábito de viver vai aos poucos influenciando sobre as normas jurídicas, mudando-lhes o sentido, transformando-as até mesmo nos seus pontos essenciais, ajustando-as às necessidades fundamentais da existência coletiva. Se imaginarmos, na história da espécie, a experiência do direito como um curso de água, diremos que esta corrente, no seu passar, vertiginoso ou lento, vai polindo as arestas e os excessos das normas jurídicas, para adaptá-las, cada vez mais, aos valores humanos concretos, porque o direito é feito para a vida e não a vida para o Direito".

<sup>301</sup> Em especial da regra contida no Cãnone 1643: "Nunca passam em julgado causas sobre o estado das pessoas, não excetuando causas sobre a separação de cônjuges."

<sup>302</sup> No sentido "Situação singular configura-se no Direito Canônico. Adotou-se, ali, orientação diametralmente oposta à que vimos apreciando. As sentenças proferidas nas ações de estado, simplesmente, não são suscetíveis de adquirir a qualidade de coisa julgada. Não se tornam, pois, imutáveis. É o que estabelece expressamente o C. 1903: "*nunquam transeunt in rem indicatam causae personarum*." Esta disposição contrasta com a regra geral do C. 1902, que admite a ocorrência de coisa julgada nos demais casos, a qual, segundo o § 2º do C. 1904, "*facit ius inter partes*", O fato se explicaria, segundo Eichman, em razão do interesse público que as questões de estado encerram. Entendeu-se preferível, por isso, permitir, qualquer que seja o tempo decorrido, revogar-se a sentença, se vem a demonstrar a ocorrência de erro no julgamento. Della Rocca, contudo, esclarece que tais sentenças prevalecem e produzem efeitos como as demais, sujeitas, apenas, a reexame no caso de superveniência de graves motivos ou novos documentos" (SALOMÃO, 1966, p. 61).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Coisa julgada. Registro público. A busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais possam ainda fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto. Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. Por outro lado, imperativo que os registros públicos traduzam a efetiva realidade das coisas, sempre havendo tempo e infindáveis razões para que a verdade prevaleça ou seja restabelecida. A “coisa julgada” não pode servir para coroar o engodo e a mentira. O caráter de imprescritibilidade e de indisponibilidade da investigatória revela-se incompatível com qualquer restrição decorrente da coisa julgada. O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais (TJDF – AC 46.400 – (Reg. AC. 103.959) – 1ª T – Rel. Des. Valter Xavier – DJU 22.04.1998).

O posterior exame genético para a identificação biológica, todavia, segundo a tese conservadora, não teria o poder de desconstituir a coisa julgada material (DIAS, 2007). Assim, a corrente nega-se a imprimir maior efetividade ao processo, já que não busca nas leis vigentes meios de pacificar o conflito de interesses.

De acordo com esta tese, adotar a relativização da coisa julgada nas ações de estado macula o ordenamento jurídico e causa incerteza na prestação jurisdicional, a partir do momento que dá ensejo para rever decisões com o selo da imutabilidade, já que a coisa julgada é libertadora para a plena fruição do bem da vida alcançado na sentença (DELGADO, 2005). Outra crítica é que, mesmo com uma ínfima margem de erro, o exame de DNA está sujeito a falhas técnicas durante a sua realização, como fraudes na troca de material genético ou alterações dos resultados genéticos (BLIKSTEIN, 2008).

Por sua vez, a tese moderna admite a mitigação da coisa julgada devido à simples presença do DNA, já que seus adeptos entendem que, quando em conflito de interesses como a autoridade do trânsito em julgado e de outros direitos inerentes à natureza humana, a coisa julgada, aliada com os avanços científicos, deve ser flexibilizada, sob pena de privar alguém da paternidade biológica (BEBER *apud* MADALENO, 2002).

Desse modo, a “tese intermediária” estabelece-se como a melhor, já que procura nas leis vigentes uma forma de equilibrar valores aparentemente

antagônicos<sup>303</sup> e tornar o processo socialmente efetivo, pois o julgador, diante de um conjunto probatório insuficiente na ação de investigação de paternidade, valer-se-á, por analogia, de antecedentes legais<sup>304</sup>.

Com a referida tese, procura-se, nos limites do Direito Positivo brasileiro, um meio de manter a estabilidade das normas processuais e a efetiva realização dos direitos inerentes à natureza humana. Assim, a carência da prova na ação que cuida da filiação não ensejaria a formação da coisa julgada material, permitindo o ajuizamento de nova ação comum acerca do estado do autor.

Apenas, ressalve-se que a tese intermediária contribui apenas nos casos de insuficiência de provas, em que o juiz utilizaria, por analogia, as regras da ação civil pública. Nos demais casos, sem expressa autorização legislativa afirmando a não formação da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, não poderia o julgador desconsiderar a coisa julgada<sup>305</sup>.

Visando à completa tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, vale ressaltar que a nova ação investigatória baseada no exame de DNA deveria ser cabível também nos casos em que a primeira ação foi julgada procedente ou improcedente por motivo que não seja falta de provas, pelo menos de forma irrestrita. Segundo Welter (1999), bastaria que as partes interessadas, ainda receosas com o primeiro pronunciamento judicial, realizassem o exame de DNA para comprovações. Valem aqui as palavras do mencionado autor:

[...] de nada adiante canonizar-se a instituto da coisa julgada em detrimento da paz social, já que a paternidade biológica não é interesse apenas do investigador ou do investigado, mas de toda a sociedade, e não existe tranqüilidade social com a imutabilidade da coisa julgada da mentira, do engodo, da falsidade do registro público (WELTER, 1999, p. 39).

Desse modo, feita a verificação do resultado do exame de DNA pelas partes, constatando-se que existe divergência entre ele e o quanto estabelecido na primeira

---

<sup>303</sup> Nessa análise de valores é necessário salientar que se deve ter especial atenção para o caso concreto, das condições em que vivem os envolvidos, como bem destacou Rudolf Smend (*apud* CHAVES, 1999, p 147): “a norma recebe da vida, e do sentido a ela atribuído, seu fundamento de validade, a sua qualidade específica e o sentido de sua validade [...]”.

<sup>304</sup> Realmente, na ação civil pública, o artigo 16 da Lei nº 7.347, de 1985, e o artigo 103, da Lei nº 8.078 de 1990 afastam, de forma expressa, a eficácia *erga omnes* quando a ação é julgada improcedente por ausência de provas, autorizando, assim, qualquer legitimado intentar outra ação com idêntico fundamento, agora com base em nova prova.

<sup>305</sup> Quando se configura a coisa julgada material, por enquanto, em alguns casos excepcionais é possível, dentro do prazo de dois anos, a utilização da ação rescisória (NICOLAU JR., 2006). Daí a importância dos projetos de lei como os de nºs: 64/1999, 90/1999, 2.642/2000, 4.719/2001, 116/2001, 6.960/2002, 1.184/2003, 120/2003 entre outros, mencionados em capítulo anterior.



sentença, deveriam ingressar em juízo para pedir a desconsideração do julgado, para que viesse a se instalar a verdadeira relação de filiação e o correto assento nos registros públicos (NICOLAU JR., 2006).

Em arremate, percebe-se que no contexto dos avanços dos últimos tempos, especialmente na ciência genética, as inovações não devem passar despercebidas no processo, pois a Ciência do Direito reproduz, em sua estrutura, as exigências da sociedade, que no momento são a estabilidade das decisões judiciais e a busca do ser humano por seu vínculo biológico.

Desse modo, o exame de DNA, devido ao alto grau de confiabilidade, constitui-se em uma prova de grande valia na determinação da ascendência genética de uma criança, como ainda facilita o trabalho do julgador, que antes se baseava em métodos sujeitos a constantes refutações, como a prova testemunhal, o exame das proporções físicas, dentre outros.

Vislumbra-se que os operadores do Direito, de um modo geral, compartilham de uma realidade social contraditória, e por isso, não podem deixar de agir na intermediação das demandas, devendo contribuir para a construção de uma ordem legal mais justa e afinada com a plena realização do homem, como indivíduo. Abre-se, então, um precedente para a aplicação de um regime diferenciado da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

O julgador, parte ativa e criativa, adotaria por analogia a coisa julgada *secundum eventum probationes* da ação civil pública, visto que condiciona a formação da coisa julgada material a uma instrução probatória suficiente, nos termos do artigo 103 da Lei nº 8.078, de 1990<sup>306</sup> e artigo 16 da Lei nº 7.347, de 1985<sup>307</sup>.

## 5.5 COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONES*

Repise-se que, consoante ponto de vista defendido nesse trabalho, as ações investigatórias<sup>308</sup> somente produzirão a coisa julgada material se houver

---

<sup>306</sup> Esta lei dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

<sup>307</sup> Esta lei disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências.

<sup>308</sup> “Penso que numa ação dessa natureza, e com essas características, todos os problemas de técnica processual devem ficar adstritos ao seu aspecto meramente instrumental e ceder lugar a alguns valores mais altos, reconhecidos pelo direito natural, implícitos no ordenamento jurídico” (BRINA *apud* DA COSTA, 2000, p. 155-161).

exaurimento de todos os meios de prova admitidos em direito, principalmente o exame de correspondência do código genético. Liderada por Welter (1999)<sup>309</sup>, esta corrente, embora bem construída, não menciona a técnica procedimental da cognição exauriente *secundum eventum probationis*, além de possuir algumas contradições em seus termos<sup>310</sup>.

Outrossim, partilha desse pensamento Dinamarco (2001), que propõe uma relativização da coisa julgada, desenvolvendo a figura da coisa julgada inconstitucional (imunização de decisões aberrantes de valores, princípios, garantias e normas constitucionais). Este critério de relativização da coisa julgada:

[...] deve aplicar-se também a todos os casos de ações de investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes antes do advento dos modernos testes imunológicos (HLA, DNA), porque do contrário a coisa julgada estaria privando alguém de ter como pai aquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é [...] (DINAMARCO, 2001, p. 25).

Este posicionamento sofre o inconveniente de exigir que a técnica procedimental deva estar, desde logo, prevista legalmente sendo aceitável de forma plena no ordenamento brasileiro, conforme visto em itens precedentes, mas desde que esteja consagrada em lei. Não se pode alterar a formação da coisa julgada sem que haja alteração legal na construção do procedimento. Ao se garantir a prevalência de um valor, se violariam outros, como a segurança e a certeza, estes que, como visto, também informam o processo jurisdicional. Bem se posiciona Theodoro Jr. (1999, p. 20):

Acontece que este tipo de subtração da sentença à autoridade de coisa julgada, no todo ou em parte, somente pode provir da lei e não da vontade criativa do intérprete ou do juiz. E não há regra alguma, no direito positivo pátrio, que exclua a sentença da ação de investigação de paternidade do regime geral da *res iudicata*.

Também, saliente-se, que a coisa julgada *secundum eventum probationis* não se confunde com a *secundum eventum litis*. O ponto de diferenciação com esse outro sistema de produção de coisa julgada, bem peculiar, consiste em que, neste o

<sup>309</sup> "Será que essa sentença, mesmo transitada em julgado, pode prevalecer? Esta indagação é do Min. José Delgado, referindo-se às sentenças anteriores às modernas técnicas biológicas de constatação da paternidade que houvessem declarado uma paternidade irreal" (*apud* DINAMARCO, 2001, p. 36).

<sup>310</sup> Embora defenda que a sentença lastreada em parca prova não faça coisa julgada, admite o autor como meio hábil de impugnação a ação rescisória, medida que tem por pressuposto, exatamente, a existência de coisa julgada a ser dissolvida. Se não faz coisa julgada, basta que se intente nova ação, fundada em nova prova; despcienda a propositura de ação rescisória.

trânsito em julgado surgirá ou não de acordo com o resultado da demanda. A lei, pelas mais variadas razões, pode entender que tal ou qual resultado (procedência ou improcedência) não autoriza a imunização. É o que acontece, por exemplo, nas demandas que dizem respeito aos direitos individuais homogêneos, quando a coisa julgada será *erga omnes* apenas nos casos de procedência do pedido.

Apesar das nuances e aplicações dessas técnicas para situações bem distintas, é inegável, todavia, uma importante função desse modo de pensar: esses posicionamentos ajudam na busca da necessária relativização da coisa julgada, a qual, realmente, vem gerando inúmeros tormentos.

Há quem julgue que a solução mais aceitável para as ações filiatórias *de lege ferenda*<sup>311</sup> seria: uma simples alteração legislativa, até mesmo acrescentando-se um parágrafo ao CPC ou na Lei de Investigação de Paternidade (Lei nº 8.560/92), dispondo que, em demandas de investigação de paternidade, o exame genético seja obrigatório<sup>312</sup>.

Embora destoe do posicionamento defendido nesse trabalho, outra alternativa possível, para evitar os transtornos da relativização da coisa julgada material, assentada na teoria da coisa julgada *secundum eventum probationis*, nas hipóteses em que o demandado se recusa a se submeter ao exame de DNA, é alterar a jurisprudência do STF, sobre a condução coercitiva do investigado (CAMBI, 2005).

O STF, no HC 71.373-4 RS<sup>313</sup> entendeu, como já foi visto, não ser possível a condução coercitiva do investigado. Percebe-se, pois, que essa decisão deu prevalência à dignidade humana do investigado, que não pode ser conduzido a produzir prova contra si mesmo. Este direito está fundamentado no princípio *nemo tenetur se detegere* e da interpretação extensiva do art. 5º, LXIII, da CF<sup>314</sup>; porém, o reconhecimento do direito ao silêncio do réu não deve impedir que a sua conduta no processo seja interpretada em seu desfavor, extraindo-se dela a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo demandante.

---

<sup>311</sup> Menciona Theodoro Jr. julgado do TJ/GO, ap. 48.900-6/188, rel. Des. Felipe Batista Cordeiro, Ac. 27.04.1999, em que se adotou este posicionamento.

<sup>312</sup> É mais ou menos o quanto previsto no Projeto de Lei nº 116, de 2001, de autoria do Sen. Valmir Amaral, citado anteriormente.

<sup>313</sup> A orientação assentada no HC de 1996 é no sentido de que ninguém pode ser obrigado a submeter-se a exame de DNA, pois tal ato violaria garantias constitucionais explícitas e implícitas, a saber 'preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer' (LOBO, 2006, p. 252).

<sup>314</sup> "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado".

Segundo Cambi (2005, p. 72), “esta presunção que até o advento do novo código civil, era meramente jurisprudencial, agora tem reforço nos arts. 213 e 232 do CC/02”. Tal presunção não fere a garantia do devido processo legal, pois, se é verdadeiro que ninguém pode ser obrigado a declarar fatos contrários a si mesmo, já que o contrário poderia legitimar técnicas desumanas de busca da verdade (como a tortura), não se pode desconhecer que o juiz tem o dever de julgar (art. 126 do CPC), ainda que esteja em dúvida.

Válido o informe acerca da solução um tanto peculiar proposta por Dias (1999, p. 18-21), com conseqüências práticas e fundamentos semelhantes, que defende a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto processual necessário ao eficaz desenvolvimento do feito, quando não houver prova suficiente nas ações investigatórias<sup>315</sup>.

Outros doutrinadores colocam-se em um meio termo, plenamente consentâneo com a legislação processual brasileira, admitindo a formação da coisa julgada material pelo regime comum — produzindo-se a favor ou contra autor e réu, independentemente do material probatório investigado e do resultado da demanda —, mas trazem vários argumentos que autorizariam uma futura rescisão do julgamento, acaso não se tenham esgotado os meios de prova aplicáveis à espécie (MADALENO, 2002).

Diante da possibilidade de descoberta da verdade biológica pelo exame do DNA, acabou a jurisprudência por admitir o retorno do filho a juízo, sempre que o resultado da demanda resultar da ausência de prova da paternidade: ou por não ter sido realizado exame pericial, ou quando o índice de certeza não houver alcançado resultado significativo (DIAS, 2007). A concepção sobre a busca da verdade, relativizada com a constatação de que os fatos são apresentados no processo de acordo com as impressões de cada um dos sujeitos, teve de ser repensada, conquanto, pelo avanço tecnológico, se podem atingir níveis de certeza praticamente absolutos com o exame genético.

Se existe uma prova capaz de atingir a verdade real, ou o mais próximo possível dela, o juiz não pode ficar aquém disso na investigação dos fatos trazidos ao processo, até porque esta demanda, como no caso das ações de investigação de

---

<sup>315</sup> Há quem entenda que a solução mais adequada é a extinção por improcedência, pois a coisa julgada *secundum eventum probationis* pressupõe autorização legal, conforme será demonstrado adiante.

parentalidade, pode versar sobre um direito constitucionalmente tutelado, tido por imprescritível e indisponível, e que compõe a célula *mater* da sociedade, a família (DIAS, 2007).

Em uma ação de investigação de paternidade, na qual há o exame de DNA como prova, cujo índice de segurança é 99,99% (noventa e nove vírgula noventa e nove por cento), chegando-se, assim, quase à verdade real – leia-se, biológica – pode o magistrado julgar fundamentando-se em outras provas, as quais não têm a mesma capacidade e idoneidade para o conhecimento dos fatos submetidos à sua perquirição, como, por exemplo, testemunhas e fotos? Perquire-se, então, a sua rescisão, em sentido amplo, estaria autorizada?

Com a consagração do princípio da paternidade responsável, concretizado no artigo 226, §7º, da CF/1988<sup>316</sup>, que não deve ser visto como uma mera orientação para com a questão do planejamento familiar, como parece se antever após a sua primeira leitura, mas, principalmente, como um dever do Estado e de todos perante o trato da instituição família e da paternidade; o Estado não pode determinar que alguém é ou não pai de outrem sem um grau de certeza quase que absoluto, obtenível pelo exame de DNA (BLIKSTEIN, 2008).

O próprio Estado, no exercício da sua atividade judicante, não pode esquecer-se do princípio posto na Constituição de 1988, para, de modo indolente, atribuir a paternidade a alguém sem absoluta certeza. Embora antes isto se justificasse, em razão da insuficiência de conhecimento sobre genética, hoje mostra-se absolutamente inadmissível.

Não há mais razão para, ainda, serem aceitas sentenças que declarem a paternidade com base somente em semelhança física, testemunhos e cartas, indo muito além. Indicar o pai de forma errônea é transgredir o dever do Estado em assegurar à criança a sua devida dignidade, como determina o artigo 227, *caput*, da Carta Política de 1988<sup>317</sup>.

---

<sup>316</sup> De fato, como já visto, com a Constituição de 1988, extirparam-se discriminações existentes na legislação infraconstitucional (mormente na legislação civil), no concernente aos filhos. Acabaram os filhos "legitimados", "espúrios", "ilegitimados", "adulterinos", "incestuosos", "adotivos", enfim, feneceram as ignominiosas nomenclaturas postas no texto da codificação civil. Para a Constituição, são todos filhos.

<sup>317</sup> "Não se pode conceber, por exemplo, a não-produção da prova pericial, especialmente o exame genético DNA, porque esse exame, segundo proclamam os peritos genéticos e os próprios tribunais pátrios, tem o poder científico de excluir e afirmar a paternidade em 99,9999999%. Além de não ser justo ao investigante e ao próprio investigado, ofende frontalmente a Constituição Federal (artigos 1º, III, e 227) e nega vigência à Lei Federal nº 8.069/90 (ECA, artigo 27) o reconhecimento de uma paternidade com base em indícios (ex., amizade) ou em

Dependendo do caso concreto, poder-se-ia cogitar de outra causa de rescindibilidade: se fosse negada a uma das partes a possibilidade de produzir o exame pericial, haveria aí infração expressa ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, consagradora da regra do contraditório e da ampla defesa<sup>318</sup>. Tais princípios derivam, no sistema constitucional brasileiro, do princípio do devido processo legal (*due process of law*).

Isso por que a natureza do princípio do contraditório é bifronte, porquanto não consiste somente em uma atuação do autor do processo, mas, também, na participação do réu na formação do convencimento do magistrado sobre as alegações feitas na demanda, conforme ensina Nery Jr. (1999, p. 128):

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

Assim, surge o direito à prova, como consectário do contraditório. Uma vez tendo sido requerida a produção de prova fundamental — como o é o exame genético nestas causas — surge o direito subjetivo à prova, a oportunizar eventual rescisão se o julgador o desrespeitar (MARINONI, 2000)<sup>319</sup>.

---

presunções (casamento, união estável, namoro ou negativa em se submeter a exame genético). É manifesto o dever constitucional e legal de serem produzidas todas as provas, documental, testemunhal, pericial e, evidentemente, o exame genético DNA, e o depoimento pessoal. É claro que os custos podem ser elevados, mas é preferível gastar uma vez e, com isso, excluir uma paternidade duvidosa, do que a ser reconhecida por presunção, como, por exemplo, em vista da recusa de se submeter ao exame, ou, ainda, quando é provada a simples amizade entre a mãe do investigador e o investigado" (WELTER, 1999, p. 57).

<sup>318</sup> "Somente a situação concreta, o caso individual analisado poderá indicar ao intérprete e ao aplicador do direito se se abre, naquela situação específica, a porta para a busca da verdade biológica ou não. Não é uma solução fácil. Mas seria o caminho para limitar tal pretensão na defesa dos direitos do ser humano. [...] A ação de investigação de paternidade renovada, mesmo com uma demanda julgada contendo decisão transitada em julgado, justifica-se tão somente por este vetor. [...] o núcleo da questão pode ser resumido na possibilidade de se promover nova ação de investigação de paternidade, a par de outra anteriormente ajuizada e já definitivamente julgada improcedente. A evolução da perícia médica com a disseminação do exame de DNA, meio que juridicamente confirma a paternidade de uma pessoa, vem sendo admitida como motivo suficiente a levar a jurisprudência das cortes brasileiras a admitir a renovação da ação de investigação de paternidade. A decisão anterior não adquire o *status* de imutável pela coisa julgada material, quer por ser ação de estado, quer por ser a causa de pedir diversa, quer por não ter sido conclusiva a prova na primeira ação, enfim, por vários motivos afirma-se que a pessoa demandante tem o direito a renovar o pedido para obter uma resposta concreta e cabal se o demandado é ou não seu pai; é a busca da verdade biológica. E o fundamento da verdade biológica é conclusivo para solucionar a questão; há que se pensar na injustiça da negativa a quem não teve analisado o mérito da investigação de paternidade, com a profundidade do exame pericial genético. Por isso, a segurança da coisa julgada não deve prevalecer em face da necessidade da verdade biológica" (GODOY, 2003, p. 77).

<sup>319</sup> As probabilidades de rescindibilidade, até agora tratadas, baseadas no texto constitucional trazem consigo a condescendência interpretativa que tem prevalecido ultimamente na interpretação do inciso V do art. 485, CPC, quando diante de texto constitucional. Assim, mantém-se firme a orientação lançada na Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, donde se conclui, reiteradamente: "o pedido rescisório não é *mio idôneo* para nova abordagem interpretativa de prescrições legais, a cujo respeito a jurisprudência não seja unívoca" (*apud* NICOLAU JR., 2006, p. 261).

Outro fundamento, extensivamente falando, de rescindibilidade das decisões que não espelhem a verdade genética, é a da transgressão ao artigo 27 do ECA, em caso de julgado proferido sem o exame de DNA (WELTER, 1999). Este dispositivo é norma de ordem pública, cujo conteúdo impõe uma série de características ao direito ao reconhecimento do estado filiação. Conforme disposto na lei<sup>320</sup>, extraem-se os seguintes atributos do direito de filiação:

Ora, a perfilhação é direito natural e constitucional de personalidade, sendo esse direito indisponível, inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano, ou, no do dizer de CARLOS ALBERTO BITTAR, os direitos de personalidade são dotados de constituição especial, para uma proteção eficaz da pessoa, em função de possuir, como objeto, os bens mais elevados do homem. Assim, o ordenamento jurídico não pode consentir que o homem deles se despoje, conferindo-lhes caráter de essencialidade: são, pois, direitos intransmissíveis e indispensáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, sob raros e explícitos temperamentos, ditados por interesses públicos. Em vista desses predicados, não se pode aceitar que a personalidade de alguém seja reconhecida apenas com base em verdade formal, denominada ficção jurídica, mas, sim, deve ser buscada, incansavelmente, a verdade material, ou seja, a verdadeira filiação biológica, aliás, exigência fincada na Constituição Federal de 1988 (artigo 227) e Estatuto da Criança e Adolescente (artigo 27) (WELTER, 1999, p. 42).

O argumento mais forte a favor da rescisão do julgado, nestas hipóteses, talvez seja o da violação ao art. 130 do CPC. A cada dia enfraquece-se a noção dispositiva do processo civil; o juiz não se configura mais como um simples espectador do embate, não fica mais sentado à mesa, observando a disputa entre as partes. Agora ele assume uma postura mais ativa, dirigindo o processo de modo a tornar efetivo o acesso à justiça. Em relação a esta mudança de perspectiva, Theodoro Jr. (1999, p. 6) se posiciona da seguinte maneira:

Quero começar esta exposição confessando que irei proceder à revisão de uma posição doutrinária que espousei e venho defendendo desde a primeira edição de meu manual de direito processual civil, fato ocorrido há mais de vinte anos. Trata-se do problema relativo ao caráter dispositivo do processo civil brasileiro em cotejo com os poderes de iniciativa do juiz na condução do processo e, particularmente, na instrução probatória.

<sup>320</sup> Art. 27, ECA: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça."

Percebe-se, nas palavras do referido autor, a aspiração da moderna doutrina processual, que confere ao Juiz, com base no art. 130 CPC, amplos poderes instrutórios, independente da natureza do litígio, máxime se versar sobre direitos indisponíveis. É como afirma Bedaque (1994, p. 110):

As partes podem perfeitamente manter o pleno domínio sobre os interesses em litígio; mas jamais sobre o desenvolvimento técnico e formal do processo. A maneira como a jurisdição realiza seu mister não pertence à esfera de disponibilidade das partes, pois o processo não pode ser visto apenas como um instrumento de composição de conflitos, de pacificação, mas meio pelo qual se busca a justiça substancial.

A conclusão a que chega a doutrina processual moderna é a seguinte: busque-se a verdade mais próxima o possível da real<sup>321</sup> e, para tanto, conferem-se ao magistrado amplos poderes instrutórios. Em se tratando de direito indisponível, então, o destemor na produção da prova mais se justifica; em sendo direito indisponível de fundo constitucional, tanto melhor; havendo a possibilidade de alcance da certeza, dela não se poderá abrir mão<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> Sucede que a verdade real é algo, do ponto de vista lógico-temporal, inatingível; não deixa de ter um caráter mitológico. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é idéia antitética. Não é possível a verdade sobre o que ocorreu; ou algo aconteceu, ou não. O fato não é verdadeiro ou falso; ele existiu ou não. O algo pretérito está no campo ontológico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: ou são verdades, ou são mentiras — conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles. Daí porque não se pode dizer se tal fato é/foi verdadeiro, ou não, porque ele apenas existe/existiu, ou não existe/existiu; pode imprecisar-se, isso sim, que a alegação ou proposição sobre tal fato seja verdade ou mentira, em razão das alegações serem suscetíveis de apreciação valorativa. Para o processo, parafraseando João Ubaldo Ribeiro, o negócio é o seguinte: não existem fatos, só existem histórias; só existem alegações (A frase correta, posta como epígrafe de *Viva o Povo Brasileiro*: "*O segredo da Verdade é o seguinte: não existem fatos, só existem histórias.*"). Desta arte, a prova não tem o condão de reconstituir em evento pretérito; não se pode voltar no tempo. Assim é que a verdade real é meta um tanto quanto inatingível, até porque, além da justiça, há outros valores que presidem o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar (OLIVEIRA, 1996, p. 145-148). Calcar-se a teoria processual sobre a idéia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, é mera utopia (ARENHART, 1996, p. 688). O mais correto, mesmo, é entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível do real, própria da condição humana (OLIVEIRA, 1996, p. 148). Esta, sim, é capaz de ser alcançada no processo, porquanto há verdadeiro exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem, mediante a argumentação, a veracidade de suas alegações. "O juiz não é — mais do que qualquer outro — capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas" (ARENHART, 1996, p. 688- 689). A verdade buscada no processo é, assim, a verdade mais próxima possível da real. Em se tratando de paternidade, entretanto, consegue o ser humano realizar um de seus maiores desejos: voltar ao passado. De fato, 99,99999% de probabilidade de verdade é, para fins da inteligência humana, certeza absoluta.

<sup>322</sup> O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o magistrado deve determinar a produção do meio de prova quando ele for necessário ao deslinde do feito: "As regras contidas nos arts. 130 e 437, do CPC, não conferem ao juiz poderes meramente discricionários. A determinação de novas diligências pode apresentar-se como impositiva conforme as circunstâncias da causa" (STJ, 3ª T., REsp. 85.883/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Ac. 16.04.1998); "Processual civil — perícia imprescindível — determinação *ex officio*!. Sendo a prova pericial imprescindível, cabe ao juiz, de ofício, determinar a sua realização, e não, julgar o pedido improcedente por ausência de prova técnica. Recurso improvido" (REsp 186854/PE, STJ, 1ª Turma, Ministro Relator Garcia Vieira, DJ 05/04/1999, p. 86); "Direito Civil — Ação Negatória de Paternidade — Presunção Legal (CC, art. 204) — Prova — Possibilidade — Direito de Família — Evolução — Hermenêutica — Recurso Conhecido e provido. I - Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da



Igualmente, para o caso de o julgado basear-se apenas em prova testemunhal, poderia haver a rescisão com base na violação do art. 400, II, do CPC. Considerando que, para a imposição do vínculo de filiação seria necessário provar a existência de uma relação sexual e, além disso, de fenômenos biológicos internos, cuja percepção humana não se dá sem aparelhos técnicos próprios, questiona-se se testemunhas e fotos seriam meios de prova idôneos.

Nas ações de investigação de paternidade, hoje, a produção da prova testemunhal não há de ser indeferida (artigo 400, II, do CPC), embora saiba-se que essa modalidade de prova não tem o condão, por absoluta impossibilidade física, de comprovar a paternidade, fato que somente pode ser constatado com a prova técnica, porquanto só o exame do DNA pode comprovar a existência do vínculo de filiação. A prova testemunhal, aqui, só poderia ser aceita, como indiciária, à falta de outros elementos.

Embora este trabalho de pesquisa não comungue da idéia de que a melhor solução para as ações de investigação de paternidade, já finalizadas, nas quais não se tenha produzido o exame de DNA, seja a ação rescisória, trata-se de uma excelente teoria, como se verá a seguir. Eis, assim, de forma sucinta, o elenco dos argumentos possivelmente utilizáveis para a rescisão de um julgado, em ação investigatória, que não se tenha baseado em prova genética; trata-se de construção que, antes de tudo, visa a salvaguardar o direito à filiação, indisponível em essência, e que merece, portanto, a lembrança, em qualquer painel que verse sobre a coisa julgada e estes direitos.

Entretanto impõe-se uma imediata reforma legislativa por conta da necessária adaptação do processo ao direito material (e também à realidade), de modo a que se consagre a técnica da coisa julgada *secundum eventum probationis* para as demandas de paternidade. As peculiaridades deste direito (indisponível e constitucionalmente protegido) conspiram, também, a favor da diferenciação da tutela.

---

verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II - Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível a boa realização da justiça. III - O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana" (REsp. 4987/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 28/10/1991, p. 15259).

Cambi (2003, p. 65) afirma que a coisa julgada material nas demandas de investigação de paternidade, assim, deve ser *secundum eventum probationis*, isto é, o mérito só deve ser definitivamente resolvido quando a prova for suficiente para concluir pela existência ou inexistência do estado de filiação. Da mesma forma, pensam Farias e Rosenvald (2008, p. 575): “É mister afirmar, então, que a coisa julgada na ação investigatória se dará sob a técnica *secundum eventum probationis* [...] se forma a depender do resultado da produção probatória, identicamente ao que se tem nas ações coletivas.”

A propósito, a presunção de paternidade, pela recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA, somente é *juris tantum*<sup>323</sup> (admite prova contrária) (SIMAS FILHO, 2006), com fundamento na coisa julgada *secundum eventum probationis*, em processo futuro, uma vez que, não se reconhecendo o tratamento diferenciado da coisa julgada material na ação de investigação de paternidade, nenhuma outra demanda sobraria, na medida em que a ação rescisória, nas estritas hipóteses previstas no art. 485 do CPC, não permitiria, em tese, este alcance.

De todo o exposto, este trabalho acolhe a tese de que, consideradas as peculiaridades das ações filiatórias, a coisa julgada nelas se opera pela técnica *secundum eventum probationis*, isto é, a coisa julgada se concretizará materialmente a depender do resultado do conjunto probatório, e, principalmente, se houver sido produzido o exame de DNA.

Dinamarco (*apud* FARIAS, 2007, p.218), ao propor a relativização da coisa julgada, afirma ser importantíssima a teoria visando à imunização de decisões aberrantes de valores, princípios, garantias e normas constitucionais, até porque “do contrário a coisa julgada estaria privando alguém de ter como pai aquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é...”.

Não há justificativas aceitáveis para a rejeição da técnica pelo ordenamento brasileiro por falta de previsão legal, embora o ideal é que, no futuro, haja disciplinamento em lei, com destaque para as ações filiatórias. A aplicação da técnica que melhor regula a coisa julgada nessa espécie de ação pode se dar de imediato, pois a sociedade não pode e não tem que esperar pela atividade legislativa para que possa ver respeitados seus direitos fundamentais, restando ao processo

---

<sup>323</sup> Presunção relativa.

civil adequar-se às necessidades da vida humana, interpretando as regras gerais sobre a coisa julgada com razoabilidade nas ações investigatórias.

Inclusive, não se faz necessário justificar o manejo de qualquer ação rescisória, com vistas ao rejuízo da ação investigatória, eis que, de acordo com essa teoria, a decisão judicial que não exaurir os meios de prova não transita em julgado, afastando-se do manto sagrado da coisa julgada.

Não é admissível invocar barreiras e formalismos processuais de modo a negar o direito do filho em investigar a paternidade do seu pai, tanto que, como bem lembra Farias e Rosenvald (2008, p. 219), a jurisprudência deste país registra importante passagem:

Mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte de modo a mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade (STJ, Ac. 3<sup>ª</sup> T., j. 3.4.90, rel. Min. Waldemar Zveiter, in RSTJ 40:236).

Assim, tomando partido da técnica da coisa julgada *secundum eventum probationis*, resta apurar por que a ação rescisória não foi a teoria adotada neste trabalho, a despeito de ser uma ótima solução para tentar resolver a questão referente à não realização do exame genético para a identificação da filiação biológica.

## 5.6 UMA NOVA AÇÃO DISTINTA OU AÇÃO RESCISÓRIA?

Observe-se que a sentença maculada por vícios pertinentes ao âmbito da validade pode ser atacada por dois remédios processuais distintos: recursos e ação rescisória. Quando a "sentença é nula, por uma das razões qualificadas em Lei, concede-se ao interessado ação para pleitear a declaração de nulidade" (BATISTA MARTINS, 1957, p. 78). Trata-se da ação rescisória, que não se confunde com o recurso, justamente por atacar uma decisão já sob o efeito da coisa julgada. Instaura-se, pela ação rescisória, outra relação jurídica processual (PONTES DE MIRANDA, 1957, p. 527). Entende-se que a ação rescisória não é juízo de reexame ou retratação, como se passa com os recursos.

Confira-se a definição de Madaleno (2002, p. 290) de rescisória:

É a ação para pedir a decretação de nulidade ou ilegalidade da sentença proferida, que já tenha passado em julgado, mas sobre a qual é formulada pretensão de novo julgamento, num tempo que se dissipa em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Portanto, é de fato um remédio dado pela lei para desfazer a coisa julgada, uma vez que em jogo o valor liberdade e o reexame da ação condenatória não se sujeita a prazos preclusivos da defesa.

“Não obstante, salvo o caso de sentença inexistente, a sentença rescindível, mesmo nula, produz os efeitos da coisa julgada e apresenta-se exeqüível enquanto não revogada pelo remédio próprio da ação rescisória” (THEODORO JR., 2001, p. 573). Enquanto não rescindido, o julgado prevalece. Por esse motivo, entende Barbosa Moreira (2003, p. 98) que a sentença rescindível não é nula, mas sim anulável, eis que "uma invalidade que só opera depois de judicialmente decretada classificar-se-á, com melhor técnica, como 'anulabilidade. Rescindir, como anular, é desconstituir".

Além dos pressupostos comuns a qualquer ação, a admissibilidade da rescisória pressupõe uma sentença de mérito e a ocorrência de um dos requisitos previstos taxativamente no Código de Processo Civil (art. 485 do CPC). A ação rescisória só é viável nos casos de sentença de mérito (art. 269 do CPC), entendendo-se essa como qualquer ato com conteúdo decisório de mérito, ainda que sob a forma de decisão interlocutória (THEODORO JR., 2001).

Exige-se, ainda, que a decisão haja transitado em julgado, sem, contudo, se reclamar que se tenham esgotado todos os recursos interponíveis, conforme entendimento consolidado na Súmula 514 do Supremo Tribunal Federal: "admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotados todos os recursos". De outro modo, pode ocorrer "a necessidade de se recorrer à ação rescisória, quando a decisão, mesmo não sendo de mérito, tornou preclusa a questão de mérito decidida no julgamento precedente" (THEODORO JR., 2001, p. 575).

Destaca Barbosa Moreira (2003, p. 100) que "não importa a forma, mas a essência da decisão". Isso significa que, se o conteúdo decisório é de mérito, a

decisão desafia a rescisória, mesmo que formalmente tenha ocorrido erro de qualificação da decisão:

Para a aferição da rescindibilidade é irrelevante o eventual erro de qualificação cometido pelo órgão que decidiu. O que se tem de levar em conta é a verdadeira natureza da decisão. Assim, v.g., nada importa que o juiz haja dito julgar o autor 'carecedor de ação', quando na realidade estava a declarar improcedente o pedido. Corretamente interpretada a sentença, evidencia-se o cabimento da ação rescisória (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 100).

Ressalte-se que, como ensina Marcato (2004, p. 1.474), "o rol do art. 485 é taxativo. Não comporta interpretação ampliativa ou analógica. Esse entendimento, tranqüilo em doutrina e jurisprudência, afina-se à proteção constitucional da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI)". Além disso:

O art. 485 do CPC cuida das hipóteses de cabimento da ação rescisória. São os pressupostos específicos do cabimento desta ação que podem, consoante a circunstância, ser cumulados numa mesma ação (CPC, art. 292), isto é: nada impede que seja ajuizada uma ação rescisória pretendendo rescindir decisão transitada em julgado porque proferida por juiz absolutamente incompetente (CPC, art. 485, II) e porque violou expresso dispositivo de lei (CPC, art. 485, V). Não aceito um dos fundamentos do ajuizamento da ação rescisória passa-se à análise do outro e assim sucessivamente. Também não existe qualquer óbice na propositura sucessiva de ações rescisórias. Basta que causa de pedir diversa fundamente a nova ação e que o prazo decadencial de dois anos do art. 495 do CPC seja observado (MARCATO, 2004, p. 1.474).

Ajuizada com base em tais hipóteses, a rescisória será julgada em três etapas: primeiro, examina-se a admissibilidade da ação (*questão preliminar*); depois, aprecia-se o mérito da causa, rescindindo ou não a sentença impugnada (*judicium rescindens*); e, finalmente, realiza-se novo julgamento da matéria que fora objeto da sentença rescindida (*judicium rescisorium*). Eventualmente, conforme será melhor esclarecido adiante, não se passará ao juízo rescisório, bastando que se faça o juízo rescindente.

Quanto ao cabimento, há várias hipóteses em que a sentença será rescindível, interessando, particularmente, no âmbito das ações filiatórias, o disposto no art. 485, incisos V, VI e VII do CPC. Sugerem-se, então, como hipóteses de rescindibilidade dessas decisões, o caso de violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V), por prova falsa (CPC, art. 485, VI) e por força de documento novo (CPC, art. 485, VII) (NICOLAU JR., 2006).

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V – violar literal disposição de lei; VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

Deve-se ressaltar que a lei, nessas hipóteses, deve ser interpretada com alguma indulgência e boa vontade. O ordenamento jurídico brasileiro não estava preparado para essas inovações, ficando a cargo dos operadores do direito a busca de uma solução aceitável para o problema, conforme as técnicas de integração consagradas<sup>324</sup> (THEODORO JR., 1999).

Os argumentos relacionados se justificam, entretanto, pelos fins a que este trabalho se destina, destacam-se, primeiramente, os argumentos em prol da rescisão por violação a literal disposição de lei:

“A ofensa à literal disposição de lei deve traduzir frontal contrariedade ao dispositivo”<sup>325</sup> (*apud* NICOLAU JR., 2006, p. 261). “Tem-se entendido que o termo ‘lei’ compreende inclusive a Constituição” (LEITE, 2006, p. 175). Cogita-se de violações aos seus artigos 226, *caput* e §7º, e 227, *caput* e 5º, LV da CF/88, 27 do ECA e 130 e 400, II, do CPC, como já visto no subitem anterior. Com o advento da Carta Magna, a percepção sobre o direito de família e, sobretudo, a própria família, mudou.

As idéias anteriores não foram recepcionadas com a elevação da entidade familiar à categoria de feixe de direitos e obrigações protegido constitucionalmente, merecendo especial atenção do Estado. Com a proteção constitucional, um dos vínculos presentes em quase toda entidade familiar foi assegurado de modo especial: a filiação.

<sup>324</sup> Merece transcrição literal as considerações do Prof. Humberto Theodoro Jr., em tudo conforme o nosso posicionamento: "Podem, à primeira vista, aparentarem novidades pouco ortodoxas tanto a tentativa de rescindir a sentença de paternidade por violação ao art. 130, do CPC, como por uso de prova falsa. O certo, porém, e que a estrutura legal da rescisória foi construída em época na qual não existia a proteção constitucional ampla e irrestrita ao direito à paternidade biológica que hoje vigora. Impõe-se, então, ao juiz de nossos tempos adequar os instrumentos processuais antigos e, às vezes, anacrônicos, às necessidades do direito material de hoje, já que, reconhecidamente, o direito processual não é um fim em si mesmo e só se justifica como instrumento de acesso e garantia da realização plena dos direitos que emergem da ordem jurídica material. [...] A coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão" (1999, p. 22-23).

<sup>325</sup> STF – Pleno – AR 1.066-3-MG – Rel. Min. Francisco Rezek – RTJ 120/969.

Quanto ao argumento da rescisão por prova falsa, ensina Theodoro Jr. (1999, p. 22):

De minha parte, penso que, conforme as circunstâncias da ação primitiva, o posterior exame do DNA pode servir de meio para demonstrar que a sentença da ação de paternidade se lastreou em falsa prova. De fato, se os elementos de convicção do processo autorizavam a conclusão a que chegou o sentenciante, e se prova técnica posterior evidenciou, com certeza plena, que a verdade dos fatos era em sentido oposto, não é difícil afirmar o defeito do substrato probatório do julgamento rescindendo.

À evidência, levando-se em conta que a sentença nessas ações é, na sistemática atual, pelo menos formalmente, coberta pelo manto da coisa julgada, resta verificar a possibilidade de ação rescisória fundada em documento novo<sup>326</sup>, com vistas a desconstituí-la, uma vez que não são poucas as sentenças proferidas em investigação de paternidade, quando ainda não se tinha acesso ao exame de DNA. Indaga-se, então, se o exame obtido posteriormente poderia ser encartado no conceito de documento novo, admitindo-se a ação rescisória com supedâneo no art. 485, VII do CPC.

O cabimento da ação rescisória depende da obtenção de documento novo<sup>327</sup>, após o momento processual próprio para a produção da prova documental, sendo preciso, ainda, que o autor da rescisória ignorasse o documento ou a ele não tivesse acesso, sendo igualmente necessário e suficiente para, sozinho, modificar o resultado da decisão rescindenda.

A primeira dificuldade que se tem para que o DNA<sup>328</sup> sirva para instruir ação rescisória fundada em documento novo, quando obtido após o trânsito em julgado ou depois do momento processual para sua juntada nos autos do processo

---

<sup>326</sup> Para quem defende o ajuizamento de ação rescisória, deve se respaldada em documento novo cuja existência era desconhecida, pois, apenas, com a efetiva descoberta do documento é que a parte atende o pressuposto necessário para o exercício do direito. Além disso, a partir de uma interpretação sistemática, sem o referido documento, não haveria sequer interesse de agir para a parte, pois ela não disporia de novos elementos para a desconstituição da sentença (LEITE, 2006, p. 188).

<sup>327</sup> “Processual civil. Rescisória. Investigação de paternidade. “O exame de DNA obtido após a improcedência da investigatória de paternidade é documento novo para o fim de ensejar ação rescisória, Recurso conhecido e provido” (REsp 189.306 / Barros Monteiro, rel. p/o acórdão Min. Asfor Rocha). Por isso, o laudo de exame de DNA, mesmo posterior ao trânsito em julgado, configura “documento novo” a ensejar rescisão de investigação de paternidade (CPC, art. 485, VII). Nada obstante tenha sido recusado e resistido pelo investigado na ação de paternidade (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2005, p. 224-226).

<sup>328</sup> “O laudo de exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se “documento novo” para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame releva prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2005, p. 224-226).

originário, é o de enquadrar o conceito de prova documental, pois “o termo documento contido no dispositivo legal deve compreender qualquer prova real, porquanto a razão da regra foi, certamente, excluir a prova testemunhal” (COSTA, 1982, p. 256).

Não é o documento que servirá de fundamento para a rescisão da sentença, mas o fato declarado, atestado ou reproduzido no documento. Para os juízos rescindente e rescisório, o documento, de *per sí*, mais do que servir para a admissão da rescisória, deve ser apto a demonstrar que o fato nele reproduzido é capaz de assegurar o pronunciamento favorável ao autor.

Semelhante raciocínio pode ser realizado para o exame pericial novo, porquanto esse também significa a representação de uma constatação técnica, que servirá de base à realização de um novo julgamento, conforme o caso (WAMBIER; MEDINA, 2003). O STJ vem aceitando ação rescisória, entendendo que o exame de DNA enquadra-se no conceito de documento novo<sup>329</sup>.

Se, durante o trâmite do processo originário, a parte, por desídia ou culpa, não apresentou o exame de DNA, não poderá valer-se, posteriormente, da rescisória, porquanto não se configurará a presença de ‘documento novo’ apto a permitir a propositura de tal ação autônoma de impugnação.

Para se admitir a rescisória é necessário, a princípio, que o documento já existisse ao tempo em que a sentença foi proferida. Não pode ser documento criado após a sentença<sup>330</sup>, segundo alguns autores, sendo que tal documento terá de ser de relevante significação diante da sentença. Nessa ordem de idéias, observa Barbosa Moreira (2003, p. 122):

Por ‘documento novo’ não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo ‘novo’ expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já existisse ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento ‘cuja existência’ a parte ignorava é, obviamente, documento que existia; documento de que ela ‘não pôde fazer uso’ é, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portanto existia.

<sup>329</sup> Ac unânime da 2ª Seção do STJ, REsp 300.084-GO (Segredo de Justiça), rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.04.04, DJ 06.09.2004, p. 161).

<sup>330</sup> Considera-se “documento novo” aquele que já existia na época do julgamento da lide mas não instruiu o processo em função de impedimentos alheios à vontade do autor. Não é documento novo aquele que deixou de ser produzido na ação principal, por desídia ou negligência da parte em obtê-lo.



Portanto, em regra, repise-se, para se admitir a rescisória, é necessário que o documento já existisse ao tempo em que se proferiu a sentença. Contudo, há decisões entendendo que o DNA realizado após o trânsito em julgado da sentença é documento novo, apto a produzir a rescindibilidade.

Este trabalho se harmoniza com essa moderna orientação. Segundo o entendimento aqui defendido, o exame de DNA apura prova preexistente, mas desconhecida até então. A prova segura do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção, contudo, só se tornou possível quando a evolução da ciência concebeu o exame intracitológico (RASKIN, 2006)<sup>331</sup>.

Ao ser ajuizada a ação de investigação de paternidade tomam-se como base elementos fáticos que poderiam culminar na comprovação da filiação<sup>332</sup>. A admissão da rescisória parte do pressuposto de que há coisa julgada material nas ações de estado, inclusive nas ações de investigação de paternidade, sujeitando-se, quanto à possibilidade de rescisão, ao regime estabelecido nas normas processuais aplicáveis ao caso (WAMBIER; MEDINA, 2003).

Na verdade, somente a existência do documento deve ser causa suficiente para assegurar ao autor da rescisória um pronunciamento diverso daquele contido na sentença impugnada. Vale ressaltar que é apenas o documento que autoriza a rescisória nesta hipótese legal e não qualquer outro meio de prova. Relembra Carnelutti (*apud* YARSHELL, 2005, p. 331) que documento "é uma coisa que tem em si a virtude de fazer conhecer, por seu conteúdo representativo".

Saliente-se, ainda, que apenas o documento (a prova) é que deve ser novo, não os fatos a serem provados. "Não se pode, a pretexto de um documento novo, inovar a causa de pedir na qual se baseou a sentença" (THEODORO JR., 2001, p. 581). A produção do documento novo<sup>333</sup> deve ser suficiente para mostrar que, diante

---

<sup>331</sup> Sobre toda a discussão a respeito do tema, conferir WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa Julgada na investigação de paternidade*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

<sup>332</sup> Cite-se decisão do TJRO "o laudo pericial de DNA que se obtém somente após a sentença, e cuja disponibilidade o investigado não teve durante o processo de investigação de paternidade, quer em razão da dificuldade de acesso às pessoas de baixo poder aquisitivo, que por outro motivo relevante, constitui documento novo na acepção do termo e, como tal, é pressuposto da ação rescisória. Comprovada a ausência de vínculo hereditário, pelo DNA, entre investigante e investigado, torna-se inviável a pretensão investigatória" (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2006c, p. 397-399).

<sup>333</sup> No entanto, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, com base em Theodoro Jr. (1999, p. 22), chegou a admitir a possibilidade de rescisória por força de documento novo (o exame de DNA). Baseou-se na dificuldade de acesso e de compreensão da prova genética pela parte ao tempo da instrução da investigatória. O autor mineiro afirma que "não há como tratar um exame pericial posterior à coisa julgada como documento novo". TJ/ES, Ação rescisória 930016447, Ac. 01.02.1995; ob. cit., p. 21. *Aliter*: "Investigação de paternidade. Coisa julgada. — Mera indicação de novo meio de prova não justifica ajuizamento de nova ação investigatória quando

do quadro probatório já formado no processo originário, o êxito seria do autor da rescisória. Em outras palavras, a suficiência do documento novo deve ser aferida a partir das provas já constantes dos autos originários.

Entende-se, de um modo geral, que a procedência da rescisória com fundamento no documento novo permite que se passe do juízo rescindente ao juízo rescisório, com a valoração da eficácia do documento novo e de eventuais outros elementos que lhe tivessem sido contrapostos, proferindo-se novo julgamento.

Embora haja quem assegure a admissão de ação rescisória tanto quando houver a prolação de julgamento com improcedência<sup>334</sup> quanto ao mérito, como apenas nas hipóteses taxativas previstas do artigo 485 do Código de Processo Civil, em especial quanto aos incisos V, VI e VII, há quem defenda justamente o contrário, isto é, a impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória nesse caso, uma vez que, se assim não fosse, o direito brasileiro já apresentaria solução para o caso. Isso por conta do que diz o *caput* do art. 485 do Código de Processo Civil e pelas próprias hipóteses apresentadas que autorizam sua propositura.

É, como dito, uma ação, e não um recurso. Conforme esclarece Pontes de Miranda (1957, p. 633):

[...] nunca é demais exprobar-se que advogados, juízes e – até – professores da matéria chamem de recurso ao *habeas corpus*, à ação rescisória, à revisão criminal e ao mandado de segurança. São ações indubitavelmente.

Segundo o mesmo autor, rescindibilidade não se confunde com sua não-existência, não-eficácia ou invalidade ou anulabilidade. "A parecença maior é com a revogação ou com a retratação" (PONTES DE MIRANDA, 1957, p. 455). Todavia, conclui que revogação e retratação pressupõem que o ato tenha sido emanado da mesma pessoa.

---

outra já foi julgada improcedente. A existência de exames sofisticados não podem agasalhar a negação dos postulados dogmáticos do direito, entre os quais a coisa julgada, que foi concebida para assegurar a segurança jurídica e o estabelecimento de uma situação de tranquilidade social. Recurso desprovido" (TJRS, AC 598.192.318, 7<sup>a</sup> C. Cível, Rel. Sérgio Fernandes, 19.08.1998).

<sup>334</sup> "Ademais, já assentou a jurisprudência desta Corte que o laudo de exame de DNA, mesmo quando obtido após a improcedência da ação de investigação de paternidade, é documento idôneo para ensejar ação rescisória. (confira-se: REsp 189306-MG, Min. Barros Monteiro, rel. p/ o acórdão Min. César Asfor Rocha, DJ 14.10.2002, p. 231). Seguindo-se tal entendimento, cabível a sua consideração mesmo após interposto o recurso especial e encerrada a fase probatória" (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2005b, p. 209-210).

Ressalta-se que, como aponta Barbosa Moreira (1998, p. 106), “sentença rescindível não quer dizer nula, nem inexistente. Deve, ao revés, tratar-se de sentença que, não interposta ação rescisória, o defeito deverá convallescer”. Porém, no caso de *nulidade* da sentença, esta pode ser declarada a qualquer tempo, vez que nulidade não se pode sanar.

O fato de poder haver uma conclusão precipitada de que as sentenças que podem ser objeto de ação rescisória não fazem coisa julgada é outro aspecto que, por vezes, gera confusão. Contudo, trata-se de pressuposto para o ajuizamento da ação. Deve, inclusive, haver sido operada a coisa julgada material (BARBOSA MOREIRA, 1998).

Todavia, como já foi visto, o pretense autor de ação rescisória dispõe de um prazo de dois anos para sua interposição. Poderia, em alguns casos de ação de investigação de paternidade, restar configurada uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 485, do CPC, mas não se pode deixar de cogitar a possibilidade de isto não suceder, uma vez que, se houvesse ocorrido, já existiria remédio jurídico disponível ao desfazimento da decisão. Ou mesmo, verificando-se qualquer das hipóteses, se já houver transcorrido o prazo previsto no art. 495, do CPC. Neste caso, sim, haveria de pairar uma dúvida acerca da solução jurídica a se lançar mão.

De acordo com aqueles que têm opinião contrária à admissão da ação rescisória nesses casos, como é o caso de Minervino (2001, p. 308)<sup>335</sup>, “a prova pericial produzida após o julgado de primeiro grau, tanto aquela requerida pelo investigando quanto pelo investigado, da qual resultou a negativa de paternidade<sup>336</sup>, não pode ser, no âmbito da ação principal, considerada documento novo”, inc. VII, “eis que de tal prova poderia o investigado ter feito uso”; literalmente diz o inciso, ou de que “não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

Assim, não seria sem razão o que enuncia a Súmula 301 do STJ. Vale dizer que, determinada a realização do exame de DNA, surge presunção relativa de

---

<sup>335</sup> AC. 601/97 – 1ª Câmara Cível. Des. Edmundo Minervino (relator), j. 08.11.00. In: REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, 2001, p. 305-320.

<sup>336</sup> “Negatória de paternidade. Ação de estado. Imprescritibilidade. Decadência afastada. Apelação provida para prosseguimento da ação. Voto vencido. – É inequívoco e indiscutido que uma das características do estado das pessoas é a sua imprescritibilidade. Tão pacífico e tranqüilo que não há mister documentá-lo. Se o estado é imprescritível, imprescritível obviamente será o direito de ação visando declará-lo” (RT, 682/83), p. 29-30. (TJMG, AC. 121.374/3 – Comarca de Andradás. Des. Orlando Carvalho, j. 02.06.99). In: JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, 1999, p. 28-31.

veracidade da afirmação do autor da ação de investigação de paternidade: o réu é seu pai. Tal presunção deve, contudo, ser confirmada pelos demais elementos probatórios contidos nos autos.

Julgado, nesse caso, procedente o pedido do autor, não se revela cabível a rescisória com base no art. 485, VII do CPC, se, posteriormente, o réu da ação originária (autor da rescisória) vem a obter o exame de DNA. É que a ação rescisória não se destinaria a simples reexame de provas, não sendo possível à parte valer-se, na rescisória, de prova que dispunha e deixou, deliberadamente, de apresentar no momento processual próprio.

Mas há quem defenda que a ação rescisória seria cabível em casos de ação de investigação de paternidade, quando a prova do DNA sugere que uma sentença seja afastada<sup>337</sup> para permitir que apreciadas as demais possibilidades circunstanciais do processo, outra seja prolatada com apoio no mérito e no direito, em homenagem à verdade real, biológica, pois que se é possível demonstrar ou excluir a existência de vínculo de filiação, não se deve prestigiar a mentira, mas preservar a dignidade da pessoa humana.

Privilegiando o justo, Couture (1993, p. 214)<sup>338</sup> sugeriu que “diante do caso concreto o juiz deve, primeiro, intuir o justo para, então, buscar o direito positivo aplicável a ele”<sup>339</sup>. E que, “encontrando, deve aplicá-lo, mas que, não o encontrando, deve realizar o justo, não por desrespeito à lei, à formalidade ordinária, mas por respeito à ordem sócio-jurídica, naturalmente regrada pelos princípios fundamentais” – éticos do direito, e também por respeito a um direito fundamental<sup>340</sup>, indisponível,

<sup>337</sup> Ementa da Redação: “Havendo erro substancial em acordo de reconhecimento de paternidade homologado em juízo, porque realizado posteriormente exame de DNA excluindo por respeito, deve a decisão homologatória ser anulada, afastando-se a afronta à coisa julgada, visto que se trata de ato jurídico de cognição sumária, pois não examina o mérito da causa, prevalecendo, assim, o disposto nos arts. 486 do CPC e 147, II, e 348 do CC” (p. 213) (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2002, p. 213-215).

<sup>338</sup> Ap. 226.409-4/0-00 – 3ª Câmara Cível. Des. Carlos Stroppa (relator), j 05.03.02 (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2002, p. 213-215).

<sup>339</sup> Sarmento (2002, p. 120) considera lamentável o posicionamento externado com certa frequência nos votos proferidos pelo Ministro Marco Aurélio de Melo, do STF, segundo o qual, “ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente, após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio formalizá-la.” Segundo o autor, a posição em comento legítima a insinceridade da motivação, e, levada às últimas conseqüências, conduz ao arbítrio judicial, isto por que, quando há falseamento da motivação, a decisão torna-se opaca para o público, que perde a capacidade de apreciá-la de forma crítica.

<sup>340</sup> “Paternidade é uma questão cultural e não jurídica e, de fato, a lei não pode tirar de um filho o direito de ele saber quem é seu verdadeiro pai, como não pode também tirar de um pai o direito de saber quem é seu verdadeiro filho, pois, como consignado pelo Des. Valter Xavier uma decisão judicial errada poderá comprometer toda uma seqüência de filiação, inculcando a insegurança social” (MORAES, 2000, p. 224).

que é saber se é realmente o pai do filho que formalmente reconheceu, no caso da negatória de paternidade.

Contra-pondo-se a um entendimento de cunho formalista, alega-se não ser possível ignorar as coisas e os fatos, de modo que não é possível manter-se uma decisão dizendo que alguém é pai de outro quando a prova científica<sup>341</sup> testa que não. Há de se superar qualquer questionamento de natureza processual para ficar com a verdade real. A certeza (ou quase certeza) que deflui do exame de DNA e a preocupação de fazer justiça fazem-se superar os obstáculos processuais, não podendo ser simplesmente desconsiderada (GÓES, 2005).

Nesse contexto, decerto que o princípio da proporcionalidade<sup>342</sup> tem sido empregado exatamente para conferir certa racionalidade à ponderação, especialmente com o manejo de seus três sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (RIZZATTO NUNES NUNES, 2002). Com isso, tenta-se diminuir o grau de subjetivismo do intérprete e tornar o resultado da ponderação mais controlável<sup>343</sup>.

Nos casos em que há uma decisão causadora de “grave injustiça”, os autores defendem que não há que se falar em prazo da ação rescisória, de modo que esta pode ser ajuizada a qualquer tempo (BARBOSA MOREIRA, 1998). Crê-se, contudo, que não é possível desconsiderar simplesmente este prazo, como sequer existisse no ordenamento, pois além de se tratar de uma aplicação não autorizada pelo sistema jurídico, esta se contrapõe ao texto normativo, fundando-se em premissas controversas (LEITE, 2006, p. 170-171).

No que toca à hipótese mais em voga de desconstituição do julgado via rescisória, questiona-se, contudo, caso se descubra um documento novo, posteriormente aos dois anos de transitada em julgado a decisão, que tenha a

---

<sup>341</sup> “Tornou-se ampla e irrestrita a possibilidade investigatória da verdadeira paternidade biológica, que prevalece sobre a verdade jurídica (três estágios na filiação: verdade jurídica – verdade biológica – verdade sócio-afetiva). Destarte, não há que opor obstáculos legais superados à demanda negatória de paternidade proposta pelo pai contra o filho matrimonial. Da mesma forma, não podem persistir os prazos exíguos de decadência contemplados no art. 178, §§ 3º e 4º, inc. I, do Código Civil”. (TJRS – Ac. 595.163.114 – Oitava Câmara Cível – Rel. Dês. Sérgio Gisehkov Pereira – julgado em 07.12.1995; n. 700325) “Ação negatória de paternidade – Filiação-Decadência”.

<sup>342</sup> Não há de se discutir, aqui, a natureza do “princípio da proporcionalidade” e sua identidade ou não com o ‘princípio da razoabilidade’. Pretende-se apenas apontar a forma como os defensores da tese da flexibilização têm aplicado o referido princípio.

<sup>343</sup> É exatamente a partir da proporcionalidade que Alexy tenta refutar as críticas de Habermas quando este afirma que a ponderação é um método irracional e que acarreta desqualificação normativa dos direitos fundamentais. Para as respostas de Alexy a Habermas: ALEXY, Robert. *Constitutional rights, balancing and rationality*. Ratio Juris, v. 16, n. 2003.

capacidade de modificar o julgado a favor da parte vencida na ação, se haveria a possibilidade de sua desconstituição. Conforme o disposto no art. 495 do CPC<sup>344</sup>, a ação rescisória não poderia ser manejada.

Inserir-se no contexto o seguinte questionamento: como os direitos relativos à paternidade, filiação, personalidade e dignidade humana são imprescritíveis, personalíssimos e indisponíveis, não seria um contra-senso admitir-se que a decadência venha a fulminá-los?

Saliente-se que existe uma proposta segundo a qual o termo inicial da rescisória é o preenchimento dos pressupostos para o exercício do direito que, tratando-se de um prazo decadencial, consiste no conhecimento do documento novo que afeta substancialmente o conteúdo da decisão e não o simples trânsito em julgado da sentença. Não se iniciaria a contagem de prazo antes do documento porque aquilo que ainda não existe não pode ser extinto<sup>345</sup>.

Partindo-se dessa compreensão sobre o termo inicial do prazo da ação rescisória, várias situações abordadas para o apoio à necessidade da flexibilização da coisa julgada poderiam ser resolvidas. Um caso que sempre impulsiona a tese a favor da flexibilização da coisa julgada consiste na hipótese de um exame de DNA. Enquadrando-se o laudo do exame de DNA no conceito de “documento novo” para fins rescisórios e partindo-se da premissa lançada, “o prazo para ação rescisória apenas começaria a correr quando da ciência deste “documento novo”, e não do mero trânsito em julgado da sentença” (LEITE, 2006, p. 174).

Mesmo admitindo-se, teoricamente, esta hipótese, acredita-se que, nesse caso, a situação seja um tanto singular, haja vista envolver direitos da personalidade, englobados pelo conteúdo fundamental da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)<sup>346</sup>. Trata-se do conhecimento da verdade sobre a paternidade<sup>347</sup> do indivíduo.

---

<sup>344</sup> Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 02 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão (BRASIL, 1973, p. 67).

<sup>345</sup> Nesse sentido, observam Wambier e Medina (2003, p. 204 e ss): “parece-nos possível sustentar-se, *de lege lata*, que, em alguns casos, o prazo do art. 495 do CPC não começaria a correr do trânsito em julgado da decisão rescindenda. É ilógico e anti-jurídico que um prazo corra contra alguém, sem que seja possível, juridicamente, que este alguém, tome alguma providência. É impensável que corra um prazo extintivo de direito contra o seu titular, sem que este tenha ciência da lesão. Ou antes mesmo da lesão ocorrer [...]”.

<sup>346</sup> Tanto é assim que o legislador, ao atuar como concretizador da Constituição, expressamente estabeleceu: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser

Desse modo, as ações de filiação não poderiam se submeter a qualquer prazo, por conta da natureza do próprio direito que ora se discute. Daí se dizer, repetitiva, mas necessariamente, uma vez que dentro do contexto, que o reconhecimento do estado de filiação constitui um direito personalíssimo, indisponível e imprescindível, exercitável sem qualquer restrição<sup>348</sup>.

É, por isso, que face dessas e outras nuances, não se aquiesce com a tese da ação rescisória para resolver o problema da ações julgadas sem a realização do exame de DNA, preferindo-se aderir ao sistema de produção da coisa julgada *secundum eventum probationes*, consoante já defendido.

Em arremate, é preciso, ainda, aferir como proceder, na prática, ante as ações finalizadas antes da disponibilização do exame, havendo, portanto, necessidade de se repetir a ação em função da pesquisa probatória deficiente que caracterizou o julgamento de uma demanda anterior.

Diante do julgamento de uma ação investigatória sem a realização do exame de DNA, sobrevindo uma perícia desse porte, impor-se-ia, de logo, o desarquivamento da primeira ação investigatória, com o conseqüente ajuizamento de uma outra ação da mesma natureza, manejada em busca de reverter o julgado anterior, não ostentando, com isso, caráter rescisório, ou seja, desnecessário o ajuizamento de ação rescisória.

O desarquivamento do processo anterior é até imprescindível para que se instrua o processo subseqüente. Contudo, não é admissível que, naquele mesmo processo, se dê continuidade à relação processual já extinta, pois, pura e simplesmente, o feito não comporta uma nova sentença. Daí a possibilidade de se

---

exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça." (art. 27 da Lei 8.069/90).

<sup>347</sup> A preocupação do legislador com a filiação legítima já era sentida de outrora e era tão acentuada a ponto de ser autorizado claramente, desde o CC/16, que, provando-se o erro ou a falsidade do assento, a pessoa possa vindicar estado contrário ao do que resulta do registro de nascimento (art. 348). A par disso, encontrava-se estatuído no art. 349 do mesmo diploma que, no caso de *defeito do termo de nascimento, a filiação legítima* poderá ser provada por qualquer modo admissível em direito. A realização superveniente da perícia de DNA induziria as veementes presunções, de que cuida o inciso II do artigo de lei citado. Nessa linha de raciocínio, afigura-se assaz esclarecedor o entendimento esposado pelo E. TJMG, resumido nos seguintes termos: "[...] Admite a jurisprudência a cumulação de pedido de declaração de paternidade com anulação e retificação de registro civil, incorrendo a prescrição prevista nos arts. 178, § 3º, e 362 do CC (1916), pois, imprescritível a investigatória, não se poderia conceber a inalterabilidade do registro, que é conseqüência. Agravo desprovido". (Ag 110.603/8 – Comarca de Belo Horizonte – Agravante: J. G. C, e outros, herdeiros de A.C.G.C. – Agravado: M. E. M. – Relator Exmo. Sr. Des. Sérgio Lellis Santiado – Data: 18.08.1998).

<sup>348</sup> "[...] Não se aceita, no estágio atual da jurisprudência, a tese antes colocada. É que a lei não diz nem quis impor tais restrições, objetivando o legislador a prevalência sempre do verdadeiro sobre o falso [...]" - Des. Lúcio Urbano (*apud* DA COSTA, 2000, p. 155 a 161).

repetir a investigatória, com o objetivo de rediscutir a matéria, envolvendo-se as mesmas partes na demanda.

Ressalve-se que, sobre a admissibilidade da repetição da ação de investigação<sup>349</sup> ou de negativa de paternidade em face da realização posterior ao exame de DNA, um dos grandes dilemas do Direito é conciliar a justiça com a segurança, por se tratar de dois valores fundamentais ao sistema jurídico. O ideal é que esses valores merecessem igual proteção, o que não raro acontece, embora haja situações limites em que um deles acaba se sobrepondo ao outro.

Adere-se ao entendimento daqueles que defendem, no particular, a repetição de ações, porquanto estão presentes as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Em outras palavras, abre-se um novo processo, encerrando, contudo, a mesma demanda, visto que o anterior foi julgado improcedente, sem tenha ocorrido a coisa julgada material em face de sua necessária relativização por falta da prova de correspondência do código genético. Portanto, o único elemento novo é a prova a ser produzida.

Nesse diapasão, “relativamente aos mesmos fatos alegados, que não foram objeto de prova convincente, podem-se desenvolver novos argumentos e produzir provas novas” (MOURA; OLTRAMARI, 2005, p. 63). Isto porque somente se pode falar na existência de nova ação quando as partes, a causa de pedir e/ou não coincidirem com os da ação anterior<sup>350</sup> (LEITE, 2006), como no caso da revisional de alimentos, que se funda na mudança da situação fática relativa à necessidade do alimentado ou capacidade econômica do alimentante.

Destaque-se, apenas, que a repetição de ação deve ocorrer por não ter sido realizado exame pericial e não quando o índice de certeza do exame feito na primeira ação não tenha alcançado resultado significativo perante as partes<sup>351</sup>. Para

---

<sup>349</sup> A sentença na ação de investigação de paternidade, independentemente da prova produzida, sempre fará coisa julgada material, quando houver o julgamento de mérito. Afinal, para que a sentença seja revestida da autoridade da coisa julgada material basta que o Estado-juiz se pronuncie sobre a *res in iudicium deducta*. No entanto, a sentença da ação de investigação de paternidade biológica somente se tornará imutável, impedindo o ajuizamento de outra ação idêntica, quando for produzido o exame de DNA (CAMBI, 2005, p. 63-79).

<sup>350</sup> Acordaram os julgadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado Paraná, por unanimidade de votos, em prover recurso, para reformando decisão recorrida, julgar extinto o processo da ação de investigação de paternidade que lhe deu origem, fixando os embargos da sucumbência, nos termos do voto do relator (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento nº 00668711. Relator: Cunha Ribas. Data do julgamento: 01.12.1998).

<sup>351</sup> Não havendo erro indicativo no resultado, não se justifica a realização de uma nova perícia. Segundo a própria medicina legal, o valor da prova pericial é absoluta quando exclui uma paternidade. “E, quanto à confiabilidade do exame de DNA, convém registrar que “na fase atual de evolução do direito de família, não se justifica desprezar a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado de idônea e eficaz”



se motivar outro processo quando já se realizou um exame, no bojo do anterior, é preciso que se demonstre ter havido qualquer espécie de irregularidade em relação a ele.

Sendo o direito à identidade pessoal um direito da personalidade, pois todas as pessoas têm direito de saber quem são os seus genitores para conhecer a sua história, é razoável admitir a rediscussão da matéria em ação, com idênticos fatos, mas fulcrada no exame de DNA (CAMBI, 2003).

Assente-se que a identificação da paternidade biológica constitui um interesse público e essencial ao ser humano, não existindo tranqüilidade social fundada na imutabilidade da coisa julgada derivada de uma decisão baseada em provas frágeis e incapazes de atestar a verdadeira existência do vínculo de parentesco, razão pela qual se justifica o manejo de outra ação – leia-se, feito –, reunindo os mesmos elementos da ação anterior, com o diferencial probatório, representado pelo exame de DNA.

Noutro giro, a solução é no sentido de que a prova superveniente, resultante da engenharia genética (perícia do DNA), é apta a viabilizar o ajuizamento de ação anulatória<sup>352</sup> do assento de nascimento para a exclusão de filiação ilegítima. Tal ação estribar-se-á nas disposições do art. 1.604 do CC de 2002 (em correspondência com o art. 348 do CC de 1916), e do art. 113 da Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/73 -, “sendo irrelevante que o erro tenha decorrido da declaração dos interessados ou de sentença judicial com trânsito em julgado e não mais passível de ação rescisória” (DA COSTA, 2000, p. 161).

Quanto à intitulação adequada da ação, existem discrepâncias entre os doutos: alguns falam em ação negatória<sup>353</sup> da paternidade (por ilegitimidade da filiação); outros se referem à ação de exclusão de paternidade, dizendo ser

---

(TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado – Ap c/ Rev 428.339-4/2-00, rel. Des. Donegá Morandini, j. 09.05.06 (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2006, p. 191-195).

<sup>352</sup> A ação anulatória é uma ação de conhecimento declaratória e condenatória (onde se pleiteia a declaração da nulidade do ato então *sub judice* e a retomada ao *statu quo ante* na relação jurídica que resultou do ato anulado), a seguir o procedimento ordinário previsto no artigo 274 do CPC, que determina seguir-se os procedimentos previstos no livro I do mesmo diploma legal (não devendo ser chamada, por ser forma errônea, de ação ordinária de nulidade, isso porque trata-se de ação de conhecimento declaratória e condenatória a seguir o procedimento ordinário); não existem ações ordinárias, mas sim ações que seguem o rito ordinário (VITAGLIANO, 2002).

<sup>353</sup> Há precedentes no sentido da desnecessidade de colheita de prova testemunhal quando há laudo de DNA negativo. “O resultado do exame genético – DNA é prova incontestável, pelo que se mostra desnecessária a produção de prova testemunhal que, por mais robusta que se apresente, não terá o condão de inibir o valor probante, do exame científico realizado” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2006, p. 191-195).

impossível a anulação de registro de nascimento, ao passo que o STJ assevera tratar-se de ‘ação declaratória de inexistência de filiação legítima’, nas situações em que a demanda for julgada procedente, sem o devido subsídio probatório. Há quem simplesmente assevere tratar-se de ação de investigação de paternidade, fazendo nascer um novo processo, para a hipótese do primeiro ter sido extinto, por falta de provas por exemplo, ou a ação ter sido julgada improcedente pela não realização do DNA.

O Des. Urbano Lúcio, do TJMG, adotou a nomenclatura ação de “anulatória do registro por erro ou falsidade”, por se coadunar com as disposições do art. 113 da Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/73. A anulação do assento será apenas no aspecto da filiação legítima, após a produção de provas plenas e conclusivas do defeito ou da falsidade do registro de nascimento (DA COSTA, 2000, p. 159).

Seja para o caso de repetição de ação, pensamento com o qual se afina este trabalho, seja para a hipótese de manejo de ação anulatória, em sentido amplo, há de se destacar que a jurisprudência e a doutrina brasileiras têm descortinado uma nova era no tratamento da coisa julgada, notadamente nas ações filiatórias, firmando posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum. Entendem que se deve ensejar a produção de provas sempre que elas se apresentarem imprescindíveis à boa realização da justiça, substituindo a verdade ficta pela verdade possível (a mais próxima da qual o processo permita chegar), pois a justiça está acima da segurança.

Assim, admitem a possibilidade de rediscutir a paternidade, permitindo o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma ação anterior com sentença julgando improcedente o pedido, desde que não tenha ficado excluída expressamente a paternidade do investigado na ação primitiva, diante da precariedade da prova que não subsidiou a afirmação judicial segura da paternidade, considerando, ainda, que, na ocasião do ajuizamento da ação, o DNA não era disponível, acessível e/ou sua utilização não era notória e difundida.

O exame de correspondência do código genético possibilitou a substituição da verdade ficta pela verdade real, concebendo-se, nos dias de hoje, a revelação da ascendência biológica como um direito fundamental da personalidade humana. Atualmente, segundo Cahali (1996, p. 210): “manifesta-se uma preocupação ostensiva e decisiva com a verdade da paternidade”. Contextualizando, procura-se

afirmar a filiação para o seu conhecimento em consonância a verdade real, biológica, com o escopo de promover uma proteção mais eficiente as pessoa do filho.

## 6 PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Predispõe-se o presente estudo a identificar a existência de eventual colisão entre os direitos fundamentais<sup>354</sup> já enunciados: de um lado, o direito de perfilhação, ao conhecimento da própria ascendência<sup>355</sup> e a justiça<sup>356</sup>, e, de outro, o direito à intimidade, à vida privada e a segurança jurídica<sup>357</sup>, construída com a coisa julgada.

Com efeito, até que ponto o direito ao silêncio, à inviolabilidade da intimidade, à vida privada, à intangibilidade corporal podem ser invocados como obstáculo ao direito de saber da própria origem, em respeito ao indiscutível princípio da dignidade da pessoa humana?

Inexistindo a possibilidade de óbice em questão, até que ponto a garantia insculpida no ordenamento jurídico de não produzir prova contra si mesmo, da preservação do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer, enfim, a recusa em submeter-se à prova pericial, podem impedir o bom andamento processual em nome da busca da verdade quanto à identidade genética<sup>358</sup>?

Da mesma forma, questiona-se a que custo a coisa julgada deve ser preservada quando confrontada com princípios de igual ou maior alcance, como os que convergem para o direito de perfilhação<sup>359</sup>, em busca da efetivação de uma solução jurídica justa para as contendas investigatórias?

<sup>354</sup> “[...] muito se tem discutido em termos doutrinários, sobre a real mensuração dos dois princípios constitucionais colidentes: a preservação da imutabilidade da coisa julgada, de índole igualmente processual, e a dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento da própria República Federativa do Brasil, ao lado de outros valores fundamentais como a soberania e a cidadania, além do respeito aos direitos humanos, em que se insere a dignidade do(a) cidadão(ã)” (DOXSEY, 2001, p. 57-58).

<sup>355</sup> “Tem-se manifestado insistentemente na cena jurídica, pedindo reconhecimento e reclamando posituação, o chamado *direito ao conhecimento da própria ascendência*. Chamam-no os alemães, que lhe têm dispensado particular atenção na doutrina e na jurisprudência, por expressão que equivale aproximadamente a essa mesma: *Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung*. [...] Também, na ordem jurídica nacional, um direito ao conhecimento da ascendência própria, ao nível da Constituição, a *sedes materiae* reséctiva estará não no Capítulo VII do Título VIII, senão no Capítulo I do Título II, a matriz dos direitos da personalidade” (VILLELA, 1999, p. 141).

<sup>356</sup> “Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2007, p. 381-386).

<sup>357</sup> Embora a segurança jurídica também possa ser considerada uma forma de obter justiça, a norma de proteção à efetividade e permanência das decisões judiciais, como meio de se garantir a estabilidade judicial, por si, não resistem a uma análise mais atual e humanitária do Direito, manifesta em julgados mais criteriosos que sopesam as garantias constitucionais de maneira a identificar qual o peso de cada uma na mensuração efetiva do bem objeto de tutela a merecer tratamento prioritário. Veja: “[...] ‘A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja de o filho saber quem é o pai seja de que os registros públicos devem espelhar a verdade real’ (REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2002, p. 97).

<sup>358</sup> “Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público...” Francisco Resek (*apud* SARMENTO, 2002, p. 186).

<sup>359</sup> Isto é assim porque saber a verdade sobre sua filiação é um interesse de peso genérico superior, que “nenhuma lei pode frustrar, por ser injusto privar alguém da utilização de todos os recursos possíveis na busca

Este trabalho dissertativo tem por intenção, entre outras, apresentar reflexões sobre o artigo 232 do Novo Código Civil e a Súmula 301 do STJ, relacionando-os com o tema específico da recusa feita pela parte em processo de investigação de paternidade (para reconhecê-la ou negá-la) a se submeter ao exame de DNA.

## 6.1 NOÇÃO DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES E O EXAME DE DNA

O tema abordado se relaciona a princípios tidos antigamente como indiscutíveis no pensamento jurídico brasileiro, mas que, atualmente, têm sua aplicação questionada no que tange à prerrogativa de valor absoluto. Estes princípios são, basicamente, a inexigibilidade de alguém produzir prova contra si mesmo, o direito à intimidade e o direito à inviolabilidade do próprio corpo, geralmente invocados pela parte que deseja se esquivar de se submeter a exames médico-periciais em geral, e, especificamente, ao exame de DNA.

O argumento, nesse campo, é simples, mostrando que não há meio legítimo de ser o investigado obrigado a ceder material genético seu, pois isso consistiria em violação ao direito à intimidade, haja vista que as informações individuais da parte, constantes desse material, tais como predisposição a doenças ou doenças já contraídas, estariam sendo expostas sem o seu consentimento. A parte deve ter garantido o direito à inviolabilidade de seu corpo, de forma que, para a realização coercitiva de tal exame, seria necessário que se procedesse à extração forçada de porções do corpo da parte, tais como sangue, fios de cabelo, mucosas etc., o que feriria o direito em comento (LISBOA, 2008; NICOLAU JR., 2006). Além disso, se a parte se vê forçada a colaborar para a produção de exame médico-pericial, poderia estar sendo forçada a produzir provas contra si mesmo, o que é rechaçado, em regra, pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 5º, LXIII, da CF).

Entretanto, se, nos dias atuais, os referidos princípios jurídicos continuam tendo grande aceitação, não se pode deixar de negar que, embora dignos de pleno exercício, podem ter seu campo de abrangência reduzido diante de outros direitos. Desse modo, emerge a possibilidade de outros direitos serem vistos, no caso

---

de sua identidade biológica" (DINIZ, 2005). Não se pode conceber que a personalidade de alguém seja reconhecida apenas com base em verdade ficta, devendo, assim, ser buscada, incansavelmente, a verdade biológica acerca da biológica. Enfim, a perfilhação é direito natural e constitucional de personalidade, personalíssimo, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano.

concreto<sup>360</sup>, como de maior relevância, o que não significa a existência de hierarquia<sup>361</sup> entre eles, portanto, que seriam merecedores, em sentido amplo<sup>362</sup>, de dar-lhes maior proteção do ordenamento jurídico brasileiro.

Vê-se, nesse caso, uma similaridade com a questão afeta ao direito do filho à paternidade, ou seja, o direito de o indivíduo saber se é, ou não, filho ou pai de determinada pessoa. Dessa forma, o pensamento jurídico pátrio vem sofrendo uma reforma, que conduz à interpretação de que esse direito poderá se sobrepor àqueles outros invocados pela parte contrária para se esquivar da realização do exame de DNA<sup>363</sup>.

As regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente com os fins que as condutas descritas procuram realizar. Os princípios, ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devam ser praticadas pra que esse fim seja alcançado (BARCELLOS, 2003). Por isso Dworkin (*apud* BONAVIDES, 1996, p. 253-254) afirma que as regras “são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Enquanto os princípios, além de atuarem normativamente, podem ser relevantes, em caso de conflito, para um determinado problema legal, mas não estipulam uma solução particular”.

Sinteticamente, “os princípios<sup>364</sup> são abstrações de segundo grau, normas de normas, em que se buscam exprimir proposições comuns a um determinado sistema

<sup>360</sup> A solução do conflito terá que ser casuística, pois estará condicionada pela forma com que se apresentarem os interesses colidentes, em disputa, e pelas alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema.

<sup>361</sup> “[...] a coexistência de diversos direitos fundamentais, ao lado de outros princípios constitucionais igualmente relevantes, impõe inexoravelmente a relativização de cada um, como imperativo da manutenção da unidade e da coesão do ordenamento. Ademais, a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como vetor material das ponderações, reduz substancialmente o risco de que a realização destas possa comprometer a tutela dos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2002, p. 145).

<sup>362</sup> “A distinção entre ponderação abstrata (*definitional balancing*) e a ponderação *ad hoc* (*ad hoc balancing*) é feita pela doutrina tendo em vista o contexto em que se realiza a operação. A ponderação abstrata é aquela empreendida de modo desvinculado de casos concretos. É a que ocorre quando a doutrina e a jurisprudência estabelecem critérios visando a compatibilização de princípios constitucionais potencialmente colidentes, através da compreensão dos respectivos campos de abrangência, sem a preocupação com qualquer caso específico. [...] a despeito do nome...não representa propriamente uma ponderação de interesses, pois a guarda as características essenciais da interpretação jurídica tradicional, já que, através dela, o que se objetiva é definir o perfil e os limites dos princípios constitucionais, com base na interpretação sistemática da Lei Maior. (SARMENTO, 2002, p. 110)

<sup>363</sup> O Ministro Sepúlveda Pertence, em voto lapidar, quando do julgamento do HC 76.0606-SC do STF pontuou que “quando a realização do exame de DNA afigurar-se realmente vital para a identificação da paternidade, será justificável a restrição ao direito à intangibilidade corporal do suposto pai, mas, quando existem outros meios de prova, suficientes ao esclarecimento da questão sob o prisma científico, a realização coativa do exame representará constrangimento ilegal. Em outras palavras, o resultado da ponderação de interesses irá variar de acordo com as circunstâncias em que eclodir o conflito entre o direito à incolumidade física e o direito ao conhecimento do genitor natural, já que ambos possuem dignidade constitucional”.

<sup>364</sup> Vale imitar a maioria dos doutrinadores brasileiros, citando a consagrada definição dos princípios do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 450), pela extensão e profundidade do conceito: “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia

de leis” (MOREIRA NETO, 1998, p. 61). Eles dispõem de maior grau de abstração e menor densidade normativa. Por serem enunciados genéricos, situam-se entre as normas e os valores na escala da concretização do Direito e com eles não se podem confundir (TORRES *apud* MOREIRA NETO, 1998).

Também indicam efeitos relativamente indeterminados: primeiro, porque o efeito concreto que tenciona produzir dependerá, a partir de certo ponto, de outras considerações; segundo, porque embora o efeito pretendido pelo princípio sobre o mundo dos fatos seja perfeitamente definido<sup>365</sup>, há uma multiplicidade de condutas, em tese, possíveis e adequadas para atingi-lo, sem que a Constituição tenha optado por qualquer delas. As disposições dos princípios resumem a idéia de direito e justiça vigentes, porque refletem diretamente os valores escolhidos pela sociedade no texto constitucional.

Os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à idéia de justiça, ou, ao menos, são instrumentos mais capazes de produzir justiça no caso concreto (BARCELLOS, 2003), por isso os intérpretes mais arraigados à visão formalista estão se curvando perante sua eficácia jurídica. “A fase do pós-positivismo inaugura uma nova concepção sobre a eficácia e importância dos princípios” (SARMENTO, 2002, p. 41).

A normatividade dos princípios, cada vez mais acentuada pela sua positivação em texto constitucional<sup>366</sup>, “traduz uma eficácia vinculativa e obrigatória sobre comportamentos públicos ou privados, bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas” (ESPÍNDOLA, 1998, p. 55-56).

Assim, os princípios podem entrar em conflito num caso concreto<sup>367</sup>, hipótese na qual se recorre, como alternativa, à técnica da ponderação de interesses, na busca de compor esses pontos de tensão.

---

sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...]”.

<sup>365</sup> Segundo Barroso (2003, p. 73) as normas programáticas, que nada mais são do que espécies de princípios, não contêm propriamente indeterminação no que toca aos efeitos pretendidos pelo dispositivo, uma vez é clara a alteração que a norma deseja produzir no mundo dos fatos, porém esse resultado pode, em tese, ser alcançado de várias maneiras.

<sup>366</sup> Passa-se a linha divisória da ordem jusprivatista (os princípios estavam insertos nos Códigos) para a ordem juspublicística (inserção no texto Constitucional). Tendo em vista a riqueza de elementos e conceitos, recomenda-se a obra de Ruy Samuel Espíndola (1998)

<sup>367</sup> Entenda-se aqui como caso concreto, aquele em que eclodiu o conflito. As variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para atribuição do peso específico a cada princípio em confronto, sendo, por conseguinte, essenciais à definição do resultado da ponderação (SARMENTO, 2002, p. 97).

De forma geral, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado (BARCELLOS, 2003).

Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas (normas), associá-lo ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referências máximas as decisões fundamentais do constituinte (BARROSO, 2003, p. 185).

Essa técnica torna-se essencial quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre, pelo menos, dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto (SARMENTO, 2002). Assim, na solução de conflitos, o juiz deve aplicar o princípio da proporcionalidade<sup>368</sup> nas suas três dimensões: adequação (o meio a ser escolhido deverá ser adequado visando o atingimento do resultado almejado, implica conformidade e utilidade ao fim pretendido); exigibilidade (o meio deve ser o mais brando dentre aqueles que se apresentam disponíveis, no intuito de preservar ao máximo os valores constitucionalmente protegidos, devendo procurar atingir no mínimo os valores garantidos constitucionalmente que tenham entrado em colisão com o princípio prevalecente); e proporcionalidade em sentido estrito (deve-se empregar o meio que se mostrar mais vantajoso para a promoção do princípio prevalecente, mas sempre buscando desvalorizar o mínimo dos demais) (RIZZATTO NUNES, 2002).

Por esse entendimento, decorre claramente que o princípio da proporcionalidade é método de interpretação, verdadeira técnica de elucidação e resolução de conflitos latentemente apresentados em princípios constitucionais que garantem valores fundamentais.

Ressalte-se que, nessa terceira dimensão (proporcionalidade estrita), “deve-se ainda, aplicar o raciocínio baseado na Lei de Ponderação, ordenando que quanto mais intensa for a intervenção em um direito tanto mais graves devem ser as razões que a justificam” (ALEXY, 2008, p. 78). Para isso, é necessário passar por três fases: determinar a intensidade da intervenção; determinar as razões que a justificam; ponderação estrita, por meio de atribuição de pesos específicos aos interesses em jogo<sup>369</sup>.

---

<sup>368</sup> Para um estudo mais aprofundado desse tema, recomendamos a obra de Suzana de Toledo Barros, *O princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

<sup>369</sup> A atribuição de peso específico torna-se tarefa árdua, já que interesses e valores não possuem uma escala de grandeza com hierarquia. São grandezas quantitativamente imensuráveis. O que se contorna pelo uso da *lógica do razoável*, de Luís Recaséns Siches, que a definiu: “*La logica de lo humano o de lo razonable es una*



A restrição imposta a um interesse, nesta situação, deve ser mínima para que seja indispensável à sua convivência com o outro, de modo a que nenhum deles desapareça por completo. Caso isso aconteça, não haverá preponderância de interesses, e não ponderação de interesses, pois o que pressupõe essa técnica é a convivência harmônica dos interesses. Logo, os dois interesses sobrevivem juntos, lado a lado, havendo um acordo de interesses, onde cada um cede espaço ao outro.

Tanto o direito a perfilhação quanto à intimidade e conseqüências, diante da sua importância na sociedade, foram elevados à categoria de direitos fundamentais<sup>370</sup>, tendo uma posição hierarquicamente superior dentro da ordem normativa. Deve-se analisar se existe colisão entre eles, ou seja, se a tutela sobre a recusa ao DNA, preservada pela privacidade, estaria violando a garantia constitucional de se conhecer a vinculação biológica<sup>371</sup>.

“Quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular conflita com o exercício de direito fundamental por outro titular ocorre o choque de direitos” (CANOTILHO, 1993, p. 643), cuja resolução se dará no marco do Direito Constitucional. A intimidade<sup>372</sup> e privacidade<sup>373</sup> são duas das mais estimadas características dos regimes democráticos.

O artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ONU, 1948, p. 3). Na Constituição brasileira, essas garantias estão previstas no artigo 5º, IV, IX, X, XIV e no artigo 220.

---

*razón impregnada de puntos de vista estimativos, de critérios de valorización, de pautas axiológicas, que además lleva a sus espaldas como alleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia [...]” (apud SARMENTO, 2002, p. 106). Assim, também Moreira Neto (1998, p. 55) ensina que interesses e razões são dados apenas experimentalmente referenciáveis, sujeitos a valorações subjetivas, exigindo, não uma lógica para conhecer, mas uma lógica para decidir.*

<sup>370</sup> O direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas igualmente se constituem em direitos fundamentais, conforme previsto na Carta da República.

<sup>371</sup> “[...] a solução da lide, sem o ajuizamento do exame de DNA, com base em presunções inferidas da disciplina processual, não representa meio hábil à tutela do direito da personalidade do menor. [...] o interesse que tem o infante em saber quem é o próprio pai,... se encontra visceralmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. [...] O sacrifício à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador, bem assim a certeza que a prova pericial pode proporcionar ao magistrado” (SARMENTO, 2002, p. 184-186).

<sup>372</sup> Na atualidade, a intimidade é entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, que “refere-se ao direito de manter, apartado do conhecimento alheio, a nudez, a saúde, as convicções religiosas, a orientação sexual da pessoa” (AGUIAR, 2006, p. 202).

<sup>373</sup> O direito à privacidade, por sua vez, não é o mesmo para todos os indivíduos. “Homens públicos ou pessoas célebres, que por ofício ou voluntariamente expõem sua vida ao público em geral, abdicam em parte sua intimidade, como preço da fama ou prestígio granjeados” (FARIAS, 2000, p. 194).

A solução do conflito não tem por objetivo, contudo, avaliar os dois direitos, para determinar qual teria maior valor. O juízo de ponderação ou harmonização deve voltar-se à forma como aqueles direitos estão sendo exercidos, não atribuindo primazia absoluta a qualquer um dos dois fora de uma situação específica<sup>374</sup>.

Direitos, ainda que fundamentais, não são absolutos. Isso significa que o direito de se ter conhecimento completo da perfilhação tem limites, não pode dar-se de maneira abusiva, seu exercício não pode ferir outros direitos<sup>375</sup>.

Hoje, a colisão de direitos fundamentais é um dos principais problemas da dogmática constitucional. Devem-se analisar as circunstâncias e particularidades que envolvem cada caso, além de se ponderar os bens envolvidos, com o sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Como se viu, o método de interpretação chamado de Princípio da Proporcionalidade<sup>376</sup> tem-se mostrado eficiente, ao fazer um balizamento entre princípios e direitos fundamentais: a ponderação dos bens orienta-se pela proporcionalidade.

Essa ponderação ocorrerá no caso sob análise, onde será declarada a ordem de primazia, pois não existe uma ordem hierárquica de direitos fundamentais<sup>377</sup> “in abstrato”<sup>378</sup>. Em suma, como parâmetro para resolver qualquer situação afeta aos

---

<sup>374</sup> A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los” (SARMENTO, 2002, p. 99)

<sup>375</sup> “Um limite que a doutrina impõe à ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial dos direitos. Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o “limite dos limites”, ao demarcar um reduto inexpugnável de qualquer espécie de restrição” (SARMENTO, 2002, p. 111)

<sup>376</sup> Martins e Zaganelli (2000, p. 160) concordam o princípio da proporcionalidade é a melhor solução para esta finalidade: “Ele é o axioma do direito constitucional, e o valor maior a ser tutelado, mesmo em detrimento da intimidade e/ou integridade física, é o da personalidade e/ou identidade, de forma que o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais, não de forma isolada, mas unidas num sistema interno de normas e princípios, com destaque maior da máxima efetividade, no sentido de que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe der”.

<sup>377</sup> Sarmiento (2002, p. 112-113) elucida que existem duas orientações doutrinárias acerca da natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que conduzem a resultados pragmáticos muito diferentes: as teorias absoluta e relativa. A teoria absoluta preconiza que o referido conteúdo deve ser delimitado abstratamente, não podendo os seus confins ser ultrapassados em nenhuma hipótese, mesmo quando a invasão possa ser justificada pela proteção a outros direitos fundamentais de mesma hierarquia, teoria perfilhada entre outros autores, por Gomes Canotilho. Já, a teoria relativa sustenta que o núcleo fundamental só pode ser delineado à luz do caso específico mediante a ponderação de interesses em jogo, que acaba reconduzindo a proteção do núcleo fundamental ao próprio princípio da proporcionalidade, estando entre seus adeptos Robert Alexy. Para Sarmiento, esta última teoria é a mais correta, por ser a que mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas.

<sup>378</sup> Para ilustrar, Edilson Farias, conclui: “Na solução da colisão entre direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de um lado, e a liberdade de expressão e informação, de outro, os tribunais constitucionais têm partido da *preferred position* em abstrato dessa liberdade em razão de sua valoração como condição indispensável para o funcionamento de uma sociedade aberta [estabelecendo-se certos requisitos em sua aplicação]: [...] (a) o público deve ser separado do privado, pois não se justifica a valoração preferente da

princípios consagrados na Constituição, deve-se ter em mente, sempre, a dignidade humana, que é o valor unificador de todo o sistema, o epicentro da ordem jurídica. Dela o julgador não se deve afastar quando a tutela do direito à perfilhação e à intimidade colidirem.

## 6.2 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Para adentrar no tema da normatividade dos princípios constitucionais, é importante um aprofundamento no conceito de princípio. Partindo do sentido etimológico da palavra, infere-se que este, por vir do termo latino *principium*, enuncia a idéia de começo, de origem, circunstância que leva a antever que o princípio deve ser tido como o vetor originário de adequação, interpretação e concretização de um sistema jurídico.

Na simples análise deste termo, em razão do seu caráter “multifacetário e polissêmico” (GRAU, 1998, p. 76), pode-se perceber que as noções expostas poderiam ser bastante amplas por quem tivesse o objetivo de elaborar-lhe um conceito.

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém (CRISAFULI *apud* BONAVIDES, 1996, p. 230).

Considerando a abstração do termo em estudo, Ferreira Filho (1991, p. 73-74) ressalta que juridicamente o termo princípio poderá ter três significados, sendo um deles de conotação descritiva e dois de conotação prescritiva, conforme se vê:

Os juristas empregam o termo ‘princípio’ em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam ‘supernormas’, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são pontos de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam *standards*, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas - ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma ‘abstração por indução’.

---

liberdade de expressão e informação quando essa liberdade se referir ao âmbito *inter privato* dos assuntos ou sujeitos; (b) o cumprimento do limite interno da veracidade, pois a informação que revele manifesto desprezo pela verdade, ou seja, falsa perde a presunção de preferência que tem a seu favor” (FARIAS, 2000, p. 197-198).

Não obstante, da mesma maneira que os princípios ético-jurídicos mais gerais, os princípios constitucionais podem ser considerados como o ponto mais importante do sistema normativo, pois são verdadeiros alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico e ao qual dão estrutura e coesão. Assim, a sua desobediência implica que todo o ordenamento jurídico se corrompa.

Este é o porquê de Dworkin (*apud* BONAVIDES, 1996, p. 231) observar que, "tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal". Mello (1980, p. 230) corrobora essa afirmação quando declara que:

[...] violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Pode-se dizer, então, que o princípio jurídico "é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam" (RIZZATTO NUNES, 2002, p. 37).

Diante do exposto, pode-se concluir que, atualmente, a doutrina jurídica vem reconhecendo nos princípios jurídicos o caráter conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Dessa atribuição decorre a conclusão de que os princípios possuem vinculatividade e positividade, e isto lhes confere a qualidade de normas que obrigam e possuem, de um modo geral, eficácia sobre comportamentos públicos ou privados, assim como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas. Contudo, faz-se necessário registrar que esse caráter normativo, conforme entende Espíndola (1998, p. 60-61):

[...] não é predicado somente dos 'princípios positivos de Direito', mas também, como já acentuado, dos 'princípios gerais de Direito'. Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.

Vale ressaltar que a uniformidade a que chegou a doutrina nesse modo de pensar atual surgiu de debates e reflexões que se iniciaram em meio às discussões travadas entre os jusnaturalistas e os juspositivistas, ocasionando, em âmbito mais recente, a denominada ótica pós-positivista do Direito contemporâneo.

Outro ponto que, embora já tenha, de certa forma, sido abordado, possui relevância no tema em estudo é a distinção entre princípios e regras, que é aqui complementada por Barcellos (2003), com a informação de que a estrutura das regras facilita a realização do valor segurança, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada. Canotilho (1999, p. 1.087)<sup>379</sup>, no intuito de distinguir, no âmbito do superconceito norma, regras de princípios, delibera alguns critérios diferenciadores:

a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentais de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

---

<sup>379</sup> Nesse ínterim, novamente se faz uso de outra lição de Canotilho (1999, p. 1.087-88), na qual o referido autor conclui seu pensamento acerca das diferenças entre os princípios e as regras da seguinte forma: “Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. [...] em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que, em primeira linha (*prima facie*) devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insuscetível a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade [sic] e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas)”.

Já na década de 1950, afirmava-se que a ignorância dos princípios, "quando não induz a erro, leva à criação de *rábulas* em lugar de juristas" (RÁO, 1999, p. 48). Porém, a simples existência adequada de princípios e regras não é condição para o equilíbrio do sistema jurídico, é preciso que eles funcionem e sejam manipulados pelos operadores jurídicos dentro de suas características próprias.

Em verdade, os princípios são "multifuncionais" (CANOTILHO, 1993), dispendo de pelo menos três funções no direito em geral: função fundamentadora; função orientadora da interpretação; função de fonte subsidiária<sup>380</sup>. Paralelamente, podem-se enumerar outras funções, quais sejam:

[...] de qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio e, tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de *revogar* as normas anteriores e *invalidar* as posteriores que lhes sejam irreduzivelmente incompatíveis (ROCHA, 1999, p. 47).

Repete-se, assim, que os princípios têm eficácia, explicando-se quando positiva e quando negativa, com base em Espíndola (1998, p. 55):

[...] por eficácia positiva dos princípios, entende-se a inspiração, a luz hermenêutica e normativa lançadas no ato de aplicar o Direito, que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incidíveis no mesmo; por *eficácia negativa dos princípios*, entende-se que decisões, regras, ou mesmo, subprincípios que se contraponham a princípios serão inválidos, por contraste normativo.

Além disso, o princípio serve para limitar a atuação do jurista, ou seja, "os princípios estabelecem balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto" (BARROSO, 1998, p. 256).

Por esse entendimento, pode-se dizer, ainda, que os princípios também funcionam como padrão de legitimação constitucional da decisão. Em outras palavras, quanto mais o magistrado procura torná-los eficazes, mais legítima será a decisão; de outro modo, necessitará de legitimidade a decisão que desrespeitá-los.

<sup>380</sup> No mesmo sentido, o jurista espanhol F. de Castro assim compendiou: a função de ser "fundamento da ordem jurídica", com "eficácia derogatória e diretiva", sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo, a seguir, a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de "fonte em caso de insuficiência da lei e do costume" (ROCHA *apud* BONAVIDES, 1996, p. 255).

Os princípios são, portanto, as imposições deontológicas que legitimam as decisões (BARCELLOS, 2003).

Outro ponto já mencionado, que merece aprofundamento é a existência ou não de hierarquia entre os princípios do ordenamento jurídico. Segundo Kelsen (1995, p. 248), o ordenamento jurídico pode ser visto como “um complexo escalonado de normas de valores diversos, no qual cada norma ocupa uma posição intersistêmica, formando um todo harmônico, com interdependência de funções e diferentes níveis normativos”. Daí decorre que uma norma só terá validade se conseguir fundamentação de validade em uma norma superior, até chegar-se à norma fundamental.

Desse modo, considerando-se que os princípios, como foi anteriormente evidenciado, se inserem no conceito lato de norma jurídica, e que as normas, na concepção do referido autor, são hierarquicamente escalonadas, poder-se-ia facilmente admitir que há hierarquia entre os princípios.

De fato, parecendo tornar evidente a supracitada hierarquia, Ataliba (*apud* ESPÍNDOLA, 1998, p. 165) observa que:

[...] o sistema jurídico [...] se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras [...].

Contudo, apesar de um primeiro exame induzir a essa conclusão, decorrente, à *prima facie*, de um raciocínio tão lógico, a verdade é que a solução para tal ponto carece de uma análise mais detida. Ora, caso se leve em conta a existência de princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais, não existirá dificuldade em garantir que os primeiros são hierarquicamente superiores aos últimos. Ademais, é certo entre os constitucionalistas que os princípios constitucionais são o fundamento de validade daqueles outros. Ataliba (*apud* ESPÍNDOLA, 1998, p. 165)<sup>381</sup>, teorizando sobre os princípios encontrados na Constituição, afirma que:

---

<sup>381</sup> Acredita-se que o referido autor pretendeu elucidar que, mesmo em nível constitucional, existem normas cuja abstração é mais intensa que as demais. Na sua ótica, isto pode ser afirmado especialmente quando se trata de uma Constituição analítica com o a brasileira.

[...] mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema [...].

Vale ressaltar que não existem normas constitucionais com um grau de importância maior ou menor, nem hierarquia de supra ou infra-ordenação dentro da Constituição. Por certo, há princípios com níveis distintos de concretização e densidade semântica, mas com isso não se quer dizer que haja hierarquia normativa entre os mesmos. De fato, podem até existir casos em que normas constitucionais aparentem conflito, tensionando-se entre si, o que não quer dizer que uma ou outra seja hierarquicamente superior.

Barros (1996, p. 155) observa que “o legislador constituinte pátrio não optou por um modelo estrutural único para a disciplina dos direitos fundamentais”, havendo normas dispostas em forma de princípios tanto quanto em forma de regras. Entretanto, a mesma autora faz importante colocação no sentido de que:

Embora se possa catalogar, formalmente, as normas de direitos fundamentais constantes de uma Constituição como regras ou princípios, o salto dialético nesse tipo de normas parece depender da consideração de que elas possuem um duplo caráter. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem que visam proteger (BARROS, 1996, p. 155).

Portanto, o fato de um direito fundamental ter sido estabelecido sob a forma de regra<sup>382</sup> não lhe retira a natureza de princípio, devendo-se aplicar a ele o tratamento adequado a essa espécie de norma. Isto faz com que, no que se refere a normas de direitos fundamentais, a distinção entre princípios e regras mostre-se inaplicável, haja vista que, ante uma situação concreta de aparente antinomia entre tais normas, até mesmo um dispositivo normalmente qualificado como regra pode vir a ser ponderado, de forma a se obter a melhor solução para o caso, com a garantia dos direitos fundamentais.

---

<sup>382</sup> “Em princípio, as regras jurídicas não são objeto de ponderação de interesses, pois as colisões entre elas são resolvidas através de critérios abstratos – hierárquico, cronológico e de especialidade [...] Cumpre observar, porém, que inúmeras regras constitucionais representam a concretização normativa de princípios, dos quais são materialmente dependentes. É possível que o princípio inspirador de determinada regra constitucional entre em tensão, num caso concreto, com outro princípio constitucional” (SARMENTO, 2002, p. 106).



### 6.3 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO E COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Vistas as diferenças entre regras e princípios e que estes funcionam como padrão de legitimação constitucional da decisão, evidenciou-se que os princípios são normas que estabelecem parâmetros para que determinado mandamento seja encontrado. Assim, eles podem ser considerados como:

[...] normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, delas decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento (LARENZ *apud* ÁVILA, 2008, p. 40).

Infere-se, pois, que os princípios fixam, apenas, uma diretriz, sendo, por isso, infensos a críticas, haja vista sua imprecisão, pois, não obstante os princípios indicarem um primeiro passo direcionador de outros passos, não significa que esse seja o primeiro passo para encontrar a regra, último passo para a descoberta do conteúdo normativo.

Ademais, Ávila (2008) ainda chama a atenção para o fato de que o conteúdo de qualquer norma depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação. Desse modo, diz-se que o último passo não é dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa.

Isso quer dizer que, mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, não significa que não possa ser havido pelo intérprete como um princípio. “A relação entre as normas constitucionais e os fins e os valores para cuja realização elas servem de instrumento não está concluída antes da interpretação” (ÁVILA, 2008, p. 41).

Por isso, o mencionado autor entende incorreto afirmar que um dispositivo legal contenha um princípio ou uma regra. Marinoni (2006, p. 97) corrobora afirmando que “nesse caso, não é correto afirmar que a norma jurídica é criada para conformar a legislação às normas constitucionais”.

Observe-se que existem situações nas quais se questiona a omissão do legislador em dar proteção a um direito fundamental e outras nas quais se afirma, diante da força que se pretende dar a um direito fundamental de liberdade, apenas a

existência de um direito fundamental que exige proteção estatal (necessidade de ponderação dos direitos fundamentais no caso concreto). “No primeiro caso há omissão do legislador a partir do direito fundamental e, no segundo, necessidade de fazer valer o direito fundamental que requer proteção diante de um direito fundamental de liberdade” (MARINONI, 2006, p. 98). O autor ressalta ainda que:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento [...] dos direitos fundamentais no caso concreto (MARINONI, 2006, p. 99).

Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e os valores que lhe são subjacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio. Isso implica dizer que tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete deva intensificar ou deixar de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada.

Portanto, pode-se chegar a duas conclusões: qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir uma hipótese de incidência seguida de uma consequência; e, em qualquer norma, mesmo havendo uma hipótese seguida de uma consequência, há referência e fim (ÁVILA, 2008).

Sucedem que, segundo Didier Jr. *et al* (2008, p. 29), as normas-princípio consagradoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata, obrigando o legislador a criar regras processuais em conformidade com elas e, ainda, adequadas à tutela das situações jurídicas ativas.

Acrescenta o supramencionado autor que essas mesmas normas também obrigam o magistrado a proceder ao controle de constitucionalidade difuso das regras processuais quando, no caso concreto, perceber que uma delas viola a pauta normativa constitucional.

Daí surge o princípio da adequação judicial das regras processuais<sup>383</sup>, intimamente relacionado ao controle de constitucionalidade das leis no momento de

---

<sup>383</sup> Surge, a propósito, o denominado princípio da adequação do processo à situação substancial (ou princípio da adaptabilidade do procedimento, para alguns). Para Didier Jr. (2002a) este último signo possui outro significado.

aplicação e à teoria dos princípios e dos direitos fundamentais que pregam a eficácia imediata e direta dessas normas.

Didier Jr. (2002b) sustenta que esse princípio surge com o propósito de adequar o instrumento ao objeto a que servirá de conduto, de modo a melhor e mais facilmente alcançar os fins para os quais foi criado. Para Ávila (2008), a adequação de que se fala exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Em raciocínio complementar, Zagrebelsky (2002, p. 122) assim se pronuncia:

*Si objeto y método deben concordar, hay que rechazar la Idea de tratar científicamente el derecho actual al estilo de una disciplina lógico-formal. Las cosas, en cambio, serían de otro modo si se pensara que se está ante un sistema dado y completo, derivado de un único fundamento y capaz de desarrollarse deductivamente atendiendo al principio de no contradicción. [...] Tales ideas, por el contrario, deben parecer carentes de sentido a quienes consideran que el derecho no es un dato, sino un incesante “hacerse” donde confluyen múltiples exigencias planteadas por numerosos y a veces contradictorios principios que pretenden venir realizados en el contacto con la realidad viva de las experiencias sociales<sup>384</sup>.*

É nisto que está o pressuposto do adequar-se, é o poder de ajustar-se às circunstâncias, a esse “incessante tornar-se” que é o Direito. Diante do exposto, exige-se do administrador a utilização do meio adequado, ou seja, aquele cuja eficácia possa contribuir para a promoção gradual do fim, analisando-se “as espécies de relação existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover” (ÁVILA, 2008, p. 165).

O cidadão, conforme Didier Jr. *et al.* (2008, p. 52), para obter aquilo a que realmente tem direito, precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador<sup>385</sup>, dentre as quais se sobressai “a criação de um procedimento adequado às particularidades da situação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional”.

<sup>384</sup> Se o objeto e o método devem concordar, é necessário rejeitar a idéia de tratar cientificamente o direito atual no estilo de uma disciplina lógico-formal. As coisas, entretanto, seriam de outro modo se se pensasse que se está diante de um sistema fechado e completo, derivado de um único fundamento e capaz de ser cuidado dedutivamente atendendo ao princípio de não contradição. [...] Tais idéias, no contrário, devem parecer desprovidas do sentido àqueles que consideram que o direito não é um dado, sim um incessante “tornar-se” onde as múltiplas exigências são levantadas por numerosos e às vezes contraditórios princípios que tentam vir realizados no contato com a realidade viva das experiências sociais (tradução da autora).

<sup>385</sup> O princípio da adequação pode ser visualizado, segundo a doutrina, em dois momentos: o pré-jurídico e o processual. No primeiro, também, chamado de legislativo, como informador da produção legislativa do procedimento em abstrato. E o segundo, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento de modo a melhor afeiçoá-lo às peculiaridades da causa (DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 51)

O princípio da adequação é o que justifica a existência de uma teoria geral do processo: sabendo-se que as regras processuais devem ser adequadas àquilo a que servirão de meio de tutela, será possível aceitar a existência de uma série de conceitos que devem ser utilizados para a compreensão de qualquer fenômeno processual (seja ele jurisdicional, legislativo, administrativo ou privado) (GALENO DE LACERDA *apud* DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 52).

Prosseguindo-se com o mesmo autor, julga-se importante citar que a adequação do processo apresenta-se sob os aspectos subjetivo, teleológico e objetivo, que não se excluem, antes, se inter-relacionam. Enquanto a adequação subjetiva do processo se opera em razão dos litigantes, a adequação teleológica do procedimento faz-se de acordo com as diversas funções a que visa, sendo que se dá a adequação teleológica, também, quando o procedimento é adaptado aos valores preponderantes em cada caso.

Já quanto ao aspecto objetivo, são três os critérios de que se vale o legislador para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento: a natureza do direito material, cuja importância e relevância impõem uma modalidade de tutela mais efetiva; a forma como se apresenta o direito material no processo; e a situação processual da urgência (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 52).

Útil, ainda, transcrever a manifestação de Galeno Lacerda (*apud* DIDIER JR. *et al.*, 2008, p. 53) no que diz respeito ao fato de a indisponibilidade do direito ser fator levado em consideração para a diferenciação procedimental. Ao analisar essa adequação objetiva ele assinala:

Interessante é observar como a diferença de grau entre a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico material, influi necessariamente nas regras de processo. As repercussões dessa gradação nos vários tipos de processos explicam as soluções várias e específicas para problemas com o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e dos direitos e deveres processuais das partes, os efeitos da aquiescência, a natureza da preclusão e da coisa julgada, a distinção quanto aos vícios do ato processual, a disponibilidade das provas<sup>386</sup>, a substituição e a sucessão no processo, e tantos outros.

O princípio da adequação se justifica na necessidade de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual, não se olvidando que a construção de procedimentos está intimamente relacionada, ainda, com a produção de coisa

---

<sup>386</sup> Ressalte-se a discordância de Didier Jr. (2008), neste ponto, sob o argumento de que a disponibilidade do direito material em nada afeta a disponibilidade da prova, nada justificando mais este posicionamento.

julgada material, na medida em que esta depende da existência de cognição judicial exauriente, observando-se que os procedimentos são elaborados a partir da conjugação das técnicas de cognição.

No que toca, particularmente, à extensão dos poderes do juiz, considera-se que, pelas teorias clássicas da jurisdição, o juiz somente pode proferir sentença com base em uma norma geral criada pelo legislador. Porém, deve-se indagar: de que forma poderia um juiz se pronunciar admitindo-se a ausência de lei? Acredita-se que, nessa situação, só lhe restaria criar uma norma geral.

Entretanto, segundo Marinoni (2006), atualmente, com a transformação do conceito de direito e com a nova dimensão da função jurisdicional, só interessa realmente saber como o juiz constrói uma norma jurídica para o caso concreto no caso da inexistência da norma geral ou de esta não estar de acordo com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais. Esta norma jurídica seria criada diante das peculiaridades do caso concreto, ou seja, do balanceamento dos direitos fundamentais, sem, no entanto, representar a criação de um direito.

Assim, a interpretação do juiz deve ser feita de acordo com a Constituição, controlando a inconstitucionalidade da lei, a sua omissão e dando tutela aos direitos fundamentais que entram em colisão, no caso concreto. Em outras palavras, o juiz constrói a norma jurídica considerando a relação entre o caso concreto, o texto da lei e as normas constitucionais.

Portanto, “o juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, *diante da transformação do próprio conceito de direito, apenas o aplica*” (MARINONI, 2006, p. 102). Afinal, tanto a aplicação do direito quanto a atuação jurisdicional estão subordinadas aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

O referido autor lembra, contudo, que, ainda que se admitisse que o juiz pudesse criar uma norma geral, não se poderia equipará-la, em termos de eficácia vinculante, à norma editada pelo legislador, nem se teria a mesma obrigatoriedade. Todavia, ainda assim, sempre seria possível que um juiz, por convicção, divergisse frontalmente da jurisprudência que se formou.

Note-se que a legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão, com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que se formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido, ele deve mostrar também as razões de seu convencimento.

Em suma, o juiz deve dar sentido ao caso diante da lei, da realidade social e da Constituição, formulando a norma jurídica do caso concreto com a observância de todos esses aspectos conjuntamente, sendo que, para a prestação da tutela jurisdicional, ainda é imprescindível a consideração das necessidades do direito material.

Como o princípio da adequação pode ser visualizado, segundo a doutrina, em dois momentos: o pré-jurídico (legislativo, como informador da produção legislativa do procedimento em abstrato) e o processual (permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento de modo a melhor afeiçoá-lo às peculiaridades da causa), quiçá, apenas no primeiro momento devesse ser nomeado de princípio da adequação, enquanto, no segundo, de princípio da adaptabilidade. Um, abstrato e prévio; outro, concreto e reparador. É a terminologia que adota Didier Jr. (2002a).

Considerando que a própria construção do procedimento deva ser feita tendo-se como norte a natureza e as idiosincrasias do objeto do processo a que servirá, o legislador deve atentar para essas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional.

Partindo-se da constatação de que o princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento, deve a tutela jurisdicional ser adequada<sup>387</sup>, servindo o procedimento, contudo, apenas como uma forma de se encarar este fenômeno<sup>388</sup>; nada impede, antes se aconselha, “que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, tudo como meio de mais bem tutelar o direito

---

<sup>387</sup> Dá se retirar o princípio da adequação do procedimento, que nada mais é do que um subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional.

<sup>388</sup> Veja-se o que afirma Yarshell (1999, p. 167) a respeito da relação entre tutela jurisdicional e procedimento: "Contudo, o processo também pode ser visto — sempre com olhos voltados para a tipicidade— como o 'instrumento da jurisdição'. Sob esse prisma, pensar no processo é pensar no modo pelo qual o Estado desenvolve a função jurisdicional e, ao mesmo tempo, pensar nos 'caminhos' ou 'remédios' postos à disposição do interessado para desencadear o exercício dessa função. Com tais considerações, não é difícil perceber, 'retorna-se' ao tema do ingresso em juízo; não exatamente sob o ângulo da 'ação' tal como já examinado, mas sob a ótica do meio colocado à disposição tanto das partes, quanto do próprio Estado para a declaração e atuação do direito."

material” (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 53), principalmente ante uma omissão legislativa ou uma inadequação procedimental, visto a relevância de um direito da personalidade, como é o de perfilhação.

Ao se permitir ao magistrado corrigir um procedimento, eis que surge o princípio correlato da adaptabilidade<sup>389</sup>, elasticidade ou adequação judicial do procedimento (também princípio fundamental do procedimento)<sup>390</sup>, de modo que cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso (DIDIER *et al*, 2008, p. 54).

Resta citar Didier Jr. (2002a) quando comenta que o processo se apresenta como uma série de atos, teleologicamente organizada, estruturada a partir de uma relação jurídica que une os sujeitos processuais: partes, juiz, advogados e auxiliares de justiça.

Sucedem que a criação dos procedimentos (mediante os quais os direitos serão tutelados) não se realiza por prestidigitação, nem serviria à tutela jurisdicional efetiva e adequada qualquer rito, criado com alto grau de abstração em relação à situação jurídica posta sob apreciação judicial. Vigora, em razão disso, o princípio da adequação, que se justifica na necessidade de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual. A construção de procedimentos está intimamente relacionada, ainda, com a produção de coisa julgada material: a) seja na medida em que esta depende da existência de cognição judicial exauriente; b) seja porque os procedimentos são elaborados a partir da conjugação das técnicas de cognição (DIDIER JR., 2002a, p. 2).

<sup>389</sup> Oliveira (1999, p. 66) sugere, para uma reforma legislativa, o estabelecimento do princípio da adaptabilidade (que ele denomina de princípio da adequação formal) como princípio geral do processo, "facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo."

<sup>390</sup> Em muitas ocasiões, há previsão legal para a adequação judicial do procedimento, como é o caso da possibilidade de inversão do ônus da prova, em causas de consumo, sendo a regra do procedimento alterada no caso concreto, de acordo com o art. 6º, VIII, CDC. Cabe aqui mencionar a existência da teoria das cargas probatórias dinâmicas, que embora não muito conhecida no Brasil é aplicada pelos Magistrados na Argentina. Este instituto é a transferência da posição da parte litigante – autor ou réu –, em relação ao ônus da prova. Vale a citação de Kfoury Neto (*apud* Moraes, 2008, p. 1): "as regras que determinam tais posições, nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar – e o sistema deixa de ser pético, para se tornar dinâmico". Denomina-se "dinâmico" exatamente porque a carga probatória apresenta uma mobilidade que depende de cada caso concreto. Há, entretanto, quem defenda a possibilidade do órgão jurisdicional proceder à adequação judicial 'mesmo sem anterior previsão legislativa'. É como assevera Ávila (2008, p. 97), ao se referir ao devido processo legal, do qual se extrai o princípio da adequação: "No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo – mas elas são necessárias –, elas deverão ser garantidas com base direta no princípio do devido processo legal".

Deduz-se, então, que as medidas não de estar previstas expressamente, pois a previsibilidade e a anterioridade do procedimento é que conferem à decisão judicial os penhores de legalidade e legitimidade, sendo dele requisitos inafastáveis. Se a importância deste princípio na criação legislativa tem, pois, caráter essencial, a adequação do procedimento é um direito fundamental, de modo que cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto (MARINONI, 2004).

“Não há, destarte, qualquer inconveniente ou incompatibilidade mais ativa e efetiva do juiz no processo”, seja por meio do engajamento na atividade probatória, “envidando esforços para que sua sentença seja obra de justiça e apresente solução eficaz e correta para o conflito de interesses estabelecido” (FARIAS, 2007, p. 210), seja procedendo “à adequação do processo ao seu objeto tanto no plano legislativo abstrato, com a construção de procedimentos compatíveis com as necessidades do direito material como no plano do caso concreto, processual”.

Partindo da premissa de que o Código de Processo Civil foi concebido para a tutela de direitos individuais e patrimoniais, tendo pouca utilidade para a tutela de direitos personalíssimos ou coletivos, não por outro motivo brotam procedimentos especiais e alterações no rito comum, de modo a que melhor se declarem e efetivem estes direitos, antigamente órfãos de tutela adequada.

Transportando-se tais idéias para o campo das investigatórias, objeto desta pesquisa, e considerando, segundo entendimento esposado em capítulo próprio, que somente se produzirá a coisa julgada material se houver exaurimento de todos os meios de prova admitidos em direito, principalmente o exame de correspondência do código genético, a lei poderia ter estabelecido, nesses casos, quando se considera completa (exauriente) a cognição, flexibilizando a produção da coisa julgada material.

Como não o fez, aquiesce-se no âmbito desse trabalho com a tese de que a técnica procedimental da cognição exauriente para regular a coisa julgada nas ações filiatórias não pode ser outra, senão a coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Há quem questione, contudo, como Theodoro Jr. (1999, p. 20), que o problema deste posicionamento é que a técnica processual em comento tem de



estar prevista legalmente, já que não há regra alguma, no direito positivo pátrio, que exclua a sentença proferida na ação de investigação de paternidade do regime geral da *res iudicata*. Discorda-se, contudo, dessa forma de pensar, vez que esse sistema de regulamentação da coisa julgada independe de expressa previsão de lei<sup>391</sup>, podendo ser aplicada no caso concreto pelo juiz, com plena aceitabilidade no ordenamento jurídico acrescentei brasileiro, como já se percebe na jurisprudência mais moderna.

É claro que se reconhece a necessidade de uma imediata reforma legislativa, de modo a que se consagre, *de lege lata*<sup>392</sup>, a técnica da coisa julgada *secundum eventum probationis* para as demandas de paternidade, pois as peculiaridades deste direito (indisponível e constitucionalmente protegido) conspiram, também, a favor da diferenciação da tutela.

A ausência atual de disposição legal não impede que se salvguarde o direito à filiação, buscando-se a verdade mais próxima possível da real e, para tanto, conferem-se “ao magistrado, com base no art. 130 CPC, amplos poderes instrutórios” (BEDAQUE, 1994, p. 110) e de adaptação do processo às exigências da demanda aforada.

Tratando-se de direito indisponível, de fundo constitucional, o destemor na produção da prova mais se justifica, tanto melhor havendo a possibilidade de atingimento da certeza, pela técnica do DNA, não podendo dela se prescindir. Daí, a necessidade de flexibilidade do procedimento, amoldando-o à especificidade da causa, por ser fundamental para a melhor consecução dos seus fins, em uma perspectiva instrumentalista do processo. Com isso, permite-se, concretizando o princípio da adequação, a efetivação de direitos fundamentais que estejam sob risco de lesão.

Enfim, as regras gerais acerca da coisa julgada, esculpida no sistema individualista do Código Adjetivo, devem ser interpretadas com razoabilidade na

---

<sup>391</sup> Farias e Rosenvald (2007, p. 218) asseveram que não se pode deixar de aplicar a coisa julgada *secundum eventum probationes* por falta de previsão legal, pois não se pode prestigiar o indevido formalismo do processo, em detrimento da dignidade da pessoa humana. A sociedade não pode esperar pela atividade legislativa para ver respeitados os seus direitos fundamentais. Ainda segundo Sarmiento (2002, p. 113-114): “A ponderação de interesses pode ser realizada pelo Poder Judiciário basicamente em duas hipóteses: (a) quando inexistir regra legislativa resolvendo determinado conflito entre princípios constitucionais surgido em um caso concreto, ou (b) quando a regra legislativa em questão tiver a sua constitucionalidade questionada, pela via incidental ou principal.”

<sup>392</sup> Da lei criada.

ação investigatória, sob pena de importar a “negação do próprio direito material correspondente frustrando o caráter instrumental do direito processual, que serviria como óbice à concretização efetiva do direito à filiação, garantido constitucionalmente” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 574).

Zagrebelsky (2002, p. 110-133) sintetiza bem essa idéia em duas passagens distintas do seu livro:

Los principios, directamente, [...] nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. [...] Según la concepción práctica del derecho, en cambio, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento<sup>393</sup>.

#### 6.4 ALGUMAS DISTINÇÕES NECESSÁRIAS NO ÂMBITO DAS AÇÕES FILIATÓRIAS

Como já foi visto no primeiro capítulo, com a de ação investigatória de parentalidade, o que se pretende é obter o reconhecimento filiatório, ou seja, o autor da investigatória de estado parental almeja ter o seu pai, ou mãe, reconhecido pela decisão judicial, estabelecendo um estado filiatório e, por consequência, uma relação de parentesco com todos os seus efeitos personalíssimos<sup>394</sup>, como o direito ao sobrenome do pai e ao registro civil e patrimoniais, como o direito à herança e aos alimentos.

Admitida a presunção de paternidade pelo sistema jurídico em vigor, consoante previsão do art. 1.697 do CC/02, em nítida concessão à verdade biológica, o legislador estabeleceu, em contrapartida, a possibilidade de impugnação da filiação que se presumiu, através de ação ‘negatória de paternidade ou

<sup>393</sup> Os princípios, diretamente, [...] nos dão critérios para a tomada de uma posição diante de situações específicas, mas que a priori parecem indeterminadas. Os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão e apoio ou dissensão e revolta em face de tudo o que possa estar envolvido na sua preservação em cada caso concreto. De acordo com a concepção prática da lei, pelo contrário, a interpretação jurídica é encontrar a norma adequada tanto para o caso como para o ordenamento (tradução da autora).

<sup>394</sup> Segundo Belmiro Welter (1999, p. 42): “[...] a perfilhação é direito natural e constitucional de personalidade, sendo esse direito indisponível, inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano [...]”.

maternidade' (também apelidada de ação de contestação de paternidade ou maternidade), que é imprescritível segundo o art. 1.601<sup>395</sup> do CC/02.

A demanda se caracteriza por ser personalíssima, o que significa que, tão-somente, o marido (e igualmente a esposa)<sup>396</sup> podem intentar a ação, mas, uma vez proposta, os herdeiros podem dar seguimento à demanda já aforada, na hipótese de superveniência de morte ou incapacidade do autor. Reza o parágrafo único do art. 1.601 do CC/02:

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Rizzardo (2004, p. 429) reconhece a hipótese de que: “ao marido interditado se reconhece a capacidade para ajuizar a ação através de seu representante.” Cogita dessa hipótese, também, Gonçalves (2007). Esta interpretação é atual, entendendo ser possível a propositura da ação, bem como a continuidade do procedimento, pelo curador do incapaz interditado, já que seria injusto que, registrando o cônjuge filho seu e de terceiro em nome do marido que se encontrava internado em estabelecimento hospitalar, não pudesse este ajuizar a ação.

No pólo passivo da relação jurídica estará o filho (não a sua mãe ou seu pai, embora atingida sua esfera jurídica de interesses), sendo que, se o filho vier a falecer, figurarão como réus seus herdeiros, e, não havendo herdeiros conhecidos, serão citados por edital eventuais interessados. O Ministério Público, nessa ação, atua como *custos legis*<sup>397</sup>, não tendo legitimidade para promover a ação como substituto processual.

Já a competência para processar e julgar a ação negatória é fixada pelo domicílio do réu, sendo que, no âmbito da comarca, a competência é da vara de família e não da vara de registros públicos, porquanto envolve matéria relativa ao estado das pessoas, visto que relativa ao estado de filiação, constituindo a alteração

---

<sup>395</sup> Não se poderia cogitar do estabelecimento de prazo para esta hipótese. O art. acatou a orientação do STJ que antes de seu advento, já reconhecia a ação como imprescritível, a despeito do CC/16 afirmar o contrário. “ação negatória de paternidade. Decadência. O tempo não determina a extinção do direito de o marido propor a ação negatória de paternidade” (STJ, Ac. 4<sup>ª</sup> T., REsp. 278.845/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 20.12.01, DJU 28.5.01, p. 202).

<sup>396</sup> A mãe não tem legitimidade para negar a paternidade, cuja legitimidade é do filho, por evidente. Por interpretação civil constitucional, levando-se em conta igualdade entre homem e mulher a esposa pode intentar ação de contestação da maternidade.

<sup>397</sup> Fiscal da lei.

do registro civil de nascimento mera conseqüência de eventual acolhimento do pedido inicial.

Ressalte-se, no que tange à prova pericial de DNA, que, na esfera da ação em comento, o exame não poderia ser tolerado como absoluto ou auto-suficiente, pelo menos é o que pensam Farias e Rosenvald (2008, p. 509): “Em verdade, não se pode admitir que a simples comprovação da inexistência de vínculo biológico seja suficiente para quebrar o vínculo paterno-filial”. O fundamento que os autores usam é de que, no caso concreto, mesmo evidenciada a falta de elo genético, existe um liame sócio-afetivo, o que traria como conseqüência natural e impositiva a improcedência do pedido negatório.

Ora, há situações em que, ao se tomar conhecimento da inexistência de vínculo biológico, ocorre, de imediato, a quebra do vínculo sócio-afetivo, razão pela qual, particularmente, não há como concordar com o posicionamento supra, até porque seria um contra-senso, ante a imprescritibilidade da ação, o interessado só devesse ajuizá-la se não houvesse elo afetivo constituído, pois saberia, de antemão, que, nessa hipótese, não seria bem sucedido, mesmo que o registro de filho de terceiro como se fosse seu tivesse ocorrido à sua total revelia, por iniciativa única do (a) cônjuge/companheiro(a), mediante fraude, inclusive<sup>398</sup>.

Não haveria, neste caso, típico comportamento contraditório<sup>399</sup>, pois a possibilidade conferida pela lei de ingressar com a ação negatória não estaria sendo exercida abusivamente, já que o autor teria sido enganado quanto à origem da relação.

Negatória de paternidade cumulada com anulação de registro. Prova dos autos confirmando que o autor decidiu assumir a paternidade da menor; voluntária e consciente de que ela não era sua filha, por razões socioafetivas, registrando-a como filha em vez de adotá-la regularmente, daí não ser decisivo o exame de DNA, porquanto as partes sempre souberam que não tinham filiação sanguínea... Ademais, ao simular a paternidade inexistente, registrando filho alheio como próprio, não pode se valer da própria torpeza para, arrependido, desconstituí-lo, caso em que tal perfilhação deve ser equiparada a uma adoção, para todos os efeitos, tornando irrevogável o ato (TJ/RJ, Ac. 18ª Câ. Cív., ApCív. 2005.001.05757, rel. Des. Célia Meliga Pessoa, j. 2.8.05).

---

<sup>398</sup> A parentalidade registral é um ato, pode-se dizer, voluntário, pois é necessário que ocorra o comparecimento perante o Ofício de Registro para se fazer a declaração” (CHAVES, 1999, p. 147-148)

<sup>399</sup> Lobo (2003, p. 75) vislumbra a impossibilidade de contestar a paternidade declarada no registro voluntariamente, quando o declarante sabia não ser o pai, “em virtude do princípio *venire contra factum proprium nulli conceditur*”, pois segundo ela a negatória de paternidade tem de estar fundada “em hipóteses de invalidade dos atos jurídicos”.

Sobre o critério sócio-afetivo, é primordial lembrar que este critério, assim como os demais, pode ser utilizado em todas as ações que versem sobre filiação, podendo-se alegar e discutir a tese da afetividade com o objetivo de aferir se é, ou não, o critério preponderante em determinada hipótese. Ainda, segundo Farias e Rosenvald (2008, p. 520): “relewa a lembrança de que a afetividade somente pode ser invocada para determinar o estado de filiação, jamais para negá-lo”.

Continuam os autores<sup>400</sup> afirmando, um pouco mais adiante, que, fixada a filiação pelo critério do afeto, quando a afetividade foi a marca indelével da relação entre as pessoas envolvidas, afastar-se-ia, em definitivo, o laço biológico, não sendo possível, de regra, cobrar alimentos ou participar da herança do genitor, o que confirmaria o fenômeno da ‘despatrimonialização’ do Direito Civil e do Direito de Família.

O juiz não poderia, segundo eles, acolher a tese da desafetividade para negar um vínculo, de modo que, se alguém pretender negá-lo, deverá fazê-lo valendo-se dos demais critérios, não do afetivo. Mais uma vez, cabe ao juiz, conforme o posicionamento aqui firmado, proceder à análise cuidadosa da causa, apurando qual critério deve prevalecer no caso concreto.

Registre-se, com isso, que a prova pericial técnica que revelaria a verdade biológica (diversa da registral), justamente o fundamento usado para manejar a ação, merece prestígio, por seu grau de determinabilidade e precisão. É claro que a prova de existência de um vínculo social e afetivo é digna de todo respeito e prestígio, e não se quer chegar ao extremo de tornar a prova técnica infalível<sup>401</sup>, divina ou sagrada, nem mesmo viabilizar o aforamento de demandas investigatórias até que se tenha um resultado favorável ao investigante; entretanto, no caso, a sócio-afetividade não deve ser limite de eficácia para o exame de DNA.

Diferente, contudo, seria a situação na qual o contestante da paternidade tivesse noção de, desde a época do registro, não ser o pai daquela pessoa,

---

<sup>400</sup> Madaleno (2007, p. 169) advoga o cabimento de cobrar alimentos do genitor, quando o pai (sócio-afetivo) não tiver condições de prestá-los, o que chamou de paternidade alimentar. Farias e Rosenvald (2008, p. 521), posicionam-se no sentido de que dessa hipótese só pode ser admitida em caráter completamente extraordinário, só em tese podendo cobrar alimentos do pai biológico (genitor) se visivelmente o pai afetivo não tiver condições de prestá-los e desde que não possam ser pleiteados de outra pessoa da família sócio-afetiva. Já quanto a direito sucessório, os autores se igualam quanto ao entendimento de que não é possível ter dois pais e assim herdar do ascendente consangüíneo.

<sup>401</sup> Madaleno defendendo o caráter não absoluto do DNA, acresce a falibilidade do exame, lembrando que “circulam constantes notícias de enganos ocorridos por erros técnicos ou outras prosaicas falhas, como a troca de amostras e até casos de tradução malfeita” (2008, p. 410).

concordasse com a inscrição do nascimento no registro público naqueles termos, como na hipótese da ‘adoção à brasileira’<sup>402</sup> (registrar como seu um filho que sabe não ser), e depois resolvesse negar a paternidade. Nesse caso, sim, a ação negatória deveria ter como fecho a improcedência, pois criou-se, no filho, a certeza de que há um vínculo paterno-filial.

Ponto importante é que, como já visto ao longo deste trabalho, a atividade do juiz jamais deve ser figurativa no processo, de modo que se imporia ao magistrado, em cada caso<sup>403</sup>, um adequado juízo de valor, ponderando todos os elementos de prova colhidos, verificando com profundidade e cuidado a determinação do estado filiatório.

Caberia ao juiz tomar a prova de DNA como a mais importante para o desfazimento do vínculo, a depender da situação, mas jamais se contentar só com ela, devendo colher outras provas, que podem se apresentar como relevantes para o desfecho da demanda, como já externado nesse trabalho.

Enfim, a contestação da filiação, de um modo geral, por meio de ação negatória, deve estar subsidiada em motivo alheio à sua vontade, tais como os vícios de vontade (erro, dolo e coação), dentre outras possibilidades. Há ainda quem inclua, dentre os motivos a subsidiarem a demanda, a situação de uma pessoa que registrou um filho como seu, sabendo não ser, emprestando-lhe amor, carinho e criando-o realmente como se um filho fosse e depois de certo tempo resolve negar o vínculo afetivo ao argumento da inexistência de elo genético.

Já a ação de “impugnação de paternidade ou maternidade” pode ser promovida por qualquer interessado (terceiro-genitor, o filho...), sendo o meio adequado com o fito de regularizar o estado filiatório, como na hipótese de um homem que é o verdadeiro pai de uma pessoa que foi registrada em nome do marido (que não é o pai) de uma mulher casada que teve um relacionamento extraconjugal e veio a engravidar de terceiro.

---

<sup>402</sup> Há um tipo penal consistente em registrar filho alheio como próprio contemplado no art. 242 do CPB sendo certo que estabelecida a afetividade no caso prejudica-se a persecução penal que deixa se de justificar.

<sup>403</sup> “[...] a ponderação *ad hoc* é aquela realizada em face das peculiaridades do caso concreto, onde o operador do direito não pode se descurar das características fáticas do problema para a solução da questão. É certo que, com o passar do tempo, a jurisprudência vai cristalizando certas operações a propósito dos conflitos principiológicos, criando *standards* que reduzem a margem de subjetividade dos futuros operadores do direito na apreciação de casos análogos. Isso não gera, porém, a perspectiva de desaparecimento das ponderações *ad hoc*, substituídas por regras pretorianas rígidas para a solução das colisões entre princípios constitucionais. (SARMENTO, 2002, p. 110-111)

A ação em apreço tem o objetivo de provar que a pessoa que figura no registro civil de nascimento de outra não é o seu pai, sendo que o fundamento (causa de pedir) será a existência de uma filiação biológica ou afetiva com outra pessoa, distinta daquela que consta no registro civil.

Enquanto a negatória é privativa do marido e da mulher, a impugnatória de paternidade ou maternidade pode ser movida pelo próprio filho, por interesse moral ou até mesmo de natureza sucessória, para provar que “não é seu pai ou sua mãe a pessoa que figura como tal no registro civil, *bem como pelo pai e mãe verdadeiros... ou ainda por quem demonstre legítimo interesse*”. É a solução que prestigia Gonçalves (*apud* FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 512).

Há, ainda, a possibilidade de o filho (já figurando no registro em nome de uma pessoa) promover ação de investigação de parentalidade contra seu pai ou sua mãe verdadeiros, obtendo, como efeito anexo da sentença a desconstituição do primeiro registro e a lavratura de um novo. Em verdade, nesse caso, verifica-se uma ação de negação de filiação por via oblíqua, ajuizada pelo filho, e não pelo ascendente.

Cumprе registrar que, embora esta não seja a solução mais consentânea com a redação restritiva da lei, de acordo com o art. 1.601 do CC/02, o STJ vem permitindo a propositura da investigação de parentalidade com pedido de cancelamento do registro anteriormente existente, impondo-se, tão-somente, a formação de um litisconsórcio passivo necessário entre o pai registral e o suposto pai (investigado). Trilhando esse caminho, detecta-se precedente na jurisprudência:

O cancelamento da paternidade constante do registro civil é decorrência lógica e jurídica da eventual procedência do pedido de reconhecimento da nova paternidade, o que torna indispensável o prévio ajuizamento da ação com tal finalidade (STJ, Ac. unân. 3ª T. Resp. 693/230/MG, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 11.4.06, DJU 2.5.06, p. 307).

Não se confunde a ação de investigação de parentalidade com a ação de investigação de ancestralidade (ascendência genética), pois são demandas distintas, fundadas em diferentes causas de pedir e trazendo consigo diferentes pedidos, tendendo à produção de diferentes efeitos jurídicos.

O filho tem direito de conhecer a sua origem genética que se constitui em direito da personalidade, de modo que é possível ao filho promover, a qualquer tempo, uma ação de investigação de origem genética, apenas para ver reconhecida

a sua ancestralidade, sem qualquer efeito patrimonial, o que não viola os laços afetivos que tenha estabelecido.

Donizetti (2007, p. 124) esclarece que, apesar de serem conceitos ainda, indevidamente, amalgamados, o objeto de tutela do conhecimento da origem genética “é assegurar o direito da personalidade”, enquanto o objeto de tutela da determinação da paternidade é o estado de filiação.

Por meio da ação de investigação de origem genética, uma pessoa que já é titular de uma relação paterno-filial (ou seja, já se tem pai), estabelecida através de hipóteses não biológicas (como o caso da adoção ou de filiação sócio-afetiva), pretende-se obter o reconhecimento de sua origem ancestral, em relação ao genitor biológico, é o que asseveram Farias e Rosenvald (2008, p. 535)

Nesta ação, não se persegue a formação de uma relação filiatória, pois não se quer alterar a relação paterno-filial, pois o autor da ação somente pretende conhecer a sua ascendência genética. Assim, não será gerado o direito a alimentos ou à eventual herança do réu, seu ancestral.

Feijó (2007, p. 535) esclarece que o fato de a Constituição ser um sistema aberto a refletir os valores fundamentais da sociedade a que se destina força o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, como é o caso do direito à identidade genética, este decorrente especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o fato de o ordenamento não fazer expressa menção à possibilidade de ação de investigação de origem genética não é empecilho à sua propositura.

Enquanto no âmbito da ação investigatória de parentalidade almeja-se o reconhecimento do estado de filiação, podendo ser estabelecida a condição paterno-filial por força de um vínculo genético ou sócio-afetivo; de outra banda, no campo da ação de investigação de origem ancestral, o objetivo é mais simples e o escopo cognitivo do processo é: tão-somente estabelecer a origem genética de alguém, independentemente de ter sido, ou não, firmado o vínculo filiatório, como elucidam Farias e Rosenvald (2008, p. 534). Em suma, com a caracterização dessas ações, promove-se a distinção entre os conceitos de pai (quem cria) e genitor (quem procria, gera).



É de bom alvitre destacar que o objeto perseguido pela investigação de ancestralidade é resguardar um direito da personalidade, consistente em descortinar a origem genética, obtendo dados acerca da identidade, código genético, saúde, etc., de seus parentes. Trata-se, portanto, de ação de obrigação de fazer<sup>404</sup>, possuindo grande interesse prático, com o fito de permitir tratamentos médicos e resguardar a própria vida<sup>405</sup>.

Ilustre-se que esta ação é manejada no caso do filho adotivo que pretende investigar a sua origem genética, já se vislumbrando, no particular, orientação na jurisprudência deste país:

Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art. 48 da Lei 8.069/90 – ECA, pois a adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos entre pais e parentes, mas evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 127.541/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 28.8.00).<sup>406</sup>

Importa salientar que, em se tratando de ação meramente declaratória da origem genética, não haverá implicações quanto aos efeitos jurídico-patrimoniais – ou mesmo pessoais – acerca do vínculo filiatório já existente, que se mantém íntegro. Desta maneira, a sentença de procedência do pedido de investigação de origem genética não será averbada no cartório de registro civil (não alterando a relação paterno-filial estabelecida) e não implicará direito a reclamar alimentos ou herança<sup>407</sup>.

Deve-se sublinhar a possibilidade de manejo da ação investigatória de ancestralidade por quem não tem pai (não consolidou um liame paterno-filial) e que já atingiu a maioridade, sendo capaz, de modo a não ter a intenção de buscar o reconhecimento de seu estado filiatório. Em verdade, revela-se uma pessoa que

<sup>404</sup> “Não se trata de ação declaratória (não é possível ação declaratória sobre o fato ‘vínculo genético’). É ação de prestação de fazer: submeter-se a exame genético. Nesta demanda, a presunção judicial é totalmente inservível: de nada adiante o magistrado presumir, pela recusa, que o réu é o ascendente genético do autor. Não se aplica, aqui, o art. 232 do CC-2002” (DIDIER JR. *et al*, 2008, p. 65).

<sup>405</sup> Sérgio Gischkow Pereira não discrepa desse entendimento, de modo que é perfeitamente possível manter o estado de filiação no que toca ao pai registral para que: “o autor da investigatória possa saber quem é seu verdadeiro pai biológico para fins de direito da personalidade” (2004, p. 113).

<sup>406</sup> Partilhando desse entendimento, Maria Berenice Dias (2007, p. 536) dispara: “o fato de estar alguém registrado em nome de outrem não impede o ajuizamento de ação para a identificação de vínculos parentais”.

<sup>407</sup> Welter (2003, p. 184) tem o mesmo pensar no sentido de que do exercício do direito à identidade biológica não se estabelece vínculo parental entre o concebido, que já tem uma família afetiva, e a pessoa investigada.

aspira, somente, ver declarada a sua ancestralidade (para fins de tratamento de saúde, ou por questão existencial, por exemplo) ou por motivo existencial, mas não quer estabelecer um vínculo paterno-filial com um genitor que, durante toda a sua vida, negou-se a reconhecê-la e não travou qualquer ligação afetiva. Neste caso específico, se o investigante quisesse o estabelecimento do vínculo, moveria a competente ação investigatória de paternidade ou parentalidade.

Tornada clara a distinção entre as ações, é hora de aprofundar na diferenciação entre estado de filiação e o direito à origem genética. Como já anunciado, a demanda que envolve a ação de investigação de parentalidade decorre de uma relação de Direito de Família, com o propósito de obter um estado de filiação – que é imprescritível e inalienável. Já a ação de investigação de ancestralidade tem o seu pedido fundado no exercício de um direito da personalidade (não necessariamente uma relação de família) e a pretensão é, por igual, imprescritível e o direito em disputa inalienável.

A descoberta da origem genética (ancestral) é um direito da personalidade, decorrendo, inclusive, de uma necessidade psicológica, existencial, não se justificando deixar de reconhecer a quem tenha interesse nesta pesquisa biológica.

Bem apropriado é o julgado: “caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica, existencial, de se conhecer a verdade biológica” (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 833.712/RS, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 17.5.07, DJU 4.6.07, p. 347). Lobo (2004, p. 523) esclarece:

O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano e pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda, de direito da personalidade.

Enfim, se uma pessoa mantém vínculo paterno-filial com outra, de índole sócio-afetiva, dispondo, assim, do ‘estado de filho’, não se lhe nega o direito de buscar a identificação da origem ancestral (genética)<sup>408</sup>. Isto porque toda pessoa é

---

<sup>408</sup> “O liame socioafetivo é extremamente importante, mas isto não significa negar validade aos vínculos biológicos e registraes, os quais também apresentam relevância evidente em nosso sistema jurídico” (CHAVES, 1999, p. 147-148)

titular de um direito da personalidade<sup>409</sup>, de reclamar a sua origem biológica, de modo a preservar sua própria vida e saúde.

Cabe ainda destacar que, diante da nova arquitetura que se verificou no Direito de Família, a partir dos ditames constitucionais de 1988, considerando-se a amplitude (derivante da inadmissibilidade de limitação ao exercício do estado filiatório) de fundamentos para a propositura de ação investigatória, tem-se, pois, como certa e incontroversa a possibilidade de erigir a sócio-afetividade como *causa petendi*<sup>410</sup> do pedido de ação de investigação de paternidade ou de maternidade.

Em momento próprio, já foram tratadas, neste trabalho, as hipóteses de caracterização da sócio-afetividade, sendo que alguns exemplos podem ser cogitados, como o caso de conhecer da adoção 'à brasileira' e do filho de criação. Uma das situações mais comuns de sócio-afetividade é a posse do estado de filho, que se apresenta se o investigante foi tratado pelo investigado como filho, nas diversas ocorrências da vida, tendo sido considerado como tal no ambiente familiar e sócio-familiar.

Invoca-se, como exemplo, o conhecido caso do filho de criação que é tratado, perante todos, como filho, alheio a qualquer tratamento diferenciado ou discriminatório. Cuida-se, então, de concreta projeção da teoria da aparência nas relações filiatórias, revelando uma situação fática que se impõe diante de todos. Welter (2003, p. 204) sustenta com proficiência o amplo cabimento da ação de investigação de parentalidade sócio-afetiva com fulcro na impossibilidade de discriminação entre os filhos, quanto à sua origem ou condição, decorrente de norma-princípio constitucional que tem auto-aplicabilidade.

Endossa esse coro a lição de Boeira (1999, p. 163): “é possível considerar a posse do estado de filho como causa suficiente para demandar o reconhecimento da filiação e, por conseguinte, declarar a paternidade”. A jurisprudência já teve oportunidade de acolher a investigatória sócio-afetiva, com esteio nesse fundamento:

---

<sup>409</sup> Segundo a Profª Roxana Borges (2005, p. 20): “Considera-se, atualmente, que o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos e se apóiam no direito positivo. Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito, diferente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos de personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos de personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano. Os objetos dos direitos de personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano. [...] Não é personalidade o objeto dos direitos de personalidade, mas algumas qualidades, expressões ou projeções dela.”

<sup>410</sup> Causa de pedir.

A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece às vezes, com quem é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e sócio-afetiva, o reconhecimento da última não significa desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma das formas, é a 'posse do estado de filho', que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o 'estado de filho afetivo', que, além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar situação do juiz de família impõem, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro de filiação do autor, como veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva e todos os seus consectários (TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., ApCív. 70008795775, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 23.6.04).

Infere-se, então, que, por conta das diretrizes principiológicas da Constituição Federal – especialmente a proteção à dignidade da pessoa humana, consubstanciada no art. 1º, inc. III; a garantia à igualdade substancial, prevista no art. 5º da CF/88 e o amplo e irrestrito direito à perfilhação, assegurado no art. 227 do mesmo diploma – já não se pode falar em hipóteses limitativas de cabimento da ação investigatória.

Da mesma forma, o Código Civil em vigor, não apresentando qualquer limitação para a propositura da ação (o que se revelaria, por evidente, inconstitucional) deixa clara a ampla possibilidade de investigação de parentalidade no âmbito sócio-afetivo.

Nesse contexto, é possível afirmar que a ação investigatória, que particularmente interessa a este trabalho em meio a todas as outras delineadas, tem um único fundamento: o estabelecimento do estado filiatório, seja derivante de relações sexuais ou de métodos científicos (tais como a inseminação artificial ou a fertilização *in vitro*), ou, ainda, se dê em decorrência de um vínculo sócio-afetivo.

O objeto da investigação é, portanto, o estado filiatório, que pode ter sido determinado por diferentes razões e fundamentos. Isto é, o estado de filiação pode advir de um vínculo genético ou não, embora se deva pôr em relevo que o exame de

DNA<sup>411</sup> serve como poderoso instrumento em caso de determinação do liame biológico. Deve-se observar, contudo, que somente na hipótese concreta, consideradas as peculiaridades e circunstâncias de cada litígio, é possível estabelecer o vínculo que terá primazia. O importante é que se garanta àquele que investiga o laço biológico o amplo acesso a essa informação, pelo manejo da ação investigatória de parentalidade ou ancestralidade, é o que aqui se defende, ainda que haja uma paternidade sócio-afetiva já constituída.

Segundo Veloso (1997, p. 28), chamando a atenção para a conjuntura anterior à Constituição de 1988, “os casos apontados para que a ação (investigatória) pudesse ser apresentada, os pressupostos de admissibilidade da ação, representam limites, entraves, restrições para o estabelecimento da verdadeira ascendência”. Agora, como é cediço, a igualdade jurídica entre filhos é absoluta e completa, não podendo haver discriminação, tanto que qualquer filho pode ingressar com ação investigatória.

## 6.5 A FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA É LIMITE DE EFICÁCIA PARA O EXAME DO DNA?

Pode-se perceber a importância de se elegerem verdades sobre as quais se sustente a filiação e que havendo quem defenda que apenas o fundamento biológico seja insuficiente para abarcar todas as possibilidades, sob a alegação de que os vínculos de paternidade, maternidade e filiação devem ser considerados como resultados da construção de laços afetivos<sup>412</sup>, o que representa tais vínculos como fruto do nascimento “mais emocional no decorrer do tempo a partir da vontade consciente e responsável e menos fisiológica (FACHIN, 1996, p. 37).

Ressalte-se a importância do reconhecimento da paternidade, de um modo geral, afirmando-se que deve ser questão de análise profunda, haja vista que disto “emanam vários direitos e deveres que podem ser suprimidos ou impostos, quer ao suposto pai, ao suposto filho, como também ao verdadeiro pai biológico” (FURTADO, 2002, p. 14).

<sup>411</sup> “[...] o resultado é fornecido em ‘probabilidade de paternidade’, com frequência acima de 99%; [...] o resultado afirma ou nega a paternidade. Frequência acima de 99%, em se tratando de exame feito no DNA, é considerada universalmente como ‘certeza científica” (SIMAS FILHO, 2002, p. 78).

<sup>412</sup> “[...] A tutela civilística da identidade humana incide desde logo sobre a configuração somático-psíquica da cada indivíduo, particularmente sobre a sua imagem, os seus gestos, a sua voz, a sua escrita e o seu retrato moral. Mas recai também sobre os termos da inserção sócio-ambiental de cada homem, maxime, sobre a sua imagem de vida, a sua história pessoal, o seu decoro, a sua reputação ou bom nome, os eu crédito, a sua identidade sexual, familiar, racial, lingüística, política, religiosa e cultural...”, é o que afirma Rabindranath Souza (*apud* LOTUFO, 2001, p. 47).

Revela-se, de fato, importante que, na construção dos novos modelos de paternidade, maternidade e filiação, o legislador considere inevitavelmente tais dados. Contudo, a verdade biológica, especialmente relacionada à paternidade – em alguns casos também à maternidade - também precisa ser levada em conta, pois é forçoso reconhecer que existem situações em que a paternidade-filiação se estabelece automaticamente diante do nascimento da criança, hipótese em que o fator biológico, ainda que venha acompanhado do afetivo, cria um vínculo que não pode ser desfeito, motivo pelo qual Fachin (1996, p. 59) leciona: “a paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável. Ao reverso, a relação paterno-filial socioafetiva se revela; é uma conquista que ganha grandeza e se afirma nos detalhes”.

Portanto, este trabalho reconhece que, vem havendo uma diminuição da importância da verdade biológica na contemporaneidade, especialmente diante do reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações familiares, fundados nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da democracia e do personalismo.

Não obstante, também defende que a verdade biológica, apesar de exercer hoje um papel bastante diferente daquele que antes havia sido concebido, ainda tem a sua essencialidade no que tange à busca do atendimento aos interesses concretos do filho, especialmente do que pretende conhecer a sua ascendência genética. Veloso (1997, p. 75) presta a seguinte informação:

Com a Constituição de 1988 e as leis infraconstitucionais que vieram regular a matéria relativa à família, o quadro passou por uma revisão, como temos insistentemente alertado. A maioria da doutrina e dos julgados dos tribunais, com base no princípio da igualdade entre os filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, vem entendendo que o descendente tem o direito de investigar a sua paternidade, sem limitação ou restrição alguma, pelo que a presunção *pater is est*, para dizer o mínimo, está bastante enfraquecida, praticamente afastada.

Veja-se, a propósito, este passo, descrito por Tepedino (1997, p. 559):

O fato é que, sob a ótica da Constituição, as ações de estado, expressão processual dos direitos da personalidade, são imprescritíveis. A pessoa humana poderá, a qualquer tempo, ajuizar ação de impugnação da paternidade de molde a cancelar a presunção legal e, mediante a ação de investigação de paternidade — que poderá ser cumulada à ação negatória — determinar o vínculo biológico de filiação.

É sob esse aspecto que ganha importância o exame do DNA, embora autores como Villela (1999) façam sobre isso críticas no sentido de que pensar a paternidade como uma seqüência genética reduz o direito a um ramo ancilar das ciências positivas. Este autor sustenta que somente aquele a quem falte juridicamente o pai tem o direito ao reconhecimento da paternidade biológica.

No entanto, defende-se o exercício da pretensão de conhecer seu verdadeiro pai biológico a todo aquele que assim o desejar, pela importância que atribuir a esse fato, ainda que isso não implique alterações em seu registro de nascimento ou na impugnação da paternidade afetiva.

O exame de DNA é aqui considerado como um benefício que não deve ser invalidado e ao qual a sócio-afetividade não deve impor limites, concluindo-se, antes, pela sua extensão. Louva-se, assim, a imprescritibilidade afirmada tanto pelo ECA (art. 27) quanto pelo art. 1.606 do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 350 do CC de 1916), que formam uma base normativa segura para se garantir o direito à investigação da paternidade.

Qualquer cidadão pode, espontaneamente, comparecer a um cartório e registrar alguém como seu filho, uma vida nova, sem necessitar de qualquer comprovação genética. Do mesmo modo, qualquer indivíduo tem o direito de buscar na genética a verdadeira identidade de seu pai, razão pela qual se assevera que nas ações de investigação de paternidade não se materializa coisa julgada, pelo menos enquanto não for realizado o exame de DNA. Em consenso, o Agravo de Instrumento nº 000.247.666-1/00:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. REL. P/O AC. DES. FRANCISCO LOPES DEALBUQUERQUE. Data do Acórdão: 14.05.2002 Data da Publicação: 08.05.2002. EMENTA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - DECISÃO ANTERIOR, TRANSITADA EM JULGADO, DANDO PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO, POR FALTA DE PROVAS - ARGUIÇÃO DE COISA JULGADA - REJEIÇÃO - A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede a valores mais altos, seja de o "filho saber quem é o pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real (GODOY, 2003, p. 67).

Igual importância tem o exame de DNA nas ações negatórias de paternidade, como já visto. Nesta, com escopo inverso da ação de investigação filiatória, procura-

se desvincular do vínculo de parentesco o homem que era, até então, considerado como pai, sendo também uma ação imprescritível, pois recai sobre o estado da pessoa, tendo como objeto o direito personalíssimo à historicidade pessoal (Súmula 149/STF e art. 27/ECA).

Esse direito merece relevo, pois é a única forma de saber a origem biológica da pessoa, além de incorporá-la a sua família, permitindo o seu bom desenvolvimento e atribuindo aos pais os deveres que lhes são inerentes (CAMBI, 2002, p. 253).

Ao chegar nesse ponto, cumpre fazer uma reflexão sobre o preconceito existente por parte de alguns doutrinadores e julgados quanto ao fato de o pai declarante ingressar com a Ação Anulatória de Registro Civil, visando a desconstituir uma paternidade que declarou 'induzido a erro'.

Usando o já comentado conceito de "desbiologização da paternidade" e o argumento de que deve prevalecer a paternidade declarada, vez que o suposto pai reconheceu a paternidade livremente e que, por isso, seria, inclusive, parte ilegítima para ingressar com a referida ação, esses doutrinadores e julgados adotam uma posição que, no entender desse trabalho, fere o Princípio Constitucional da Igualdade.

Entende-se, deste modo, que, assim como é garantido ao filho o direito de conhecer sua origem biológica, mesmo que para isso seja necessário desconstituir uma paternidade anteriormente declarada, da mesma forma ao pai declarante que, de posse da verdade, demonstra o desejo de desconstituir essa paternidade que, tendo sido induzido a erro, reconheceu, a Justiça tem o dever de conceder-lhe o direito a ingressar com a ação.

Até porque o próprio desejo de desconstituir a paternidade prova que o laço de afeto não era tão forte assim, tornando-se a manutenção da paternidade algo ofensivo aos próprios interesses da criança.

Diferente, contudo, é a situação na qual alguém registra um filho que sabe não ser seu, como no caso da 'adoção à brasileira', por conta de uma relação afetiva que mantém com a genitora do menor, mantendo-se próximo ao filho e participando intensamente de sua vida, dando-lhe amor, carinho, atenção e educação. Tempos depois, dissolvida a relação afetiva com a mãe do menor, pretende o pai registral negar a paternidade voluntariamente reconhecida.



Ora, seu pedido, sem dúvida, é possível, e não se submete a prazos extintivos. Todavia, na hipótese narrada, a maioria dos autores como Farias e Rosenvald (2008), posicionam-se no sentido de que o caminho natural seria a improcedência do pedido, considerada a formação de vínculo afetivo.

Embora se aquiesça com essa solução, neste caso, o critério sócio-afetivo não deve ser tomado como regra, de modo a implicar, de antemão, a improcedência da demanda, pois poderá o magistrado, analisando todas as circunstâncias acolher ou não a tese da sócio-afetividade, a depender da prova consubstanciada no processo.

Das duas conjunturas vistas infere-se que vieram em boa hora as modificações previstas no Novo Código Civil, que torna imprescritível a ação que poderá ser intentada pelo marido a fim de contestar a paternidade do filho advindo do casamento ou da união estável, que era outra dificuldade enfrentada por aqueles que conheciam a verdade.

Pode-se atestar, assim, que essas ações passaram a ter maior relevância com o acesso mais amplo ao exame do DNA. Não se pode negar que o Direito tem aproveitado os grandes avanços da medicina produzidos pela genética, nem é exagero dizer que o exame do DNA revolucionou o Direito de Família, tendo reflexos imediatos no processo civil.

O DNA trouxe, de fato, um elevado grau de cientificidade ao juízo probatório<sup>413</sup>, fazendo com que aquilo que antes se julgava com base em aparências passasse a ser diagnosticado e solucionado com ínfima margem de erro. Corroborado com isso Furtado (2002, p. 15) afirmando que:

O exame pericial em DNA, sem sombras de dúvida, foi uma descoberta brilhante da ciência, constituindo uma das, senão a maior, conquista da Engenharia Genética no último século, tendo sido largamente usado pelo Judiciário nas ações em que a certeza da paternidade é buscada.

Outros autores também se pronunciam de modo altamente favorável ao uso do exame de DNA, como se vê em Almeida (2001, p. 142):

---

<sup>413</sup> “A atividade probatória que se realizava, nos processos desencadeados pelas ações de estado, até bem pouco tempo atrás, resumia-se a indícios, oitiva de testemunhas e exames de sangue, nem sempre confiáveis” (CAMBI, 2002, p. 253).

A Era DNA provocou uma alteração de rota das lides que orbitam em torno da descoberta do vínculo genético, até então revestidas pelo véu do impenetrável e munidas somente de provas indiretas a formar o convencimento do juiz, declarando ou não o vínculo paterno-filial (ALMEIDA, 2001, p. 142).

E, ainda, em Raskin (1999, p. 21):

Até o advento do Teste em DNA, não era possível garantir com absoluta certeza se um indivíduo era ou não filho biológico de um determinado casal. No entanto, com o advento das técnicas que analisam o DNA, este problema ficou definitivamente resolvido, já que agora é possível não só excluir os indivíduos falsamente acusados, mas também obter probabilidade de inclusão extremamente próximas de 100%. Ou seja, é possível, através do Teste em DNA, afirmar que um indivíduo é, com certeza, o progenitor de determinada pessoa, inclusive naqueles casos em que membros da família já faleceram.

Desse modo, 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, embora não impossível, para o magistrado desconsiderar o laudo pericial, decorrente do exame do DNA, para negar a existência de um vínculo de paternidade nele consignado ou afirmar que ele existe, se os dados apontarem o contrário (CAMBI, 2002).

É por isso que o juiz, diante de uma ação filiatória, deve exercer, de forma exauriente, o seu poder instrutório, procurando atender aos fins sociais do processo, a fim de que explicita os motivos que o levaram à eleição de determinado critério, no caso concreto, no estabelecimento do liame paterno-filial, após verificadas as mais diferentes circunstâncias e elementos de prova, inclusive a prova técnico-biológica, através do exame de DNA que, como todas as outras provas, não deve ser descartada.

Portanto, em detrimento de optar-se pela verdade sócio-afetiva diante da verdade biológica, afastadas quaisquer dúvidas pelo exame do DNA, certo é afirmar-se que da aplicação do Direito não deve resultar injustiças.

Não se pode olvidar que no âmbito das ações investigatórias de paternidade, duas situações se reprisam, constantemente, a saber: a do homem que engravida uma mulher e se recusa a registrar o filho, inexistindo afeto entre pai e filho, hipótese na qual não consta a filiação paterna no registro civil, e a do homem que registra um filho, porém, com ele não estabelece qualquer relacionamento, restringindo-se,

quando muito, a pagar pensão alimentícia ou esporadicamente exercer visitas, caso em que existe registro civil de nascimento completo, a despeito de não haver vínculo afetivo formado.

Nas duas situações, costumeiramente, o juiz determina a filiação pelo critério científico, biológico, que prevalece quando se realiza o exame de DNA e comprova-se o vínculo genético. Mas, não apenas nessas ocasiões a verdade biológica pode ou deve ser aplicada, também em outras circunstâncias poderá suplantar o critério sócio-afetivo, ou dar lugar a ele.

O que se deve evitar é a consagração de fórmulas prontas como “o critério biológico [...] deve prevalecer quando não há vínculo afetivo formado” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 515), de modo a rotular de imprestável, em certas situações, o método biológico de determinação da filiação, sem que se promova a perquirição de todos os fatores identicamente relevantes, na apuração da paternidade e da maternidade<sup>414</sup>.

Veja-se o posicionamento da jurisprudência que destoa, em parte, do posicionamento aqui defendido:

O Superior Tribunal de Justiça vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A *contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 878.941/DF, rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, j. 21.8.07, DJU 17.9.07, p. 267).

Assim, a interpretação do Direito de Família exige compreensão do ser humano, o amor e o afeto devem ser considerados como fundamentos importantes para a realização do homem em sua vida em sociedade, mas o exame do DNA deve ser assimilado pelo Direito como forma de ser útil à promoção dos valores que sejam mais caros à pessoa e à sua melhor inserção na sociedade. “Somente uma postura

---

<sup>414</sup> É cristalina a importância do laço sócio-afetivo. O que não se admite é que a atribuição da paternidade pelo aspecto afetivo sempre seja a mais importante, isto por como bem destaca Chaves (1999, p. 159): “[...] Cada parentalidade tem uma importância evidente, que permite aclarar uma situação obscura”. Desse modo, a que prevalecerá no caso concreto vai depender do que busca a parte interessada no processo, aliando o seu desígnio às circunstâncias da situação e às provas produzidas no bojo dos autos.

crítica permitirá que as mudanças científicas sejam bem recepcionadas pelo Direito, sem prejuízo da justiça e da promoção do ser humano” (CAMBI, 2002, p. 257).

Disto isso, conclui-se que a filiação sócio-afetiva não deve ser tomada pura e simplesmente como limite de eficácia para o exame do DNA. Em outras palavras, não basta que esteja presente para elidir o método biológico de determinação da filiação, o que serviria de passo para o cometimento de várias injustiças. Afinal, “a sócio-afetividade somente pode ser usada para determinar o vínculo parental, jamais para negá-lo” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 515).

## 6.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais ostentam a característica de configurarem a própria razão de ser da Constituição, constituindo-se entre seus elementos fundantes, enquanto esta existe para protegê-los. Os direitos fundamentais têm um *status* jurídico próprio, no sentido de sua proteção pela Constituição, não podendo ser alterados no Ordenamento pátrio, vez que o artigo 60, § 4º, inciso IV, impede que seja objeto de emenda à Constituição, proposta tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Como se viu, do ponto de vista jurídico, não há hierarquia entre os princípios constitucionais, ou seja, todas as normas constitucionais têm igual dignidade e importância, no plano teórico, de forma que, no plano fático, a incidência delas sobre uma dada situação pode gerar uma colisão real entre os direitos fundamentais, ocasião em que o princípio da proporcionalidade se torna o principal instrumento no sentido de possibilitar uma justa decisão no caso concreto, visando sempre a preservar os princípios constitucionais em jogo.

Diante do exposto, quando existe tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional vigente, o de menor peso cede aplicabilidade ao de maior valor, em uma “relação de precedência condicionada”<sup>415</sup>. Não são estipuladas cláusulas de exceção, como nos casos entre conflitos de regras, pois, senão, estar-se-ia limitando o princípio constitucional para situações futuras, quando poderá preceder frente a outros valores com os quais colida. Busca-se, pela máxima da

---

<sup>415</sup> Robert Alexy (2008) conceitua a relação de precedência condicionada, estabelecida tomando em conta um caso de colisão examinado, para dele deduzir as condições sob as quais um princípio precede a outro.

ponderação, avaliar, ante as condições do caso, qual valor detém maior peso<sup>416</sup>, devendo prevalecer na ocasião.

O fenômeno da colisão entre direitos fundamentais é similar ao conflito entre princípios, uma vez que o conteúdo de um direito fundamental é abrangente e abstrato, informativo de toda a atuação do poder público, sendo possível capturá-lo apenas diante da situação subjetiva materializada (PAUL, 2006).

Para que reste caracterizada a colisão entre direitos fundamentais, deve-se partir de duas premissas, quais sejam, o entendimento de que os mesmos permitem o indivíduo a formular pretensões negativas ou positivas perante o Estado, ou seja, "fazer reivindicações, reclamar condutas estatais" (AMARAL, 2001, p. 116) e a possibilidade de limitação.

Em tese, os direitos fundamentais são ilimitados. Contudo, são duas as hipóteses em que sofrem limitação legítima: no caso de elaboração, com base em exigência constitucional, de norma restritiva de direito fundamental e quando um ou mais direitos fundamentais colidem entre si (colisão *stricto sensu*) ou com outro princípio constitucional (colisão *lato sensu*).

De qualquer modo, deve ficar claro que não existe hierarquia entre direitos fundamentais<sup>417</sup>. Apesar de uma parte da doutrina advogar a idéia de hierarquia ontológica, em que o direito à vida é o direito supremo e que todos os demais são a eles submissos, ou mesmo utilize o princípio *in dubio pro libertate*, o escalonamento hierárquico dos direitos fundamentais é incompatível com sua natureza e com sua função no Estado Democrático de Direito<sup>418</sup>.

Na realidade, os direitos fundamentais possuem a qualidade da "supraconstitucionalidade" (SAMPAIO, 2002, p. 730), que significa a superioridade de certas normas, explícitas, como os direitos fundamentais, ou implícitas, como o

---

<sup>416</sup> O peso genérico, que a ordem constitucional confere a cada um dos interesses envolvidos, é meramente indiciário do peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto, só podendo ser aquilato em face do problema a ser solucionado. Ele será condicionado à intensidade com que forem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto (SARMENTO, 2002, p. 103-104).

<sup>417</sup> Seguindo a orientação das cortes constitucionais italiana, alemã, portuguesa, francesa, espanhola e norte-americana, o STF posicionou-se no sentido de impossibilidade de escalonamento dos direitos fundamentais, gozando todos da mesma proteção constitucional (PAUL, 2006).

<sup>418</sup> "O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça" (BARROSO, 1999, p. 215). A razoabilidade surge, assim, no contexto do Estado Democrático de Direito como cânone do direito constitucional moderno, que se irradia por todo o ordenamento jurídico, e funciona como a medida da legitimidade dos atos do poder público, evitando medidas arbitrárias e desarrazoadas.

princípio da razoabilidade<sup>419</sup>, em relação ao conteúdo da Constituição. Admitir a possibilidade de superioridade de um ou mais direitos fundamentais sobre os demais é impor uma espécie de tirania de valor, esvaziando o conteúdo dos direitos fundamentais, observado diante da colisão entre os mesmos.

Sendo uma ação de estado, a investigatória de paternidade<sup>420</sup> refere-se à busca dos verdadeiros ancestrais para o adequado assento nos registros públicos de filiação. Pela sua relevância na esfera social, essa ação se norteia pela Constituição Federal, pelo Código Civil e por leis especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, vistos nos capítulos anteriores de forma minudente.

Para alicerçar a discussão a respeito do estado de filiação, tem-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III, da Constituição Federal<sup>421</sup>. É possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais. Isto é: “terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles” (SARLET, 2001, p. 87). A esse respeito, assim se expressa Andrade (1998, p. 102):

[...] realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.

Nessa perspectiva, entende-se que a Carta Magna erigiu a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, impondo que as relações humanas sejam estabelecidas à luz desse princípio, que se exteriorizará na medida em que o valor da pessoa humana for o ponto de referência para a compreensão das relações interpessoais.

<sup>419</sup> Com efeito, a razoabilidade é condição de efetivação dos direitos fundamentais no sentido de que o núcleo ou conteúdo essencial de um direito fundamental (Wesensgehalt) somente pode ser extraído a partir da análise concretista da situação de restrição ilegal do direito *sub examen*, principalmente nas hipóteses de colisão entre estes direitos. A concepção de que os direitos fundamentais estão todos no mesmo patamar constitucional, conduz ao desenvolvimento de uma lógica flexível, ou seja, de balanceamento dos valores envolvidos na situação concreta, partindo de um juízo de razoabilidade no sentido extrair o conteúdo dos direitos fundamentais conflitantes para harmonizá-los, nem que dada as circunstâncias apresentadas, um prepondere sobre os demais.

<sup>420</sup> Ademais, registre-se, em ações dessa natureza, indiscutível o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da CF, o qual se sobrepõe às formalidades legais, assegurando ao investigado o direito de ver afastada qualquer dúvida sobre a sua paternidade biológica e ao apelado a confirmação definitiva da sua origem biológica (JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 2005, p. 402-406).

<sup>421</sup> Art. 1º da CF/88. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

Alicerce fundamental para a discussão sobre o estado de filiação é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, expresso no inciso III, do artigo 1º da Carta Maior, que estabelece: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] III – a dignidade da pessoa humana”.

Sobre tal princípio discorre Moraes (2000), afirmando que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se apresenta de forma singular na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se num mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Assim, como ponto central de interpretação da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra caráter específico para o estado de filiação em seu artigo 227<sup>422</sup>, que trata do direito fundamental da criança à dignidade, respeito e à convivência familiar. Todavia, embora se possa falar em convivência familiar totalmente dissociada da ancestralidade, ter conhecimento de sua origem é pressuposto essencial para o correto desenvolvimento de tal direito fundamental<sup>423</sup>.

Já no novo Código Civil, esse princípio se encontra no capítulo que trata “Dos Direitos da Personalidade”, marco da ordem pública em tal diploma privado. Especificamente no que diz respeito à paternidade, constata-se que o teor do artigo 1.604<sup>424</sup> da codificação civilista de 2002, que é cópia fiel do artigo 348 da de 1916, justifica a ação de investigação visando ao correto assento dos registros públicos<sup>425</sup>.

Sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade humana é “um dos princípios constitucionais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro” (ARAÚJO, 2000, p. 102). No mesmo sentido é o pensamento de Piovesan (1998, p. 34) ao escrever que:

---

<sup>422</sup> Art. 227 da CF/88. 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.

<sup>423</sup> “A grande verdade é que se trata de direito fundamental do ser humano conhecer seu pai, o que é básico na convivência familiar” (PEREIRA, 1999, p. 107-108).

<sup>424</sup> Art. 1.604 do CC/02. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro.

<sup>425</sup> É na legislação especial que se verifica, de forma expressa, a importância da filiação nas relações sociais dos indivíduos. Nesse sentido é o multicitado artigo 27 da Lei nº 8.069/1990 que dispõe: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”

[...] o valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Do exposto deduz-se, então, que qualquer interpretação que não garanta a dignidade humana<sup>426</sup> deve ser considerada como inconstitucional. Destaquem-se, a seguir, os ensinamentos de Silva (2000, p. 156):

[...] a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

A essência da expressão dignidade humana é difícil de ser determinada, pois contém um dado subjetivo muito forte. No mínimo, pode-se dizer, com amparo nas lições de Bastos (1988, p. 425), que "a referência à dignidade humana parece englobar todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico". De igual teor é a conclusão de Silva (2000, p. 149), que diz que "a dignidade humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões".

De qualquer modo, apesar da dificuldade em se definir o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, há de se saber como identificar situações nas qual o princípio está sendo violado, e ninguém em sã consciência poderá afirmar que, ao se impedir a busca da paternidade, e por conseqüência uma série de direitos fundamentais, se estará observando o princípio constitucional. Não permitir que o autor, mesmo com os progressos da ciência, possa descobrir quem é seu pai, é ferir a dignidade da pessoa humana.

Outro aspecto de suma importância para se entender a questão posta nessa dissertação é a colisão de direitos fundamentais, no particular, entre o direito à

---

<sup>426</sup> O princípio fundamental da Constituição de 1988 é reconhecidamente o da dignidade da pessoa, em todos os setores da vida humana, e assim aplicada ao longo do texto constitucional (SOUZA, 2005, p. 1.150).



segurança jurídica decorrente da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e o direito fundamental da criança à dignidade, ao respeito e à convivência familiar (art. 227, *caput*).

Embora não incluído no capítulo dos direitos fundamentais, não há dúvida de que o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar são direitos fundamentais da criança, pois constituem o mínimo necessário para a garantia de uma vida digna.

Vale lembrar que a própria Constituição, no art. 5º, § 2º, estabelece que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". É possível, portanto, encontrar direitos fundamentais fora do Título II (art. 5º a 17), sendo que a enumeração feita pelo constituinte não exclui outros, ou seja, não é taxativa.

Este também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que já teve oportunidade de analisar a questão. Na ADIN 939-7<sup>427</sup>, relatada pelo Min. Sydney Sanches, o Supremo reconheceu como garantia individual assegurada ao contribuinte o princípio da anterioridade, previsto no art. 150, III, "b", da Constituição Federal, ou seja, fora do art. 5º, da Constituição. Um trecho do voto do Ministro Carlos Velloso, proferido na RSTF 186/164, explicita o entendimento acima referido:

Ora, a Constituição, no seu art. 60, § 4º, inciso IV, estabelece que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais". Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição" (trecho do voto do Min. Carlos Velloso, RSTF 186/164) (BONFIM, 2004, p. 8).

Diante do exposto, infere-se que o direito à dignidade da criança e à convivência familiar também são direitos fundamentais, e, de algum modo, devem ser preservados.

---

<sup>427</sup> Portanto, no referido ADIN nº 939-DF, o STF concluiu "verbis": a) "Uma emenda à Constituição, emanada, portanto, de Constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional pelo STF, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102, I, "a" da CF [...]), cfe RTJ 151/755); b) "Se na vigência da lei anterior, o servidor preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria não o faz perder o seu direito que já estava adquirido [...]", in RMS n. 11.395, in RTJ 48/392.

Do reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana decorre a salvaguarda dos direitos da personalidade. Estes, segundo Mota Pinto (1996, p. 207), configuram "um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa", incidentes sobre a sua vida, nome, honra, saúde e integridade física, liberdades física e psicológica, imagem e reserva sobre a intimidade de sua vida privada.

Dessa enumeração, emanam questões relativas à vida em formação, aos novos métodos de reprodução da pessoa humana, às situações de risco de vida, à manipulação genética da pessoa<sup>428</sup>, ao transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, dentre outras igualmente atuais.

Celebrizam-se por serem: a) de natureza extrapatrimonial, apesar do seu maltrato poder implicar em reflexos econômicos; b) direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*, pois o seu respeito é imposto a todos; c) irrenunciáveis, não podendo o seu titular deles abdicar; d) intransmissíveis, considerada inválida a sua cessão a outrem, mediante ato gratuito ou oneroso; e) imprescritíveis, uma vez que o transcurso do tempo, sem o seu uso pelo titular, não lhe acarreta a extinção.

Dentre essas características, duas delas estão intimamente vinculadas ao tema em estudo, quais sejam: a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade. É que estas impedem que a vontade do titular possa legitimar o desrespeito à condição humana do indivíduo. Isso não significa que tornem, de todo, irrelevante o consentimento<sup>429</sup> nessa seara. Apenas limitam a liberdade de sua manifestação quando contrária à ordem pública.

Exemplificando, de nenhuma valia se afigura o consenso capaz de importar na supressão do bem da vida. Diferentemente, assoma admissível, observados certos parâmetros, uma limitação voluntária do direito à integridade física, como se

---

<sup>428</sup> Chama a atenção o impressionante relato de Volnei Garrafa (Questões sobre bioética. *Revista CEJ*, Brasília, n. 8, p. 104-108, mai./ago. 1999) acerca da publicação de denúncia de que empresas norte-americanas expuseram à venda DNA de índios suruí e caritianas, o qual possui, no mercado internacional, elevada cotação, tendo em vista se cuidar de matéria-prima da maior importância para a fabricação de novos imuno-derivados e vacinas.

<sup>429</sup> No direito positivo brasileiro, o art. 104 do Código Civil/02, ao mencionar os requisitos indispensáveis à validade dos atos jurídicos, é incisivo em dizer que esta requer objeto lícito, de modo a afastar as disposições ofensivas à ordem pública. No que concerne à revogabilidade do consentimento, tem-se, na recente Lei 9.434/97, a disciplinar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, que o doador, estando vivo, poderá, a qualquer instante revogar a doação, desde que o faça antes desta (art. 9º, §5º). Quanto à doação *post mortem*, a MP 1.718 – 3, de 30-12-98, inseriu o §4º ao art. 4º, dispondo que o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge, poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será prontamente acatado pelas equipes de transplante e remoção.

vê no consentimento<sup>430</sup> para intervenções médicas (dispensável em casos de estado de necessidade), submissão a operação plástica de cunho estético, participação em jogos esportivos violentos, e outros<sup>431</sup>.

É imprescindível ao respeito da dignidade do ser humano observarem-se as conseqüências jurídicas decorrentes dos direitos de personalidade, uma vez que a sua idealização, com ênfase para a jurisprudência alemã, formada em período posterior à segunda conflagração mundial, objetivou evitar que o indivíduo fosse submetido a qualquer tipo de menosprezo, seja pelo Estado, ou pelos demais indivíduos (RIZZATTO NUNES, 2002).

## 6.7 O MÉRITO DO DIREITO DE PERFILHAÇÃO

Concomitantemente às transformações sofridas em seu núcleo estrutural pelo direito de família, consolidou-se a refinada elaboração dos direitos da personalidade<sup>432</sup>, voltados à tutela do que cada pessoa humana tem de mais seu, como atributos inatos e inerentes, alcançando-se o que Pontes de Miranda denominou "um dos cimos da dimensão jurídica" (1989, p. 6).

São dois universos distintos, pois o direito de família volta-se aos direitos e deveres das pessoas, hauridos do grupo familiar, e os direitos da personalidade, aos que dizem respeito à pessoa em si, sem relação originária com qualquer outra ou com grupo. A origem genética da pessoa, tendo perdido seu papel legitimador da filiação, principalmente na Constituição, migrou para os direitos da personalidade, com características distintas.

Da Constituição derivam o estado de filiação biológico e não-biológico e o direito da personalidade à origem genética, e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, extraem-se as bases para a solução do conflito, pela

---

<sup>430</sup> Impondo balizas à expressão volitiva, o art. 81 do Código Civil português de 1966 assevera que o consentimento do titular não poderá contrariar a ordem pública, ficando-lhe assegurado o direito de revogá-lo a qualquer tempo. Por seu turno, a hispânica Lei 25, de 20 de dezembro de 1990, denominada Lei do Medicamento, disciplina, nos seus arts. 59 e segts, que o assentimento para a realização de experiências clínicas há de ser prestado de modo expresse, mediante escrito, após o interessado haver recebido informação precisa sobre a natureza da intervenção, seu alcance e risco, podendo, a qualquer tempo, ser revogado sem invocação de causa.

<sup>431</sup> Segundo Borges (2005, p. 131): "O consentimento do interessado é causa de exclusão da antijuridicidade quando a pessoa pode livremente dispor de tais bens."

<sup>432</sup> "Como direito da personalidade, a paternidade não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível" (JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 2005, p. 402-406).

aplicação do princípio do melhor interesse do filho<sup>433</sup>. Esta Convenção<sup>434</sup>, com força de lei ordinária no Brasil, desde 1990, que teve importância significativa na medida em que a primazia do direito dos pais é transferida para o do filho, estabelece que todas as ações relativas às crianças devem considerar, primordialmente, o seu melhor interesse (LÔBO, 2004).

Vê-se, então, que após o advento da Constituição Federal de 1988, que reformou o instituto da filiação, adotando um sistema unificado e acabando com qualquer discriminação em relação aos filhos, cabe agora ao ordenamento jurídico encontrar meios sustentáveis “para reconhecer a paternidade mais condizente com a realidade daqueles que a procuram” (DELINSKI, 1997, p. 38), dentre as três linhas que a compõem: a paternidade<sup>435</sup> jurídica<sup>436</sup>, a biológica e a sócio-afetiva.

Seria perfeito se a paternidade se fundasse nas três espécies, porém, casos existem em que as mesmas se confrontam, criando um grande problema jurídico para se estabelecer a paternidade.

Assim, reconhece-se que o conflito entre pais biológicos e pais não biológicos do filho menor não mais se resolve, de pronto, pela primazia dos primeiros ou dos segundos. A solução do conflito, como visto, mudou o foco dos interesses, dos pais para os filhos.

De qualquer sorte, ressalte-se a importância da ancestralidade, já que a origem biológica presume o estado de filiação<sup>437</sup> ainda não constituído, independentemente de comprovação de convivência familiar. Nessa linha de raciocínio, a investigação da origem biológica exerce papel fundamental para

---

<sup>433</sup> “O melhor interesse da criança [...] deve ser entendido como aquele que vê a criança não como objeto dos direitos, mas como sujeitos dos chamados direitos dos adultos, como preleciona a Professora Tânia da Silva Pereira” (*apud* MARQUES, 2001, p. 56).

<sup>434</sup> A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em sessão de 20.11.89 da Assembléia Geral das Nações Unidas e no Brasil foi ratificada através do Decreto n. 99.710/90. Essa norma, inteiramente conforme com a Constituição, foi absorvida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002.

<sup>435</sup> Dentre a paternidade jurídica e a biológica, uma realidade ficava à margem da legislação, a paternidade sócio-afetiva, ou seja, aquela que demonstra a intensa relação entre pai e filho. Neste sentido, contrabalançando a verdade biológica e a sócio-afetiva, é que surge o instituto da posse de estado de filho, valorizando-se a *afectio*, o caráter sociológico da filiação (FACCHIN, 1996, p. 65).

<sup>436</sup> “Muitas vezes, não passava pelos muros da verdade jurídica a busca da verdade biológica, menos ainda a da verdade socioafetiva, a não ser nos limites estreitos previstos pelo próprio sistema no seio da ‘contestação’ privativa da paternidade” (FACHIN, 1996, p. 65).

<sup>437</sup> Todavia, na hipótese de estado de filiação não biológica já constituído na convivência familiar duradoura, comprovado no caso concreto, a origem biológica não prevalecerá. Em outras palavras, a origem biológica não se poderá contrapor ao estado de filiação já constituído por outras causas e consolidado na convivência familiar (Constituição, art. 227), salvo se esta se formar voluntariamente desde a origem, não eivado de fraude.

atribuição da paternidade ou maternidade e, *a fortiori*, do estado de filiação, quando ainda não constituído.

Embora não se possa partir da idéia que o direito de perfilhação ostente caráter absoluto, é indiscutível a necessidade de se verificar a correta linha de parentesco do indivíduo, e, conforme já destrinchado no presente trabalho, não faltam justificativas legais para se discutir a veracidade dos assentamentos de filiação, de modo que, nesse contexto, devem-se assegurar meios, como as ações investigatórias, para se tomar pleno conhecimento da verdade genética que tem reflexo no âmbito dos Registros Públicos, se assim for o desejo das partes envolvidas.

Como meio investigatório sabe-se que o exame de DNA exerce papel de destaque. Mas, para a sua realização, é necessária a colheita de material, o que, para muitas pessoas, é quase um sacrilégio, havendo quem prefira amargos remédios a levar uma agulhada ou tirar um fio de cabelo – presente, portanto, o sentimento, e, nele, a subjetividade, o que é suficiente para caracterizar um estado de sofrimento com ofensa à integridade física e psíquica, tuteladas como direito individual.

Apresenta-se, assim, o direito de perfilhação em contraposição ao direito ao silêncio, à inviolabilidade da intimidade, à vida privada e à intangibilidade corporal, de um lado; e o direito ao respeito e à convivência familiar da criança, aliado ao acesso à ordem jurídica justa, em oposição à coisa julgada material e à segurança jurídica, de outro. Perquire-se, então: são conflitantes os dispositivos constitucionais que tutelam tais direitos/garantias/princípios, considerando-se que todos se inserem no conceito de direitos fundamentais?

A resposta a tal indagação enseja uma breve incursão sobre o tema, desde logo, referindo-se à noção doutrinária que classifica as antinomias em reais e aparentes. Diniz (2006) refere o conceito sobre o que consiste uma antinomia real: “antinomia é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada no caso singular”. Partindo dessa premissa, a autora conclui que a existência de uma antinomia real somente ocorre quando, após os processos adequados de interpretação, persiste a colidência entre duas normas.

É na lição de Ferraz Jr. (1994, p. 211) que se encontra o exato conceito de antinomia jurídica como:

A oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.

Quando existir a possibilidade da solução do suposto conflito de normas, com os instrumentos de interpretação colhidos do próprio sistema jurídico, mantendo-se a sua unidade, estar-se-á diante de uma antinomia aparente. Boaventura (2005, p. 1) alude ser a antinomia aparente:

Caracteriza-se como aparente, a antinomia que é conciliável ao conceito de sistema jurídico do direito, pois a mesma não fere, essencialmente, o princípio da unidade do sistema e a idéia de coerência entre os elementos normativos. A conciliação se dá por via interpretativa, buscando qual entre as Leis em questão deve ser aplicada ao caso concreto. O apontamento de outra será por critérios preexistentes (cronológico, hierárquico e de especialidade).

Para se supor colidentes esses direitos, necessário seria afirmar que: de um lado, o direito à perfilhação envolvesse necessariamente a possibilidade de se violar a intimidade e a vida privada das pessoas, não podendo existir freios, porque, caso existissem, comprometido restaria esse direito; de outro lado, a proteção irrestrita do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada tivesse como pressuposto o cerceio da liberdade de ação com vistas ao exercício do direito de conhecer a filiação.

Todavia, a colisão entre ambos os direitos, em realidade, não ocorre. Conforme se vê, a solução para esse suposto conflito de normas se colhe diretamente do próprio Ordenamento, por mera interpretação de normas constitucionais, não passando, pois, de antinomia aparente, e não real.

[...] é a própria Constituição resolve o conflito, deixando, decerto, uma decisiva parcela ao magistrado, frente ao caso concreto. É certo que a unidade hierárquico-normativa da Constituição, sobretudo em terreno de direitos personalíssimos, não torna consentânea com o ordenamento a predominância de um dispositivo sobre o outro. Há que haver, e de alguma maneira informada pela própria Constituição Federal, meio idôneo de conciliação (JABUR, 2000, p. 335).

Afirma-se, então, a inexistência de antinomia real entre os direitos fundamentais cotejados, encontrando no próprio Ordenamento, e no plano constitucional, solução interpretativa harmônica para conciliá-los (BEZNOS, 2003).

Conforme já se abordou, não existe hierarquia jurídica entre os princípios, conquanto normalmente haja entre eles uma tensão estável. Como já se sabe, não raras vezes os princípios constitucionais apresentam entre si algum aparente antagonismo.

Não há falar-se, então, em caso de colisão de princípios constitucionais, em antinomia, mesmo porque não se podem puramente aplicar os critérios clássicos para resolução de antinomias<sup>438</sup> entre regras.

Na colisão entre direitos fundamentais, da mesma forma que no conflito entre princípios, diferentemente do que ocorre com o conflito de regras (dimensão de validade), um princípio elimina o outro. A solução para a colisão de princípios, que não têm aquela pretensão de exclusividade, é resolvida com o ajuste entre ambos os lados, permitindo-se encontrar um meio-termo<sup>439</sup> entre a vinculação e não-vinculação, dentro da reserva do possível (CAMBI, 2002, p. 110).

Afinal, a Constituição não representa um aglomerado de normas isoladas, mas um sistema orgânico, no qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais. Canotilho (1993, p. 232) ressalta que “o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar”.

Foram, então, desenvolvidas duas soluções pela doutrina, as quais vêm sendo utilizadas comumente pelos Tribunais, sendo a primeira a da concordância prática (HESSE, 1991) e, a segunda, a da dimensão de peso ou importância (DWORKIN, 2002). Diante dessas duas soluções, surge, em geral, o princípio da proporcionalidade como o "princípio dos princípios" que, a rigor, denota noção de equilíbrio ponderado, ou seja, equivale somente à proporcionalidade em sentido estrito do direito alemão.

Assim, o princípio da proporcionalidade é a melhor solução para os (aparentes) conflitos em tela, sendo dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se razoáveis ou desproporcionados.

---

<sup>438</sup> Exclusão recíproca (FERREIRA, 1993, p. 34).

<sup>439</sup> Devem ser ponderados os princípios, a fim de que se sacrifique o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais. Essa técnica de ponderação tem origem e desenvolvimento na garantia do devido processo legal, em sentido substantivo (CAMBI, 2005, p. 72).

Embora esta "dependência" da análise do caso concreto é um dos móveis principais das críticas ao princípio, que se voltam principalmente contra a excessiva margem de subjetivismo que marca sua aplicação pelos órgãos jurisdicionais, para a Professora Suzana de Toledo Barros (1996), apoiada em lição de Robert Alexy, autor da obra "*Teoría de los derechos fundamentales*", não é possível estabelecer uma ordem de prevalência, sendo que somente mediante a ponderação desses bens no caso concreto, necessária e ineliminável, pode-se chegar a um resultado restritivo<sup>440</sup>.

Retomando à análise do conflito aparente entre direitos/princípios fundamentais, uma das centrais do presente estudo dissertativo, mencione-se que o autor Dinamarco (2002, p. 67) finaliza artigo em que defende a relativização da coisa julgada, alegando que sua proposta não intenciona minar imprudentemente o instituto da coisa julgada, para tornar regra geral a sua infringência. Em oposto, pretende apenas afastar absurdos, injustiças e fraudes à Constituição, em situações extraordinárias.

Filia-se este trabalho à corrente de pensamento do supracitado doutrinador, bem como dos demais citados nos capítulos anteriores, no sentido de aceitar a relativização da coisa julgada, em certos casos, vez que nenhum princípio, nem mesmo os fundamentais, possuem o caráter de absoluto.

Ora, o fundamento da coisa julgada material é a segurança das relações jurídicas que esse instituto proporciona, haja vista que, para que o Poder Judiciário possa solucionar os conflitos com a eficácia de pacificação social, suas decisões necessitam, em algum momento, se tornar indiscutíveis, evitando-se, assim, a perpetuação das lides. Ao aplicar a lei, o juiz transforma a incerteza das partes na certeza do direito, que se torna ainda mais seguro com o trânsito em julgado da sentença (NICOLAU, 2003).

A coisa julgada material é considerada, portanto, essencial à estabilidade das relações dos cidadãos entre si, bem como destes para com o Estado, tendo sido elevada à categoria de direito fundamental, prevista no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição.

---

<sup>440</sup> A partir de tal raciocínio, poderiam ser evitados os maléficos efeitos de cláusulas gerais permissivas de uma ação estatal visando restringir direitos fundamentais, como aquelas do tipo "em razão de segurança pública" ou "para assegurar a moralidade pública", etc. (BARROS, 1996, p. 168).



De outro lado, coloca-se também como direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Magna Carta, o princípio do acesso à justiça, que também já se mostra como uma segurança para o cidadão. Entretanto, o real conteúdo deste princípio revela mais que o livre acesso ao Judiciário, conforme preceitua Nery Jr. (1999).

Segundo Dinamarco (2002, p. 27), a promessa constitucional de acesso à justiça também é entendida como a obtenção de soluções justas, ou seja, acesso à ordem jurídica justa, e não a qualquer ordem. A coisa julgada material, portanto, poderá colocar esses dois princípios constitucionais em choque, quais sejam, o da segurança jurídica e do acesso à ordem jurídica justa, quando uma decisão absurda e, portanto, inconstitucional, estiver acobertada pelo manto da *res judicata*.

No entanto, seguindo as idéias já expostas até então, diante de cada caso concreto, deve-se ponderar qual valor há de prevalecer, inclusive suprimindo a coisa julgada (BARCELLOS, 2003). Contudo, aqui, adere-se à doutrina norte-americana, no sentido de que devem ser limitadas as exceções à autoridade da coisa julgada, conforme já explanado.

E, para que se limite esta exceção, faz-se necessária a utilização de um critério, apresentando-se como tal o princípio da proporcionalidade, também apontado por Dinamarco (2002, p. 45) para essa hipótese: "o princípio da razoabilidade e proporcionalidade como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material".

O princípio da proporcionalidade tem servido, de fato, como vetor orientador do intérprete constitucional. Na verdade, foi da experiência concreta, tópica, dos casos interpretados, nos quais surgiram conflitos de princípios, que a doutrina pôde extrair-lhe a essência para declará-lo existente – chegando, como visto, ao *status* de princípio constitucional expresso (RIZZATTO NUNES, 2002).

Ora, para resolver a questão do conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve a mesma obediência, uma vez que ocupam a mesma hierarquia normativa (ATALIBA *apud* ESPÍNDOLA, 1998), recomenda-se a utilização da proporcionalidade, por meio da qual se estabelecerá quais dos valores em conflito deverá prevalecer. Afinal, diferentemente do conflito de regras que resulta numa antinomia, resolvida pela perda de validade de uma delas, no conflito de princípios apenas se privilegia um, sem que implique no desrespeito completo ao outro.

Portanto, nas hipóteses de colisão entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e do acesso à ordem jurídica justa, se averiguará a adequação da decisão, bem como se ela é necessária e proporcional em sentido estrito, seguindo-se esta ordem sucessiva, de acordo com o procedimento adotado por Steinmetz (2001)<sup>441</sup> que, em síntese, sinaliza no sentido da colisão de princípios se resolver com o uso de um juízo de peso.

Independente do instrumento processual que for utilizado para a relativização da coisa julgada, esta só deve acontecer em casos excepcionais e que de fato justifiquem a medida, o que ocorrerá através da proporcionalidade.

Nesse contexto, o juiz, conforme Dinamarco (2002, p. 60), constitui-se verdadeiro canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos que julga. Para ilustrar a mitigação da coisa julgada no quadro jurisprudencial brasileiro, cite-se exemplo no qual o Superior Tribunal de Justiça analisou nova ação investigatória baseada em exame de DNA, em razão de a primeira ter sido julgada improcedente pela precariedade das provas, pois tal exame ainda não era disponível, cujo fundamento baseou-se nas seguintes idéias<sup>442</sup>:

A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade (STJ, 3ª T, Resp. nº 22.643-6/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 4.2.2002).

O acórdão acima exprime bem uma das conclusões alcançadas neste trabalho: a possibilidade de relativização da coisa julgada material, em casos

---

<sup>441</sup> “Uma colisão de princípios não se resolve com uma cláusula de exceção nem com um juízo de (in)validade. Requer um juízo de peso. Trata-se da ponderação de bens, com a qual, tendo presente as circunstâncias relevantes do caso e o jogo de argumentos a favor e contra, decidir-se-á pela precedência de um princípio em relação ao outro” (STEINMETZ, 2001, p. 126).

<sup>442</sup> Outro exemplo de transposição da coisa julgada: “A Fazenda Pública do Estado de São Paulo havia sido vencida em processo de desapropriação indireta, tendo sido acordado o parcelamento do débito com os adversários. Paga algumas parcelas, o Estado de São Paulo voltou a juízo, ingressando com uma *ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito*, sob a alegação de que houvera erro no julgamento anterior, causado pela perícia, uma vez que a área supostamente apossada pelo Estado, na verdade, já lhe pertencia. Mesmo tendo transitada em julgado, o Ministro José Augusto Delgado votou no sentido de restabelecer, por meio do Recurso Especial, a tutela antecipada que o juiz monocrático havia concedido à Fazenda e o Tribunal negado” (STJ – 1ª T, Resp. nº 240.712-SP, j.15.02.2000).

excepcionais e mediante o critério da proporcionalidade<sup>443</sup>, cujo resultado poderá ser a prevalência de valores tão resguardados constitucionalmente quanto a coisa julgada, ainda que em prejuízo aparente da segurança<sup>444</sup>, afinal, a verdadeira segurança num Estado Democrático de Direito é a obtenção de decisões justas e legitimadas, e não a imunização de sentenças absurdas.

Sob outro prisma, pode-se afirmar, então, que existem dois direitos fundamentais em colisão<sup>445</sup>, quais sejam: a garantia da coisa julgada e o direito ao respeito e à convivência familiar da criança. Qual deles deve prevalecer<sup>446</sup>? A resposta vem sendo construída pela doutrina.

No caso de colisão entre direitos fundamentais que não estão sujeitos à reserva de lei, a solução fica a cargo do juiz, que executa “a ponderação dos bens envolvidos”, com vistas “a resolver a colisão por meio do sacrifício mínimo dos direitos em jogo” (FARIAS, 2000, p. 155). Portanto, deve prevalecer a interpretação que resguarde ambos os direitos, na hipótese da impossibilidade de que um deles seja totalmente suprimido, sob pena de se estar descumprindo a norma constitucional.

Retomando a discussão, caso a coisa julgada seja considerada direito fundamental absoluto, estar-se-á impedindo o exercício, em sua amplitude, do direito ao respeito e à convivência familiar da criança, pois a criança jamais poderá descobrir quem é seu pai e exercer direitos daí decorrentes. Por outro lado, caso seja admitida a rediscussão do caso, estar-se-á preservando o direito da criança, arranhando-se apenas a garantia da coisa julgada. Aqui vale lembrar o alerta feito por Kalinowski (1982, p. 121), quando fala da interpretação das normas.

Por outra parte, se a interpretação chamada lógica e os argumentos interpretativos chamados lógicos, terminam em um erro jurídico, desde o ponto de vista da utilidade, de justiça ou outro critério

---

<sup>443</sup> “Negatória de paternidade cumulada com anulatória de registro civil – Mitigação da coisa julgada em investigatória de paternidade. Matéria especialíssima. Princípio da dignidade da pessoa humana. Sempre que contra a coisa julgada se levantem princípios de igual ou maior alcance, pode a mesma ser relativizada. Decisão que não afasta a questão da paternidade sócio-afetiva. Apelo provido, por maioria, vencido o relator” (JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 2005, p. 402 a 406).

<sup>444</sup> Numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade (JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 2005, p. 402 a 406).

<sup>445</sup> Farias (2000, p. 155) afirma que ocorre a colisão de direitos fundamentais “quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”.

<sup>446</sup> Considerando as peculiaridades do caso concreto, havendo conflito de valores normativos – de um lado o atendimento à regra matriz de prioridade da convivência familiar, de outro lado os procedimentos legais para a adoção ou registro que não foram atendidos – há que se observar os fins sociais e o bem comum na aplicação da lei, afastando-se a invalidade do registro de nascimento pelo princípio da proporcionalidade, eis que não pode considerada quando se mostrar o estado de filiação, por longos anos estabilizado na convivência familiar – inteligência do art. 5º da LICC (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAPÁ, 2004, p. 89-97).

propriamente jurídico, segundo o qual o jurista julga os resultados de seu trabalho de jurista, não é que a lógica traga desgraça e sim porque o jurista elegeu uma má (do ponto de vista jurídico) espécie de interpretação.

E a propositura da nova ação de investigação da paternidade não será impedida em razão do risco à segurança jurídica. A dignidade da pessoa humana é mais importante que a segurança jurídica. Trata-se de princípio constitucional e não apenas direito. Além disso,

[...] embora todo o ordenamento jurídico esteja voltado a oferecer a necessária segurança e estabilidade nas relações humanas, o certo é que não é a segurança jurídica o primado último do Direito. Certamente, acima dele encontram-se outros objetivos. Dentre esses, destaque-se, em especial, o princípio da justiça (BASTOS, 1999, p. 31).

Assim, conclui-se que a interpretação mais adequada é a que relativiza a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Ressalte-se, também, que, para demonstrar que o direito fundamental à coisa julgada não deve ser considerado direito absoluto, a qualquer momento o pai poderia ir ao cartório e reconhecer a paternidade. Isso demonstra que a coisa julgada, neste caso, é mais tabu do que realidade, não podendo servir para violar direito fundamental do autor.

Repise-se, porém, que a relativização da coisa julgada só ocorrerá nas hipóteses em que não ficou demonstrado que o réu era o pai da criança, casos nos quais a paternidade não foi excluída, não havendo, por isso, motivo para impedir a rediscussão da questão relativa à paternidade.

“Diferente será a solução, quando a sentença concluiu pela improcedência da ação em razão do laudo pericial ter excluído de forma absoluta a paternidade” (BALTAZAR, 2005, p. 1). Nessa hipótese, há um pronunciamento judicial quase que de certeza<sup>447</sup> no sentido de que o réu não é o pai da criança, não se possibilitando a rediscussão do caso. Não haveria que se falar em colisão de direitos, pois há uma prova quase cabal de que o réu não é o pai da criança, que, por esse motivo, não tem direito algum a preservar em relação ao réu.

Sempre que a causa não se resolver com um juízo de certeza, deve-se viabilizar a rediscussão, pois a atribuição ou não da paternidade a alguém, sem a

---

<sup>447</sup> “[...] Daí a importância da cautela, dada a possibilidade, mesmo remota, da existência de um elemento de incerteza, que é representado pelos percentuais de 0,01% a 0,0001%” (ALMEIDA, 2001, p. 149).

exaustão das provas, sem o devido processo, viola sobremaneira o princípio da dignidade humana, e muito mais o direito fundamental do investigado, sem se falar do próprio investigador.

Como já exposto anteriormente, o exame de DNA é uma prova indispensável à fiel obtenção da verdade real no processo de Investigação de Paternidade, proporcionando total cumprimento da prestação da tutela jurisdicional. Todavia, o que acontece constantemente é a recusa do investigado ao exame, ensejando a presunção de veracidade.

O que se propõe, após a presente pesquisa, não é a possibilidade da coerção do investigado ao exame de DNA em face de todos os argumentos despendidos ao longo dos capítulos passados, sejam eles: interesse do conhecimento de filiação sob o aspecto constitucional, dever do Estado em efetuar a correta prestação jurisdicional, quebra ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, e, por fim, a existência de crimes contra a Assistência Familiar.

Até que se poderia partir do princípio de que a negativa do investigado implica descumprimento de um dever processual de colaboração, disposto no artigo 339 do CPC brasileiro, *in verbis*: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.” Assim, todos, inclusive o investigado, deveriam se prontificar a realizar o exame, sob pena do exercício dessa recusa contrária à finalidade da tutela e proteção do corpo humano, como bem jurídico intangível e inviolável prejudicar, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse que é, a um só tempo, público e individual.

Contudo, não se pode olvidar que a Constituição Federal determina, por meio do princípio da legalidade e da reserva legal, que ninguém será forçado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de Lei, como se vê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Não obstante a inexistência de lei que obrigue o investigado a realizar o exame de DNA, existem várias normas gerais envolvendo o interesse da filiação sob

o aspecto da indisponibilidade de direitos, regidas pelo princípio constitucional da prioridade absoluta ao interesse da filiação, esboçado no *caput* do artigo 227<sup>448</sup> da constituição.

O evidente interesse estatal na proteção do direito de perfilhação, não albergaria, a *prima facie*, a tese da possibilidade de recusa do pretense pai a se submeter ao exame de DNA. Contudo, ante a previsão do inciso X, do artigo 5º da Constituição de 1988, sustenta-se: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, vedada a possibilidade de coerção do investigado ao exame de DNA. Afinal, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Considerando que a jurisprudência, em sua maioria, continua impossibilitando a coerção do investigado ao exame de DNA e que o artigo 3º da Lei nº 8.069/90 ressalta os direitos das crianças e do adolescente, como se vê:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade

Indaga-se: já que o ECA visa à salvaguarda de todos os direitos inerentes às crianças e adolescentes, deferidos pela Carta Magna, inclusive as oportunidades e facilidades, a fim de lhes proporcionar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de que maneira um indivíduo poderá ter garantido qualquer destes bens de ordem imaterial, se não lhe for garantido, sequer, o conhecimento, com a plena certeza, da sua paternidade?

À luz dos dispositivos encontrados no referido Estatuto, um indivíduo não pode ser privado do conhecimento de sua verdadeira identidade genética<sup>449</sup>.

Art. 22 Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

<sup>448</sup> Art. 227 da CF/88. 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. (**grifos nossos**)

<sup>449</sup> Daí, por que muitos defendem que cabe ao estado ordenar ao investigado a feitura do exame de DNA, por simples cumprimento aos dizeres contidos na legislação.

Art. 19 Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

"O pátrio poder não é exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade decorrente da lei" (VENOSA, 2005, p. 286). Desse modo, o genitor tem o dever de assumir a paternidade legítima pelo exame de DNA.

Assim, concedendo-se ao filho o direito de conhecer a sua verdadeira identidade genética, reconhece-lhe também o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para os mais diversos questionamentos surgidos em sua vida, como, por exemplo, as explicações sobre a característica fenotípica, o comportamento social e a índole, as propensões ou resistências a certas doenças, dentre outros.

É, portanto, personalíssimo da criança o direito ao reconhecimento da origem genética, não sendo passível de obstacularização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai, inexistindo, dessa forma, a possibilidade de se ter presumido o vínculo paternal. Há de se julgar, não por uma presunção exclusiva, embora se admita a presunção como uma das provas em caso de recusa, mas atendo-se ao arcabouço probatório dos autos.

Em suma, pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada, não sendo suficiente o direito a essa tutela, ao contrário, "É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio" (NERY JR., 1999, p. 100).

Para encerrar, oportuno, o registro pretoriano de importante passagem:

mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte de modo a mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade (STJ, Ac. 3ª T., j. 3.4.90, rel. Min. Waldemar Zveiter, *in RSTJ* 40:236.)

Contextualizando, os avanços tecnológicos, como o exame de correspondência do código genético, devem ser assimilados pelo Direito, mas desde

que possam ser úteis à elevação dos valores que sejam mais caros à pessoa e a sua melhor inserção no meio social. Com essa postura crítica, permite-se que as mudanças científicas sejam bem recepcionadas pelo Direito, e em escala mais restrita, pelo Poder Judiciário, sem prejuízo da justiça e da promoção do ser humano.

Conclui-se, então, que qualquer interpretação que se debruce acerca de uma matéria tão cheia de nuances e relevante como a de perfilhação – uma questão vital por excelência – deve abandonar o vezo puramente técnico e voltar seus olhos para a concretude das relações existentes. Somente, dessa forma, alcançar-se-ão soluções eqüitativas e que resolvam, com justiça e adequação formal, os tormentosos questionamentos envolvendo o reconhecimento ou negação da parentalidade – leia-se, da paternidade -, no aspecto, biológico.



## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho acadêmico resultou em alguns avanços que contribuíram para explicitar o objeto deste estudo. A fundamentação constante do texto dá suporte às suas conclusões, pautadas em intensa investigação.

As fases serão expostas com suas respectivas conclusões e, seguidas das recomendações e sugestões resultantes da pesquisa, que poderá, ainda, servir de suporte para estudos futuros.

Iniciando pelo capítulo 2, pôde-se constatar que o dinamismo social implica freqüentes e corriqueiras adaptações do ordenamento jurídico aos fatos da vida. No entanto, tais alterações, devido à grande velocidade com que ocorrem, não são automáticas. Cabe, assim, aos operadores do Direito acomodar esses novos valores sociais reais, à norma em abstrato.

O sistema jurídico, como um todo, tem a função de possibilitar que sejam reconhecidos fatos em contextos sociais, nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos fundamentalmente organizados para viverem em coletividade.

Dessa forma, o direito de família, por lidar diretamente com os autores dos fatos sociais, tem-se voltado inteiramente ao subjetivismo integrador das atividades sentimentais, emocionais e, por que não, volitivas dessas relações. Tal fato somente pôde ocorrer após a constitucionalização do direito de família.

No decorrer do supramencionado capítulo, foram apresentadas, então, as várias e importantes transformações que ocorreram no Direito de Família em decorrência da Constituição Federal de 1988, em meio a outros diplomas legais, e, em especial, com a disciplina jurídica da filiação. Alterou-se o próprio conceito de família, passando seus integrantes a receber outro tratamento legislativo.

Antes, pelo sistema codificado, apenas o casamento legitimava a família. Fora desse modelo oficial, a união era considerada irregular e os filhos advindos desta eram considerados "ilegítimos". A paternidade era estabelecida pela presunção *pater is est*. Era a verdade jurídica da filiação que preponderava.

A legislação infraconstitucional procurou superar a arcaica estrutura legislativa do Código Civil de 1916, reagindo, pois, ao sistema codificado, que não condizia

com a realidade social, buscando, principalmente, proteger os filhos nascidos fora do casamento. Entretanto, somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se sedimentou este objetivo.

Agora, por força do disposto no artigo 226 e parágrafos da Carta Magna de 1988, admite-se como entidade familiar, paralelamente ao casamento, a união estável entre o homem e a mulher. Como resultado, adveio a regra da igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, nos termos do artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, sendo considerados, em quaisquer das hipóteses, simplesmente filhos, com os mesmos direitos e qualificações, sendo expressamente vedada qualquer discriminação relativa à sua origem. Assim, caíram por terra as odiosas discriminações dispensadas aos filhos tidos como "ilegítimos".

Explicitou-se que, dentre as inovações, surgiu o denominado exame de DNA, em que a certeza da paternidade pode chegar a quase 100% (cem por cento), sobrepondo-se, então, à verdade jurídica, determinada pela presunção *pater is est*, já mencionada.

Entretanto, uma realidade ficava à margem da lei, a paternidade fundada nos laços de afeto, a denominada paternidade sócio-afetiva. Neste sentido, surgiu a noção de posse de estado de filho, tratada neste trabalho, cujo papel fundamental é caracterizar a paternidade decorrente do afeto.

Todavia, diferentemente do direito estrangeiro, o ordenamento jurídico pátrio ainda não abriu totalmente suas portas para a o uso da noção de posse de estado de filho, pelo menos formalmente, utilizando-a apenas como prova subsidiária para o estabelecimento da filiação.

Observou-se que a filiação é um conceito jurídico de razoável maleabilidade, tendo sofrido substanciais modificações ao longo do tempo. Sucedem-se, de acordo com as mudanças do tecido social, os critérios para determinação da parentalidade. No direito tradicional, havia um forte predomínio do paradigma biológico, temperado pelas técnicas de presunção, e, no direito contemporâneo, evolui-se, também, para o paradigma da socioafetividade, o que não significa que esta não possa conviver com o filiação pautada no critério genético e que não possa ela vir a ser, no futuro, mitigada ou mesmo substituída por outro critério.

No direito brasileiro em vigor, como visto, tem grande destaque a paternidade socioafetiva, apesar da influência que a facilitação da pesquisa da ascendência genética por testes de DNA exerceu, e continua exercendo, com seu aparecimento e popularização, o que levou, inclusive, à edição da controvertida Súmula 301 do STJ.

Ficou claro que se deve distinguir a paternidade radicada no estabelecimento de um liame paterno-filial, daquela fundada na origem genética, mero vínculo de procriação, sem conseqüências no âmbito civil. Daí defluem as diferenças existentes entre o direito de vindicar a filiação, direito a ter um pai, e o direito de personalidade ao conhecimento de sua origem genética, que não se confundem.

Também ficou evidente que o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação, restritivamente falando. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano. A origem genética apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para reconhecer judicialmente a paternidade ou maternidade, ou para contestá-la.

Assim, no estágio em que se encontram as relações familiares no Brasil, ante a evolução do direito, do conhecimento científico e cultural e dos valores sociais, não se pode confundir estado de filiação e origem biológica. Esta não mais determina aquele, pois desapareceram os pressupostos que a fundamentavam, a saber, a exclusividade da família matrimonializada, a legitimidade da filiação, o interesse prevalecente dos pais, a paz doméstica e as repercussões patrimoniais.

O estado de filiação é gênero, do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Ainda que tal estado derive, na grande maioria dos casos, do fato biológico, por força da natureza humana, outros fatos o determinam, a saber, a adoção, a posse do estado de filho afetivo e a inseminação artificial heteróloga, entre outros. Assim, para abranger todo o universo de situações existenciais reconhecidas pelo direito, o estado de filiação tem necessariamente natureza cultural.

Nem toda paternidade sócio-afetiva resulta da consangüinidade, assegurando a legislação igualdade de direitos e de deveres ao pai que assumiu voluntariamente o estado de filiação. Depreende-se, então, que na busca de valores para o estabelecimento da paternidade, o julgador deve ter em mente os novos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, a qual prioriza, em algumas

circunstâncias, a paternidade sócio-afetiva, não se podendo negar, contudo, o direito da paternidade biológica ser investigada da forma mais ampla possível.

A paternidade sócio-afetiva, então, não é espécie acrescida, excepcional ou supletiva da paternidade biológica. Sua complexidade se consubstancia no fato de não ser um simples dado da natureza, mas uma construção jurídica que leva em conta vários fatores sociais e afetivos reconfigurados como direitos e deveres.

Superou-se a equação simplista entre origem genética, de um lado, e deveres alimentares e participação hereditária, de outro. A paternidade é múnus assumido voluntariamente ou imposto por lei, no interesse da formação integral da criança e do adolescente e que se consolida, no tempo, na convivência familiar duradoura, mesmo não sendo mais a família atual exclusivamente biológica.

Não é função do Direito decidir de que forma a família deverá ser constituída ou quais serão suas motivações juridicamente relevantes. Em se tratando de relações familiares, seu campo de atuação deve-se limitar ao controle da observação dos princípios orientadores, deixando às pessoas a liberdade quanto à formação e modo de condução das relações.

Como visto, a história do direito civil, e do direito de família e da filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. A restauração da primazia da pessoa humana, em detrimento do caráter patrimonial nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas, a de grupo unido por consangüinidade, desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

A despeito de se concordar com a necessidade de preservação do vínculo sócio-afetivo, uma das questões para que se reclama atenção neste trabalho é a de que toda pessoa, especialmente a pessoa humana em formação, tem direito à paternidade. Se não a tem, porque ninguém a assumiu voluntariamente, pode-se investigá-la para que seja reconhecida judicialmente e imputada ao genitor biológico.

Considerando-se o panorama da problemática trazida à análise, apresentada nas linhas anteriores, relativamente ao reconhecimento da paternidade biológica extemporânea ou tardia, atendendo-se, ainda, ao fato de que o filho biológico se

mostra, na maioria das vezes, avesso à substituição das antigas figuras construídas pelo afeto, pelas pessoas agora reconhecidas judicialmente, o mesmo se dando em relação ao pai ou mãe reconhecidos, vez que não houve convivência entre estes sujeitos, se acabaria por concluir, a princípio, pela 'manutenção da filiação sócio-afetiva e a desconsideração da filiação genética para fins jurídicos'.

Todavia, não se afasta a importância residual do critério biológico, principalmente para aqueles filhos que não dispõem de uma filiação sócio-afetiva constituída, para fins de atribuir-se a paternidade e, principalmente, a responsabilidade civil.

Nos capítulos 3 e 4 discutiu-se sobre as ações de paternidade e as perícias genéticas, permitindo apresentar as constatações a seguir.

No que tange especificamente aos atuais métodos de perícia genética, ou qualquer outra inovação que se venha introduzir na técnica da tipagem de DNA, é imprescindível que se avaliem criteriosamente os resultados alcançados. A ausência de tais recomendações dá ensejo à rediscussão do valor do resultado constante da prova.

Assim, de logo, independente da idoneidade de quem subscreve um resultado sobre o perfil ou tipagem de DNA, e até mesmo da qualidade do laboratório que recebeu as amostras para exame, aconselha-se, em favor da verdade que se persegue, a realização do exame por laboratório credenciado e habilitado, que siga todos os procedimentos necessários, sem os recursos da improvisação e com a devida remessa dos registros gráficos, possibilitando a análise por outros especialistas.

Há necessidade, por isso mesmo, que se avalie criteriosamente caso a caso, o que não significa que se deixe de negar que o DNA é a perícia realizada no âmbito das ações investigatórias da paternidade que mais se aproxima da verdade genética.

A realização do exame de DNA e sua análise judicial devem ser necessariamente corroboradas pelas outras provas produzidas nos autos, visto que as probabilidades deste exame e do cálculo de certeza lhe tiram o caráter absoluto.

Levantou-se um importante aspecto na realização do exame de DNA, quanto à suposta infalibilidade da técnica. Quanto a isso, diga-se, que como ela é

concretizada por seres humanos, o resultado obtido depende muito da moral e da ética de quem manuseia, o que oferece riscos para o processo atual de tornar a prova de DNA absoluta. Daí, ser perigoso substituir o juízo de valor do julgador por uma única prova, mesmo que muito próxima da verdade absoluta, já que o resultado permite margem de erro, ainda que mínima.

Chamou-se a atenção para o fato de que a ciência, muitas vezes relegada pelo direito, passa a fornecer as tintas para que o magistrado tome sua decisão: este é o filho, diz o perito; aquele deve ser o pai, decreta o juiz. Restou evidenciado, então, que a prova científica, com todos os seus méritos, não pode substituir o tirocínio e o discernimento do julgador.

Em outras palavras, deve o julgador avaliar a integralidade das circunstâncias de convencimento disponíveis nos autos, considerando, inclusive, as presunções relativas decorrentes da ausência de contestação ou da recusa do réu em submeter-se ao exame de DNA, mas estas presunções condicionais não podem se sobrepor *ao quadro probatório dos autos*, sob pena de valoração isolada da prova.

A mecânica da prova por presunção não se opera automaticamente, e proporciona força de convicção apenas quando os indícios forem fortes, convergentes e convincentes, sem qualquer outro parâmetro.

Por isso, a recusa ao exame há de ser apreciada à luz do quadro probatório dos autos, evitando atribuir-lhe isoladamente a autoridade de prova irrecusável e cabal. Afinal, o compromisso maior do processo moderno é com a apuração da verdade mais próxima possível da real. Se esta não aparece apoiada em prova direta, deve, pelo menos, ser evidenciada, lógica e claramente, pelo conjunto indiciário ou circunstancial.

Baseando-se nessa ideologia, acredita-se ser possível construir, com apoio em interpretação sistemática da Constituição Federal e dos Códigos de Processo Civil e Civil, uma disciplina tolerável para a recusa à submissão ao exame de DNA e suas conseqüências.

A recusa do réu em realizar o exame de DNA não deve gerar, necessariamente, a procedência do pedido exordial com a conseqüente declaração de paternidade do investigado, sem a devida e necessária análise dos elementos de convencimento (indícios, presunções e provas diretas) existentes nos autos.

Com isso, não se tem a pretensão de defender que o Juiz não possa julgar procedente o pedido declaratório quando o réu se recusar a realizar o exame genético. É lógico que o Magistrado é livre para considerar todas as provas constantes dos autos, seja a favor ou contra o réu, pois o Brasil adota o sistema do livre convencimento motivado.

O que não se pode permitir é a extinção sem julgamento do mérito por falta de provas ou a imposição ao autor do ônus de produzir provas suplementares após a recusa injustificada. A improcedência poderá ser verificada ante a prova desfavorável ao autor, bem como ante a fragilidade das provas produzidas que não conduzam à determinação do vínculo paterno-filial.

Outro aspecto digno de nota ainda no campo da presunção, é que existem entendimentos no sentido de reconhecer, no art. 232 do CC/2002, uma verdadeira presunção legal decorrente da ausência da prova que se pretende produzir, quando a recusa a exame médico colidir com interesses outros.

Tal posicionamento deve ser criticado frente aos princípios constitucionais, pois o art. 5º da CF de 1988, no seu inc. II, garante a qualquer cidadão fazer ou deixar de fazer algo apenas em virtude de lei. Não há estabelecimento de presunção legal, pois o artigo autoriza o magistrado a tomar a recusa como indício, ou seja, indício suficiente para que se profira uma decisão desfavorável ao que recusou.

Volvendo os olhos para os direitos fundamentais, sob uma ótica objetiva, compreende-se que estes possuem eficácia irradiante, ou seja, informam o ordenamento jurídico do qual fazem parte para orientar tanto a produção quanto a aplicação do direito. Os direitos fundamentais têm a proteção do Estado, não só contra os atos do Poder Público, mas também contra lesões ou ameaças por parte de terceiro.

Pôde-se observar no decorrer da pesquisa que os direitos fundamentais são direitos personalíssimos revestidos de caráter histórico, evidenciado pela sua multidimensionalidade, além de desempenharem relevante papel de limitador e legitimador das ações de Estado, combatendo o abuso do poder.

A nova codificação civilista ressalta o caráter de necessidade e essencialidade dos direitos da personalidade, na medida em que não podem faltar à vida humana no meio social. Por isso, não se permite limitações em seu exercício,

nem mesmo por parte do titular, excetuados os casos em que a própria lei assim o permitir.

O Direito Civil deve assegurar ao ser humano os seus direitos personalíssimos, prestando, o seu "serviço da vida". Diga-se, mais, os direitos da personalidade são o ponto de convergência entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional.

Do capítulo 5 depreendeu-se que este estudo científico acompanhou a linha de intelecção pela qual se deduz a necessidade de adaptação do sistema da coisa julgada, respeitando-se as garantias constitucionais da pessoa humana para regular as ações filiatórias, o que não significa que esse novo sistema de regulamentação dependa, para aplicação imediata, de expressa previsão de lei, de atividade legislativa, podendo operar no caso concreto pela jurisprudência, a partir de valores constitucionais.

A concepção cristalizada da coisa julgada é inservível para as ações investigatória e negatória de paternidade, devendo a relativização aplicar-se a todos os casos possíveis de investigação de paternidade julgados extintos ou improcedentes antes do advento do moderno teste de DNA, e, em algumas hipóteses em que o julgamento for de procedência, desde que a dúvida seja latente quanto à decisão judicial já posta.

Defende-se, acertadamente, não ser necessário justificar a propositura de qualquer ação rescisória, com vistas ao rejuízo da ação filiatória, eis que a decisão judicial que não exaurir os meios de prova não passa em julgado, afastando-se do manto sagrado da coisa julgada.

Com efeito, no quadro constitucional brasileiro, saber a verdade sobre a paternidade é um legítimo interesse da pessoa, um direito humano que nenhuma lei ou Corte podem frustrar, de modo que devem ser viabilizados todos os mecanismos para a concreção do direito de o filho ser reconhecido como tal, pois a paternidade é muito mais ampla do que o conteúdo de uma sentença judicial.

Embora o liame paterno-filial seja muito mais do que genética, dado a imprescindibilidade do afeto nessa relação, não se pode olvidar que a necessidade de se estabelecer a paternidade, conjugada com a falta de recursos científicos para a sua determinação, fizeram surgir, ao longo do tempo, os postulados do *mater*



*semper certa est e do pater is est quem nuptia demonstrant*. Hoje, nos albores da “Era DNA”, servindo-se dos recursos disponíveis, torna-se imperioso investigar a paternidade da forma mais ampla possível; afinal, o direito de perfilhação, é um dos direitos da personalidade mais fundamentais que existe.

Portanto, este estudo científico acompanhou a linha de intelecção pela qual se depreende a necessidade de adaptação do sistema da coisa julgada, respeitando-se as garantias constitucionais da pessoa humana para regular as ações filiatórias, o que não significa que esse novo sistema de regulamentação dependa, para aplicação imediata, de expressa previsão de lei, de atividade legislativa, podendo operar no caso concreto pela jurisprudência, a partir de valores constitucionais.

O desenvolvimento do capítulo 6 permitiu concluir que a Constituição é norma substancial e, tendo o sistema a intenção de ser unitário (hierarquicamente sistematizado), os princípios e valores ali expressos devem espriar-se por todo o tecido jurídico. É em torno da pessoa, com toda sua dimensão ontológica, que se funda a concepção do novo paradigma, na sua tutela, em si mesma e nas suas relações. A tendência é de repersonalização e priorização dos valores essenciais.

Apesar de a doutrina dos direitos da personalidade ser moderna, ainda não está estruturada em definitivo. Contudo, diante da inexistência de hierarquia, é difícil prever, em abstrato, como será solucionado o problema da colisão entre direitos fundamentais. Por isso a jurisdição constitucional das liberdades, entendida esta como a jurisdição constitucional que tutela os direitos fundamentais, possui método específico, qual seja, o método concretista ou concretizador, que melhor se coaduna com as peculiaridades dos conflitos entre direitos fundamentais.

Ainda em relação à hermenêutica, no âmbito da jurisdição constitucional das liberdades há que se destacar a função exercida pelo princípio da proporcionalidade/razoabilidade, que, com seus três subprincípios (princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito), propicia um juízo justo, equilibrado e ponderado, com vistas a atender as especificidades que a problemática da colisão entre direitos fundamentais apresenta.

Este trabalho científico defende que a técnica mais adequada para a solução de conflitos entre direitos fundamentais é a ponderação de interesses. De modo a

conciliar os princípios em colisão, deverá o operador, informado pelo critério da proporcionalidade, buscar essa composição de princípios, sempre atendendo, portanto, a uma escala racional de valores, respeitando-se, as especificidades do caso específico.

Assim, devem ser ponderados os princípios, com o propósito de que se sacrifique o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais. Todavia, em que pese a frequência com que se verifica o choque entre direitos fundamentais, a jurisdição constitucional brasileira ainda demonstra pouco avanço no que concerne aos métodos e técnicas aplicáveis, fato que pode ser constatado pelas recentes decisões proferidas em sede de colisão entre tais direitos.

Denota-se que o presente trabalho acadêmico se coaduna com alguns posicionamentos doutrinários que apesar de novos, já se encontram espalhados na ordem jurídica, em torno do tema proposto. No entanto, percebe-se que há algumas soluções mais arrojadas que devem ser revistas, sob pena de se tomar uma postura arbitrária, indo de encontro ao ideal de justiça que se pretende alcançar com a reformulação da sistemática jurídico-processual envolvendo as ações filiatórias e a perícia genética.

Assim, já se afirma em sede doutrinária a obrigatoriedade da produção do exame genético em DNA, posto que indispensável, e, em caso de recusa, ser imperiosa a condução coercitiva do investigado, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, adotando-se os direitos alemão e suíço como paradigma.

Essa posição fere vários direitos fundamentais e não é alcançada pela ponderação de interesses, mas pela exclusão total de alguns direitos, sendo que, talvez, a sociedade brasileira não esteja preparada para assimilar um entendimento tão avançado. Dessa recusa, no entanto, devem decorrer implicações, apesar de não tão extremas, sob pena de se referendar o ato do investigado.

Então, propõem-se outras soluções, pois, como aquele que se opõe à realização do exame de DNA, sem justificativa plausível, revela temor da descoberta da verdade, daí há de decorrer a “presunção” de verdade dos fatos ou, ao menos, a permissão ao magistrado de tomar a recusa a sujeitar-se ao exame como indício de que o fato que se queira provar com a perícia realmente aconteceu, tendo em vista o conjunto probatório concreto.

Essa opção é correta, pois torna desnecessária qualquer discussão sobre a obrigatoriedade de comparecimento da parte para realização do exame: em não comparecendo, presume-se, e está finalizada a questão. Por outro lado, mais apaziguador, ainda, é acompanhar a esteira jurisprudencial no sentido de inverter o ônus da prova nas hipóteses de recusa, ou seja, o investigante provar que não é o genitor do investigado.

Há quem defenda que a presunção da paternidade com base apenas na realização do exame de DNA deve ser totalmente vedada no ordenamento brasileiro. Difícil, no entanto, é opinar pela manutenção do atual sistema valorativo nessa disputa entre interesses individuais.

O exame de correspondência do código genético deve ser realizado como meio de prova pericial do processo civil, levando-se em conta os princípios da personalidade humana, sendo necessário um *plus* que é tornar a prova mais humana. Deve, portanto, ser considerado em meio ao conjunto fático-probatório produzido nos autos.

A questão é muito séria, e sendo sabido que, com freqüência, principalmente no interior do país, em que pessoas humildes não têm condições de produzir provas concludentes, a paternidade é negada com base em processos apenas formais, nos quais se juntam fotografias, havendo a produção de provas testemunhais, as quais, em verdade, levam a uma presunção, ora mais forte, ora menos forte, de modo que pessoas se livram de uma paternidade real com base em meras provas presumidas.

Assim, a genética merece toda credibilidade. É claro que o DNA também pode levar a erro. Mas, se isso acontecer, decorrerá, de fraudes, de falta de cuidado e de controle, de técnica laboratorial; por isso mesmo a outra parte poderá fazer o exame em outro laboratório. Assim, pelo nível de exatidão a que chegou a tecnologia genética, esse exame é de convencimento “quase” incontestável para fins de reconhecimento da paternidade.

Em termos práticos, esse exame tem sido considerado uma prova muito concludente da existência de paternidade, e ao se acompanhar as regras evolutivas no tocante ao processo, deve-se afastar formalidades, porque o processo existe para ajudar na aplicação do direito substancial e não para criar óbices à sua incidência.

As normas procedimentais visam dar segurança às partes para chegarem a uma verdade que pode ser formal e real, devendo prevalecer, no caso de direitos fundamentais a verdade real, pois é o que mais interessa à cidadania. Sendo a filiação algo deveras importante, tem muita repercussão, e não se pode tergiversá-la sob aspectos meramente formais.

Em se tratando de casos complexos de investigação de vínculo genético, a introdução de tecnologias de ponta em certos setores de atividade proporcionou avanços consideráveis. Desta forma, a união de objetivos e esforços da área Médico-Científica convergiu para benefício do Direito, ambos irmanados no mesmo sentido de buscar a verdade biológica, que traduzida para a área jurídica significa a ampliação dos horizontes em busca de sua finalidade última e máxima: a Justiça.

Nos casos de investigação de paternidade pautada em exame DNA, por se tratar de um direito fundamental, ou seja, do direito à filiação, o próprio legislador, ao atuar como concretizador da Constituição, expressamente estabeleceu ser o reconhecimento do estado de filiação um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Logo, tais ações não se submetem a quaisquer prazos, por força da própria natureza do direito em questão.

A postura em defesa da aferição da paternidade a qualquer tempo, desde que não exauridos todos os meios de prova, não dá ensejo a que sejam aviadamente temerárias, com o único fito de eternizar pretensões, porque se isto vier a acontecer há de ser aplicado, com rigor o instituto da litigância de má-fé, tão bem fortalecido pela novel reforma do CPC.

Diante de tudo que foi esposado, considera-se alcançado o objetivo geral deste trabalho de pesquisa, porquanto foram verificadas questões controvertidas e atuais que envolvem a exame de DNA, demonstrando, de forma nítida, os caminhos a serem trilhados pela verdadeira e moderna face da Justiça, ante os princípios constitucionais adotados e a política processual estabelecida no Direito Brasileiro.

O fio condutor da análise aqui desenvolvida permite sustentar que há direitos, como aqueles que versam sobre as liberdades públicas, interesses transindividuais e da personalidade que merecem um tratamento processual diferenciado. Por essa razão, asseverou-se a necessidade de se repensarem os conceitos clássicos,

perquirindo se a coisa julgada, tal como prevista no CPC, atende adequadamente à tutela desses direitos.

Ademais, as premissas desse raciocínio se inserem na contextualização sistemática, racional e equilibrada de regras, valores e princípios. A garantia da coisa julgada material, ao contrário do que poderia ser encontrado em ensinamentos mais apegados ao fetichismo das formas, não é absoluta, não fazendo o preto virar branco nem o quadrado redondo.

Por isso, deve ser examinada à luz de outros direitos e garantias, igualmente acolhidos pela Constituição, tendo-se a preocupação finalística de se verificarem os resultados que este instituto provoca, mesmo à custa de não promover a justiça, nem, tampouco, ser a tradução da segurança jurídica pretendida pelo Direito.

Diante dessa realidade, não se pode canonizar o instituto da coisa julgada, ou mesmo fazer prevalecer o direito à intimidade, ou à privacidade, ou à integridade física, de modo a afrontar a própria sociedade, quando se está em jogo a efetividade do direito à perfilhação, modalidade da dignidade da pessoa humana, que confere a todos o direito à vida digna, iniciada, por evidente, por laços de parentesco, ou no ambiente familiar.

A solução para os conflitos entre princípios/valores/direitos, muitas vezes aparentes, dá-se pelo princípio da proporcionalidade, como já visto, que deve ser aplicado para apontar qual dos interesses deve prevalecer no caso concreto. Deve-se ponderar se vale mais a segurança ou a justiça; o conhecimento da filiação biológica ou a intimidade e a intangibilidade corporal.

Afigura-se mais acertado prevalecer o valor justiça e, via de consequência, o direito à perfilhação, na situação específica que tenha como direcionamento a revelação do vínculo genético, que é o objeto das ações filiatórias de parentalidade.

Afinal, sem justiça e sem dignidade não há liberdade qualquer e revela-se injusto privar alguém da utilização de todos os recursos possíveis na busca de sua identidade biológica. Afinal, a perfilhação constitui um direito natural e constitucional de personalidade, de natureza personalíssima.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. Direito à intimidade genética em face do art. 232 do Código Civil e sua defesa pela criação de um Habeas Genoma. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). **Prova, exame médico e presunção**. Salvador: Juspodium, 2006, p. 201-206.

ALENCAR, José de. **O tronco do Ipê**. São Paulo: Rideel, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

\_\_\_\_\_. **Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. O especial olhar do STJ. **Revista Brasileira de Direito de Família**. V. 5, n. 05. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, abri-mai-jun 2000.

\_\_\_\_\_. Prova do DNA: Uma evidência absoluta? **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 2. Porto Alegre: Síntese, jul/set 1999, p. 148.

AMAR, Ayush Morad. **Investigação de paternidade e maternidade: aplicações médico-legais do DNA**. São Paulo: Ícone, 1991.

AMARAL, Francisco. A prova Genética e os direitos humanos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 101-114.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v 1.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 102.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, año 5. v.7. Buenos Aires, 2005.

\_\_\_\_\_. A verdade substancial. **Revista de direito processual civil**, n. 3. Curitiba: Gênese, 1996.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Ética, direito e reprodução assistida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 729.

BALEIRO NETO, Diógenes. Peculiaridades processuais do Direito de Família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2281>>. Acesso em: 6 de junho de 2008.

BALTAZAR, Antônio Henrique Lindemberg. **A Relativização da Coisa Julgada**. 18 de maio de 2005. Disponível em <[http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page\\_sub=5&page\\_id=1789](http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_sub=5&page_id=1789)>. Acesso em 6 de junho de 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Eficácia Preclusiva da coisa Julgada no Sistema do processo Civil Brasileiro. In: **Temas de Direito Processual Civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.

\_\_\_\_\_. **Anotações sobre o título 'Da prova' no Novo Código Civil**. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: JusPodivm, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista Forense**, ano 92, v. 336. Rio de Janeiro: Forense, outubro-dezembro de 1998, p.125-136.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC, 1999.

BATISTA, Nílvio de Oliveira. Investigação de paternidade e DNA. **Revista Jurídica**, n. 293. Porto Alegre: Notadez, mar. de 2002.

BATISTA MARTINS, Pedro. **Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1957.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

BETINI, Alexandre. Ação de investigação de paternidade. **Revista dos Tribunais**, n. 799, ano 91. São Paulo: RT, maio de 2002, p. 725-752.

BEZDOS, Clovis. A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão e a proteção da intimidade e da vida privada. **Revista Brasileira de Direito Público** (RBDP), n. 1, ano 1. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun.2003, p. 09 a 25.

BLIKSTEIN, Daniel. Súmula 301 do STJ e as vicissitudes do exame pericial de DNA. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Prova, exame médico e presunção**: o art. 232 do código civil. Salvador: Juspodium, 2006.

\_\_\_\_\_. **DNA, paternidade e filiação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.



BOAVENTURA, Bruno José Ricci. O fenômeno da antinomia jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 678, 14 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6707>>. Acesso em: 17 de junho de 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília : Universidade de Brasília, 1999.

BOEIRA, José Bernardo Ramos Boeira. **Investigação de Paternidade**: posse de estado de filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial**. Brasília: Letraviva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONFIM, Paulo Andreatto. **Os princípios constitucionais tributários e o poder constituinte derivado**. 2004. Disponível em <[http://www.fiscosoft.com.br/main\\_index.php?home=home\\_artigos&m=\\_&nx\\_=&viewid=124398](http://www.fiscosoft.com.br/main_index.php?home=home_artigos&m=_&nx_=&viewid=124398)>. Acesso em 07 de junho de 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Direito Civil constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo).

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução nº 196/96**. Diretrizes e normas regulamentadoras sobre pesquisa envolvendo seres humanos. Disponível em <<http://www.unb.br/fs/clm/labcor/etic196.htm>>. Acesso em 02 de maio de 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em 10 de março de 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Decreto nº 1.752**, de 20 de dezembro de 1995b. Regulamenta a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, dispõe sobre a vinculação, competência e composição da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/D1752.htm>>. Acesso em 01 de maio de 2008.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em 26 de maio de 2008.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em 27 de maio de 2008.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2008.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em 29 de março de 2008.

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em <[http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/Leis/7347\\_85.html](http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/Leis/7347_85.html)>. Acesso em 29 de março de 2008.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990a. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em 24 de março de 2008.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990b. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em 30 de março de 2008.

BRASIL. **Lei nº 8.560**, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8560.htm>>. Acesso em 27 de março de 2008.

BRASIL. **Lei nº 8.974**, de 5 de janeiro de 1995a. Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8974.htm>>. Acesso em 01 de maio de 2008.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito da Filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Os elementos ausentes na súmula 301 do STJ e suas repercussões quanto ao suprimento da prova realizada pelo exame de DNA. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). **Prova, exame médico e presunção**. Salvador: Juspodium, 2006, p. 271-290.

CAHALI, Yussef Said Cahali. **Reconhecimento do filho extrapatrimonial**. Rio de Janeiro: IEJ, 1996, V. 7.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

CAMBI, Eduardo. Coisa Julgada *secundum eventum probationis*. **Revista de processo**, v. 109. São Paulo: RT, jan-março de 2003a, p. 71 e ss.

\_\_\_\_\_. Causa de pedir, prova e coisa julgada na ação de investigação de paternidade: apontamentos críticos. **Revista de Processo**, n. 122, ano 30. São Paulo: RT, abr. de 2005, p. 63-79.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição no processo civil**. Compreensão crítica. Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese de 'adoção' à brasileira'. **Revista de Direito Privado**, n.13, ano 04. São Paulo: RT, janeiro-março de 2003, p. 85 a 89.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2001.

CARVALHO NETO, Algomiro, MUNIZ, Edivar da Costa. **Investigação de paternidade e seus efeitos**. Araras-SP: Bestbooks, 1998.

CARVALHO NETO, Inácio de. A prova pericial na ação de investigação de paternidade. In: DIDIER JR., Fredie. **Prova, exame médico e presunção**. Salvador: Juspodium, 2006.

CASABONA, Carlos Maria Romeo, QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASAES, Rodrigo de Lima. Relativização da coisa julgada. **Revista IOB de direito civil e processual civil – RDCPC**, n. 41. Porto Alegre: Síntese, maio/jun. 2006, v. 7, p. 34-42.

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

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A tripla parentalidade biológica, registal e sócio-afetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 31. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, jul-ago-set 1999, v. 5, p. 147-148.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA NEVES, Murilo Sechieri. Relativização da Coisa Julgada. **Complexo Damásio de Jesus**, agosto de 2002. Disponível em <[http://www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm)>. Acesso em 26 de maio de 2008.

COSTA, José Rubens. Direito Indisponível à verdade Histórica – exame compulsório de DNA. **Revista dos Tribunais**, n. 793, ano 90. São Paulo: RT, novembro de 2001, p. 147-154 (Jurisprudência Temática PI).

COSTA, Moacyr Lobo da. **Rescisória por descoberta de documento novo**. Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Edipro, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "verdade, dívida e certeza", de Francesco Carnelutti. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 30. Curitiba: UFPR, 1998, p. 190.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição, psicanálise e o mundo liberal**. Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e investigação de paternidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DA COSTA, Epaminondas. Coisa julgada e DNA. **Revista dos Tribunais**, n. 774, ano 89. São Paulo: RT, abr. de 2000, p. 155 a 161.

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. **Os três pilares do Código Civil de 1916**: a família, a propriedade e o contrato. Disponível em <[http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares\\_felipecamilo.htm](http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares_felipecamilo.htm)>. Acesso em 9 de fevereiro de 2008.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DELINSKI, J. C. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. Investigação de paternidade e questão da prova. **Revista de Processo**, n. 95, ano 24. São Paulo: RT, julho-setembro de 1999, p. 97-99.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JR., Fredie Souza. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002a. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2986>>. Acesso em 1 de julho de 2008.

\_\_\_\_\_. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>>. Acesso em 3 de julho de 2008.

DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2006.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2008, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III.

\_\_\_\_\_. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coordenador). **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3.

DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas, ética e gênero: o debate legislativo brasileiro. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Leo (Org.). **Bioética: alguns desafios**. São Paulo: Loyola, 2001, p. 203-224.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 5.

DIREITONET. Dicionário latim. **Lege ferenda**. Disponível em <[http://www.direitonet.com.br/dicionario\\_latim/x/92/33/923/](http://www.direitonet.com.br/dicionario_latim/x/92/33/923/)>. Acesso em 02 de maio de 2008.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva: direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e "due process of law"**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DOXSEY, Sônia Maria Rabello. Coisa Julgada nas ações investigatórias. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 09. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, abr-jun 2001, v. 3, p. 57-58.

DUARTE, Andrey Guimarães. **Câmara aprova presunção de paternidade por recusa a DNA** – (Agência Câmara). 04/06/2007. Disponível em <[http://www.tabelionatopiraju.com.br/ver\\_noticia.asp?id=164](http://www.tabelionatopiraju.com.br/ver_noticia.asp?id=164)>. Acesso em 18 de maio de 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: RT, 1998.

ESPÍNDOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil Brasileiro**. Campinas-SP: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **As intermitências da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. **Da paternidade:** relação biológica afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

FARAH, Solange Bento. **DNA:** segredos e mistérios. São Paulo: Sarvier, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Contornos sobre a prova na investigação de paternidade. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). **Prova, exame médico e presunção.** Salvador: Juspodium, 2006, p. 9-35.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil:** Teoria Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Escritos de direito de família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil:** Teoria Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito das famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos** – A honra, a intimidade e a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. **A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética.** Caixas do Sul-RS: Plenum, 2007.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito:** aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da língua portuguesa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

\_\_\_\_\_. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento.** São Paulo: Ltr, 1991, v. I.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Investigação de Paternidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FRANCA, Genival Veloso de. O vínculo genético da filiação pelo DNA: sua aplicação nos tribunais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 28, fev. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=537>>. Acesso em: 25 de maio de 2008.

FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. Paternidade biológica X Paternidade declarada: quando a verdade vem a tona. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 13. Porto Alegre: Síntese, abr./mai./jun. de 2002, p. 13-24.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I.

GODOY, Luciano de Souza. Investigação de paternidade renovada – a busca da verdade biológica. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 16. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, jan-fev-mar 2003, v. 5.

GÓES, Gisele. **Teoria geral da prova**. Salvador: Jurispodium, 2005.

\_\_\_\_\_. O art. 232 do CC e a súmula 301 do STJ – presunção legal ou judicial ou ficção legal? In: **Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do código civil**. DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coords.). Salvador: Juspodium, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. VI.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e crítica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.



GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HOFFMAN, Paulo. Copérnico, a coisa julgada, a súmula 301 do STJ e o exame de DNA. In: **Prova, exame médico e presunção**: o art. 232 do código civil. DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). Salvador: Juspodium, 2006.

JABUR, Gilberto Hadad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. **Jurisprudência Cível – TJSC**, n. 81/82, ano XXIV. Florianópolis: 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> Trimestres 1998, p. 220-228.

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. **Jurisprudência Cível - TJSC**, n. 108/109, ano XXX, Florianópolis: 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup> trimestre de 2005, I, p. 402-406.

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA. **TJMG, Ap. 5.194-6/90.119-1, rel. Des. Paulo Tinoco**. N. 120, ano 43. Belo Horizonte: TJMG, out a dez 1992, p. 151-152.

KALINOWSKI, Georges. **Concepto, fundamento y Concreción Del Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KISCH, Wilhelm. **Elementos de Derecho Procesal**. 2. ed. Madri: Prieto Castro, 1944.

LACERDA, Galeno. O Código como Sistema legal de Adequação do Processo. In: **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul** — Comemorativa do Cinquentenário. Porto Alegre: IARGS, 1976.

LEITE, Eduardo. **Temas de direito de família**. São Paulo: RT, 1994.

LEITE, Glauco Salomão. Coisa julgada inconstitucional: relativizando a “relativização”. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 155-191.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; trad. dos textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LISBOA, Álvaro Anicet. **Investigação de paternidade**. Disponível em: <<http://www.alvarolisboa.adv.br>>. Acesso em 28 de maio de 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A paternidade sócio-afetiva e a verdade real. **Revista CEJ/Conselho de Justiça Federal**, Centro de Estudos Judiciários, n. 1. Brasília: CEJ, 1997, p. 15-21.

\_\_\_\_\_. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 27 de maio de 2008.

\_\_\_\_\_. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de família** (do Instituto Brasileiro de Direito de Família), n. 01. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, abr./jun. 1999.

\_\_\_\_\_. Direito ao Estado de filiação e Direito à Origem Genética: Uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n.19, ago./set., 2003.

\_\_\_\_\_. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 04 de julho de 2008.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil** . 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LOTUFO, Renan. Questões pertinentes à investigação e à negação de paternidade. **Revista Brasileira de Direito de Família** . V. 3, n. 11. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out-nov-dez 2001, p. 47-58.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Obra Completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994, v. II.

MADALENO, Rolf. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. **Revista dos Tribunais**, n. 766, ano 88. São Paulo: ago. 1999, p. 69-87.

\_\_\_\_\_. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade** - DNA como meio de prova da filiação. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. A presunção absoluta e a relativa na teoria das provas – sua natureza jurídica e sua eficácia. **Revista Forense**, v. 74, n. 262. Rio de Janeiro: Forense, abr/jun 1978, p. 89-100.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000, v. 5, t. I.

\_\_\_\_\_. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2.

MARQUES, José Carlos Malta Marques. Ação negatória de paternidade. Jurisprudência Comentada. **Revista Brasileira de Direito de Família**. V. 3, n. 10. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, jun-ago-set 2001, p. 47-57.

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997, vol. III.

MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade? In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Yves Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição Federal. In: DOXSEY, Sônia Maria Rabello. A coisa julgada e a investigação de paternidade cumulada com alimentos. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: 2000, p. 489.

MATTOS FILHO, João Lélío Peake de. Investigação de paternidade com suposto pai falecido – atualização médico pericial – descrição dos primeiros casos empregando o exame de DNA – possibilidades e limitações. In: **Revista dos Tribunais** (Notas e Comentários), n. 722. São Paulo: RT, dezembro de 1995, p. 359-363).

MELGAÇO, Mary Christina Pitta Pinheiro de Souza; FIGUEIREDO, André Luís dos Santos *et al.* Perícias em DNA: a coisa certa pode ser feita de forma errada? Um estudo de caso hipotético. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1509, 19 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10285>>. Acesso em: 27 de abril de 2008.

MELLO, Rodrigo Pereira de. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

MICHELI, Gian Antonio, TARUFFO, Michele. A prova. **Revista de Processo**, n. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MILHOMENS, Jônatan. **A Prova no Processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. IV.

MITTERMAYER, C.J.A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Campinas-SP: Bookseller, 1996.

\_\_\_\_\_. **Tratado de la prueba em matéria criminal**. Madrid: Réus, 1929.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Direitos da criança e adoção internacional**. São Paulo: RT, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 1992.

MONTEIRO, Washington De Barros. Art. 27. In: MUNIR CURY, Antônio Fernando do Amaral e Silva; MENDEZ, Emílio García (coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos de personalidade. In: BARRETO, Vicente; COMAILLE, Jacques et al. (Org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. **Revista Forense**, n. 343. Rio de Janeiro: Forense, jul/set 1998, p. 157-68.

\_\_\_\_\_. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA. In: LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. **Grandes temas da atualidade** – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 217-233.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA, João Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**, ano 27, vol. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março, 2002, p.190.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Coimbra, 1996.

MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. **Revista de Direito Privado**, n. 21. São Paulo: RT, janeiro-março de 2005, p.49-68.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NASCIMENTO, Valder do Nascimento. **Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em vigor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 677.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 1999.

NETTO, Domingos Franciulli. Das relações de parentesco, da filiação e do reconhecimento dos filhos. In: NETTO, Domingos Franciulli, MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS FILHO, Ives Garndra da Silva (coords.). **O Novo Código Civil: Homenagem ao professor Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1180 -1227.

NICOLAU JR., Mauro. **Paternidade e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2006.

NICOLAU, Alessandro Ferreira. As presunções judiciais e as regras de experiência. **Revista de Direito Processual Civil**, n. 28. Curitiba: Gênese, 2003.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Remédios constitucionais**. Barueri-SP: Manole, 2004.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família** (direito matrimonial). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Efetividade e Processo de Conhecimento. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1999, 96:59-69.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Novo código civil anotado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, v. I.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993.

\_\_\_\_\_. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. Colisão entre direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770&p=2>>. Acesso em: 14 de julho de 2008.

PAULO FILHO, Pedro. **Concubinato, união estável, alimento, investigação de paternidade**. Leme-SP: J.H. Mizuno, 2006.

PENA, Sérgio Danilo J. Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA: estado da arte no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 255.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências Modernas do Direito de Família. **Revista dos Tribunais**, vol. 628. São Paulo: Revista dos Tribunais, Fevereiro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de Família e psicanálise/ Rumo a uma Nova Epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 226.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. Paternidade e sua prova. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v 343, p. 165.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 2. ed. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michelle. Funções da família. In: **História da vida privada**: da revolução francesa à primeira guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

PESTANA DE AGUIAR E SILVA, João Carlos. **As Provas no Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PISANI, Andréa Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões**. Rio de Janeiro: Borsói, 1957.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. II.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1989, v. 7.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 5.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2002.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RASKIN, Salmo. **Manual prático do DNA para investigação de paternidade**. Curitiba: Juruá, 1999.

\_\_\_\_\_. **Manual prático do DNA para investigação de paternidade**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. Quanto custou o novo código civil? **O Estado de São Paulo**. São Paulo: 18 jan. 2003, p. A2, geral.

REVISTA CIÊNCIA JURÍDICA. **TJRN, Apel. Cív. n. 02.002636-6. 1ª Cam. Cív. Rel. Juiz João Rebouças, j. 12.12.03. Civil – TJRN**, n. 115, ano XVII. Belo Horizonte: Ciência Jurídica Ltda, janeiro/fevereiro de 2004, p. 166-170.

REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. **TJDF e Territórios, 6ª Turma Cível, Ap. 2005011078817-4, rel. Des. Otávio Augusto**, j. Jurisprudência – TJDF, n. 85. Brasília: TJDF e territórios, set/dez 2007, p. 168.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Jurisprudência Geral Civil – TJSP**, n. 802, ano 91. São Paulo: RT, agosto de 2002, p. 213-215.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Jurisprudência Geral Civil – TJSP**, n. 810, ano 92. São Paulo: RT, abril de 2003, p. 213-215.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **STJ, 3ª T. Cív. – REsp. 348.007-GO, rel. Des. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 19.05.05. DJU 01.08.2005**. Jurisprudência Geral Civil – STJ. RT, n. 841, ano 94. São Paulo: novembro de 2005b, p. 209-210.

REVISTA DOS TRIBUNAS. **TJDF, 2ª T., AC 48.871/98, Reg. Ac., 109.676, rel. Des. Ribeiro de Souza, DJU 11.11.1998**. Jurisprudência Geral Civil – TJSP, n. 854, ano 95. São Paulo: RT, dezembro de 2006a, p. 191-195.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **TJMS, 4ª T. Cív. – Ap. 2006.000041-7/0000-00, rel. Des. Rêmolo Letteriello, j. 27.06.06**. Jurisprudência Geral Civil – TJMS, n. 854, ano 95. São Paulo: RT, 2006b, p. 285-287.



REVISTA DOS TRIBUNAIS. **TJPI, 2ª Câmara Especializada, Ap. 00.000273-9, rel. Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar, j. 05.12.01.** Jurisprudência Geral Civil – TJPI, n. 801, ano 91. São Paulo: RT, julho de 2002, p. 338-340.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **TJRO, Tribunal Pleno – AR 100.005.2002.014042-3 (Segredo de Justiça), rel. rel. Des. Rowilson Teixeira, j. 20.06.05.** Jurisprudência Geral Civil – TJRO, n. 845, ano 95. São Paulo: RT, março de 2006c, p. 397-399.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **TJSC, 3ª Câmara Cív, ApCív 2006.001459-5, rel. Des. Substituto Sérgio Izidoro Heil, j. 14.11.06.** Jurisprudência Geral Civil – TJSC, n. 860, ano 96. São Paulo: RT, junho de 2007, p. 381-386.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **TJSP, 2ª Câmara, Ap. 365.867-4/3-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 08.03.05.** Jurisprudência Geral Civil – TJSP, n. 838, ano 94. São Paulo: RT, agosto de 2005a, p. 223-225.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROCHA NETO, José. **Coisa Julgada Secundum Eventum Probationes**. 02/06/2003. Disponível em <<http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=10>>. Acesso em 25 de maio de 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de família. Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. A sentença cível e a coisa julgada. **Caderno Ajuris**, nº 3. Porto Alegre: Ajuris, 1975.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O pequeno príncipe**. 47. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2006.

SALOMÃO, Jorge. **Da coisa julgada nas ações de estado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V. IV.

\_\_\_\_\_. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Prova judiciária no civil e comercial**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. Vol 2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação dos interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHÖNKE, Adolf. **Direito processual civil**. Campinas: Romana, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira. Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (org.). **Grandes temas da atualidade- DNA como meio de prova para a filiação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA JR, Walter Nunes da. Coisa Julgada – Direito Imperativo ou Facultativo. In: **Justiça Federal do Rio Grande do Norte – Doutrina**. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/doutrin1.htm>>. Acesso em 26 de maio de 2008.

\_\_\_\_\_. Coisa Julgada – Direito Imperativo ou Facultativo. In: **Justiça Federal do Rio Grande do Norte – Doutrina**. Disponível em: <[www.jfrn.gov.br/doutrin1.htm](http://www.jfrn.gov.br/doutrin1.htm)>. Acesso em 01 de abril de 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. V. I-II. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à Intimidade**. Oliveira Mendes, São Paulo, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. Ano 91, v. 798. São Paulo: RT, abril 2002a, p. 22-49.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. V. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. Com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Verdade e significado. **Revista Magister de direito civil e processual civil**. V. 1 (jul./ago. 2004). Porto Alegre: Magister, 2004.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O casamento – O direito de família, à luz da dignidade humana. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo Código Civil: uma homenagem ao professor Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **RESP nº 526**. Relator: Eduardo Ribeiro. Data de julgamento: 18.11.90. DJ de 19.11.1990, p. 260.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, **RESP nº 317.809-MG**. Rel: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Data de julgamento: 02.05.2002. DJ de 05.08.2002, p. 329.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A Prova no Processo do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. XVIII.

TELLES JR., Goffredo. **A folha dobrada** - lembranças de um estudante. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TERMOS JURÍDICOS. **Legitimatío ad causam**. Disponível em <<http://www.advogado.adv.br/termosjuridicos.htm>>. Acesso em 24 de março de 2008.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

THEODORO Jr., Humberto. *Prova — Princípio da Verdade Real — Poderes do Juiz — Ônus da prova e sua Eventual Inversão — Provas Ilícitas — Prova e Coisa Julgada nas Ações relativas à Paternidade (DNA)*. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 03. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 5-23.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol.I.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I.

\_\_\_\_\_. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II.

\_\_\_\_\_. A prova indiciária no Novo Código Civil e a recusa ao exame de DNA. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). **Prova, exame médico e presunção**. Salvador: Juspodium, 2006.

TUDO DIREITO. **Exceptio plurium concumbentium** - defesa em investigação de paternidade fundada na ocorrência de vários relacionamentos à época da concepção. Direito Romano I. Termos em latim. Disponível em <<http://www.tudodireito.com.br/aula.php?disc=4&cod=14>>. Acesso em 01 de maio de 2008.

VALLE, Silvio. Regulamentação da identificação humana por DNA . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=539>>. Acesso em: 6 de maio 2008.

VAZQUEZ SOLETO, José Luiz. La 'prueba en contrario' em lãs presunciones judiciales. **Revista Peruana de derecho procesal**. V. VI. Lima: Prú Offset Editores, 2003.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. A dessacralização do DNA. **Anais do II congresso brasileiro de direito de família do Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 6.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Coleção direito civil; v. 6).

VERUCCI, Florisa. O direito de ter pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (org.). **Grandes temas da atualidade - DNA como meio de prova da filiação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p 95-96.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional de filiação: verdade e superstições. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 1, n. 2. Porto Alegre: Síntese, jul.-set. 1999.

VITAGLIANO, José Arnaldo. Coisa julgada e ação anulatória. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 72, 13 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4206>>. Acesso em: 27 de junho de 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. (Org.). **Reflexões sobre a Prova Científica da Filiação**. Repertório de Doutrina sobre Direito de Família. São Paulo: RT, 1999, v. 4.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 198.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. **Investigações de paternidade**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito de família**: questões controvertidas. Porto Alegre: Síntese, 2000.

\_\_\_\_\_. **Coisa Julgada na investigação de paternidade**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

\_\_\_\_\_. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. Obrigatoriedade do exame médico de DNA. **Revista de Processo**, n. 89, ano 23. São Paulo: RT, jan./mar. de 1998.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Ação Rescisória**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.