

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em
Direito Processual Civil

Euler Corrêa de Moraes Martins

A PRESUNÇÃO RELATIVA NA RECUSA À
PERÍCIA EM DNA

Brasília – DF

2015

Euler Corrêa de Moraes Martins

**A PRESUNÇÃO RELATIVA NA RECUSA À
PERÍCIA EM DNA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF

2015

Euler Corrêa de Moraes Martins

A PRESUNÇÃO RELATIVA NA RECUSA À PERÍCIA EM DNA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente estudo a meus pais, Francisco Farias Martins e Helena de Moraes Denney, e à minha esposa Mônica Corrêa de Moraes Martins, por estar ao meu lado durante toda a trajetória acadêmica e com a qual compartilho inúmeros momentos da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus pelas graças que me foram conferidas ao longo da vida, ao Professor Dr. Sebastião Machado Filho e sua falecida esposa Maria Lúcia Machado Carneiro, por terem me concedido o acesso ao estudo da ciência do Direito.

Há uma tendência das coisas vivas a se unirem, a estabelecerem vínculos, a viverem umas dentro das outras, a retornarem a arranjos anteriores, a co-existirem enquanto é possível. Este é o caminho do mundo.

Lewis Thomas

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 provocou uma importante alteração no Direito de Família através do princípio da igualdade da filiação. Introduziu no ordenamento jurídico uma mudança de valores nas relações familiares, que conferiu aos filhos de pais não casados os mesmos direitos dos advindos de uma vinculação matrimonial. Entretanto, por uma questão lógica e de equilíbrio do sistema, os nascidos de uma relação isenta de casamento não aproveitam a presunção legal de paternidade, devendo valer-se, em caso de resistência, da ação de investigação para obter o reconhecimento da filiação paterna, cuja principal prova é a perícia médico-legal genética pelo sistema DNA. A problemática do presente trabalho surge do embate entre os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados do indigitado pai de recusar-se ao exame genético, bem como do filho de ter conhecimento de sua paternidade, solucionado pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que beneficiam àquele com a impossibilidade de submissão coativa, e este com a presunção relativa em face da recusa. Ademais, a presunção representa uma prova indiciária, devendo ser confrontada com outras que são produzidas no curso do processo para formação do convencimento do magistrado, não podendo este julgar procedente o pleito inicial unicamente em face da rejeição.

Palavras-chave: família, filiação, paternidade, reconhecimento de paternidade, prova, investigação de paternidade, DNA, presunção.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 developed an important change in Family Law through the principle of equality of membership. Introduced in the legal system a change of values in family relations, which gave the children of unmarried parents the same rights as arising from a marriage binding. However, a logical question and system balance, born in a free marriage relationship does not enjoy the legal presumption of paternity and should consider, in the event of resistance, the research action for the recognition of paternal affiliation, whose main event is the forensic genetic expertise by DNA system. The problem of this study arises from the clash between the fundamental rights guaranteed constitutional designate the father refuse to genetic testing, and the child to be aware of his paternity, solved by the application of the principles of proportionality and reasonableness, which benefit to that with the impossibility of coercive submission, and this with the presumption in the face of refusal. Moreover, the presumption represents a body of evidence and should be confronted with others that are produced in the course of the process for formation of the magistrate convincing and cannot judge this proceeding the initial election only in the face of rejection.

Key words: family, filiation, paternity, recognition of paternity, proof, investigation of paternity, social affection, DNA, presumption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A PATERNIDADE E O SEU RECONHECIMENTO	9
1.1 A filiação em face da constituição federal de 1988	9
1.2 Reconhecimento de paternidade	11
1.2.1 <i>Filhos havidos na constância do casamento</i>	11
1.2.2 <i>Filhos havidos fora do casamento</i>	12
1.3 Reconhecimentos voluntário, judicial e socioafetivo	13
1.4 Efeitos do reconhecimento	20
2 A PROVA DA PATERNIDADE EM JUÍZO	22
2.1 Aspectos gerais da prova	22
2.2 Meios de prova na investigação de paternidade	24
3 O DNA E A RECUSA DO RÉU EM SUBMETER-SE AO EXAME	34
3.1 O advento do DNA	34
3.2 Falibilidade do exame	37
3.3 Recusa do réu em submeter-se ao exame de DNA	40
3.3.1 <i>Princípios da proporcionalidade e razoabilidade</i>	43
3.4 O posicionamento do STF e STJ em face da recusa ao exame de DNA	45
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

Busca-se com o presente trabalho monográfico uma análise do instituto da presunção relativa de paternidade diante da recusa do demandado à submissão ao exame de DNA, com o intuito de ilidir a utilização única e exclusiva deste meio de prova pelo juiz no julgamento da ação investigatória.

Primeiramente importa analisar as alterações sofridas pela relação paterno-filial com a evolução do direito brasileiro, advindas com a Constituição Federal de 1988, que conferiu à família especial proteção pelo Estado (artigo 226) bem como igualou o tratamento dos filhos, proibindo qualquer discriminação entre a prole (artigo 227, § 6º).

Uma vez persistente a divisão entre os filhos matrimoniais e extramatrimoniais para fins de reconhecimento formal da paternidade, a situação dos filhos havidos na constância do casamento e fora dele são assunto de enfoque, bem como das modalidades de reconhecimento e seus consequentes efeitos, haja vista que os primeiros são contemplados por uma presunção legal de paternidade, e os segundos deverão valer-se, em caso de resistência, da ação de investigação de paternidade para ter reconhecido o vínculo familiar.

Em um segundo momento se analisa os meios de prova utilizados na ação de investigação de paternidade, quais sejam depoimento pessoal, confissão, documentos, testemunhas e, com especial ênfase, a prova pericial, que engloba o sistema DNA, e os indícios e presunções.

Posteriormente, é feita uma abordagem sobre o advento do DNA e sua repercussão no ordenamento jurídico, quando da utilização forense do exame, que possibilitou a imputação ou exclusão da paternidade com mínima margem de erro, além de tratar das hipóteses de falibilidade do exame e legitimidade da recusa do réu em ofertar material essencial para sua realização.

Também tratou-se de discutir acerca do embate entre os direitos fundamentais dos envolvidos na relação paterno-filial, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a questão, e a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como solucionadores do conflito, resultando na impossibilidade de submissão coativa pelo investigado e presunção relativa diante da recusa, prova indiciária de grande valia que beneficia o investigante, mas que deve ser analisada em confronto com todo o acervo probatório apresentado no processo para ensejar a procedência da ação de investigação de paternidade.

1 A PATERNIDADE E O SEU RECONHECIMENTO

A paternidade, que constitui o vínculo de parentesco que une um indivíduo com aquele que o gerou, é estado da pessoa que, no mais das vezes, demanda reconhecimento ulterior, seja sob a modalidade voluntária, compulsória ou judicial e até mesmo socioafetiva.

1.1 A filiação em face da Constituição Federal de 1988

Pronuncia o artigo 226 de nossa atual Carta Política ser a família o alicerce da sociedade, o que justifica a especial proteção estatal, que estabelece normas de ordem pública e a intervenção do Ministério Público nos litígios. Tal entidade está consubstanciada na união entre homem e mulher, seja ela natural ou formal, a depender da existência ou não do casamento, bem como na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.¹ Família natural é conceito presente no artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não obstante a maneira como se deu o enlace entre os sujeitos, a existência de filhos como resultado da união gera inúmeros deveres e obrigações para os genitores, dentre os quais os constitucionalmente impostos de assistir, criar e educar os filhos menores.²

Dá-se o nome de filiação à ligação da prole com as pessoas que a conceberam, que nos ensinamentos de Sílvio Rodrigues “é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram”.³ Já a paternidade representa o vínculo formado inversamente considerado, ou nos dizeres de Pontes de Miranda:

¹ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 15.

² Constituição Federal, art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 281.

a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra, chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e filiação, quando do filho para com qualquer dos genitores.⁴

A filiação que resulta da concepção denomina-se biológica ou natural, anteriormente classificada em legítima, ilegítima e legitimada. A adoção configura filiação sob a modalidade sociológica.

Os filhos legítimos eram os havidos na constância matrimonial e os ilegítimos eram os concebidos em uma relação isenta de casamento, sendo estes subdivididos em naturais e espúrios. Naturais eram os filhos de pais não impedidos de casar ao tempo da concepção e espúrios os filhos de impedidos em razão da existência de matrimônio anterior com terceira pessoa (adulterinos) ou parentesco (incestuosos).⁵

No conceito de Maria Helena Diniz, filho legitimado “é aquele que adquire o status de legítimo pelo subsequente matrimônio dos pais, por não ter sido concebido ou nascido na constância do casamento”.⁶

Com o advento do diploma constitucional de 1988 a distinção entre as espécies de filiação passou a ter caráter meramente histórico ou didático, pois o artigo 227, § 6º preceitua o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos,⁷ afastando a discriminação que havia no Código Civil de 1916 e leis complementares, e que elitizava os havidos em uma relação matrimonial, sendo tal dispositivo literalmente reproduzido no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, por uma questão lógica e de equilíbrio do sistema, os filhos havidos fora do casamento não são contemplados pela presunção de paternidade concebida aos filhos de pais casados.⁸

⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 19.

⁵ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 16.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 235.

⁷ Constituição Federal, art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 301.

1.2 Reconhecimento de paternidade

Subsiste uma divisão entre os filhos matrimoniais e extramatrimoniais para fins de reconhecimento formal da paternidade, posto que os primeiros, por uma ficção legal, gozam da presunção do vínculo paternal. Não se pode conceber a presunção de uma relação eventual ou estágio de concubinato, mesmo quando coincidente com a concepção.⁹ Trata-se de incorporação do brocardo romano *pater is est quem justae nuptiae demosntrant*.¹⁰

1.2.1 Filhos havidos na constância do casamento

Consoante os ditames do artigo 1.597 do Código Civil, a filiação será considerada uma consequência natural do matrimônio quando concebido o filho em, no mínimo, cento e oitenta dias, depois de estabelecida a convivência conjugal, ou nos trezentos dias seguintes à dissolução desta sociedade. São prazos limitativos da gestação com vida segundo a ciência médica, sendo que os filhos nascidos fora destes períodos legais não aproveitam a presunção.¹¹

Pelo dispositivo em comento, também presumir-se-á a paternidade nas hipóteses de nascimento por fertilização assistida de filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; bem como dos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido.¹²

A inseminação artificial homóloga é aquela proveniente do sêmen do marido ou companheiro, na medida em que a heteróloga se utiliza de um estranho que contribui com o material genético.¹³ Esta última possibilidade rompe com o critério

⁹ DELGADO, Mário Luiz; Jones Figueiredo Alves (Org.). **Questões controvertidas no novo código civil**: Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2004, p. 384.

¹⁰ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 18.

¹¹ *Ibidem*, p. 18.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 287.

¹³ *Ibidem*, p. 288.

biológico de determinação da paternidade, posto que confere ao marido, filho oriundo de material genético de um terceiro doador.¹⁴

Fundamenta a existência da presunção legal a complexidade de se demonstrar a paternidade que, ao revés da maternidade, não se caracteriza por sinais exteriores. É fato de difícil constatação, onde paira a dúvida e incerteza.¹⁵

Ressalte-se que se trata de presunção *juris tantum*, podendo ser ilidida por contraprova a ser produzida no processo, nas ações negatória e contestatória de paternidade.

1.2.2 Filhos havidos fora do casamento

Os filhos nascidos de uma relação fora do matrimônio necessitam do reconhecimento para que se forme o vínculo familiar, o que se dará por ato volitivo dos pais ou coativo resultante de imposição judicial. O artigo 358 do revogado Código Civil de 1916 proibia expressamente o reconhecimento de filhos provenientes de uma relação incestuosa ou adulterina, sendo que, atualmente, a possibilidade da perfilhação faz-se sem qualquer restrição, o que representa, conforme leciona Sílvio Venosa, “a evolução legislativa em compasso com a própria evolução da sociedade ocidental”.¹⁶

O reconhecimento, que é ato que estabelece parentesco entre pai e mãe não casados e o filho poderá ser voluntário ou espontâneo, quando o sujeito, por meio de ato e manifestação solene e válida, declara que determinada pessoa é seu filho, e judicial ou coativo, decorrente de sentença na ação de investigação de paternidade, que reconhece que determinada pessoa é progenitor de outra, sendo que ambas modalidades geram efeitos semelhantes.¹⁷

¹⁴ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 19.

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 303.

¹⁷ *Ibidem*, p. 305.

1.3 Reconhecimentos voluntário, judicial e socioafetivo

Segundo Alberto Chamelete Neto:

O reconhecimento voluntário ou perfilhação é o ato pelo qual o pai ou a mãe assume a paternidade ou a maternidade de filho havido fora do casamento, passando a relação biológica a constituir também relação jurídica, gerando todos os efeitos legais.¹⁸

José Aparecido da Cruz conceitua o instituto como sendo “um ato de vontade de cunho pessoal e expresso, em que o reconhecente afirma categoricamente que o nascido ou por nascer (já concebido) é seu filho”.¹⁹

Seguindo orientação trazida pela Lei nº 8.069/90 em seu artigo 26, parágrafo único, o Código Civil em seu artigo 1.609, parágrafo único,²⁰ prevê a possibilidade de a perfilhação ocorrer antes do nascimento de filho já concebido e após sua morte, se este deixar descendente. A razão da existência de descendentes no reconhecimento póstumo é impedir que o pretense pai receba benefícios hereditários.²¹

O reconhecimento voluntário é ato personalíssimo, posto que somente aos pais, ou a um deles, é reconhecida esta faculdade. Deve, inclusive, possuir plena capacidade para a prática do ato, ressalvado o direito do relativamente incapaz, segundo doutrina majoritária. Poderá, ainda, o procurador com poderes especiais realizá-lo.²²

Também se caracteriza como ato unilateral, haja vista ser necessária apenas a manifestação do declarante para gerar efeitos. Ademais, faz-se necessário o consentimento do filho maior de dezoito anos e pode o menor impugnar o reconhecimento quando adquirir capacidade, o que não lhe retira o caráter de

¹⁸ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 24.

¹⁹ CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro: teoria, legislação, jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

²⁰ Código Civil, art. 1.609, parágrafo único: “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 307.

²² *Ibidem*, p. 306.

unilateralidade, por serem medidas protetivas justificadas pelas consequências de cunho moral e jurídico.²³

É ato declaratório, pois a origem da filiação remonta à concepção, pelo que há retroação de seus efeitos, como explica Pontes de Miranda:

A filiação, que existia antes, embora sem caráter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portanto, não a cria: revela-a. Daí resulta que os seus efeitos, quaisquer que sejam, remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido.²⁴

Constitui ato formal, irrevogável, imprescritível, não se subordina a condição ou termo e, por se tratar de direito indisponível, não pode ser objeto de transação ou renúncia.²⁵ Poderá ocorrer sua anulação mediante a propositura da ação anulatória, para que a verdade jurídica se amolde à verdade biológica da paternidade.²⁶

Consoante o artigo 1.609 do Código Civil, o reconhecimento poderá realizar-se no registro de nascimento; por escritura pública ou escrito particular; testamento e manifestação perante o juiz.

O reconhecimento no próprio termo se dará mediante o comparecimento do pretense pai perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca/Circunscrição, identificando-se e declarando a paternidade da criança a ser registrada, sendo tal ato subsequentemente lavrado no assento competente e subscrito pelo reconhecente, ou, caso este não saiba ou possa assinar, por procurador dotado de poderes especiais e na presença de duas testemunhas, sob pena de nulidade.²⁷

Tal modalidade de reconhecimento voluntário da paternidade está disciplinada no artigo 59 da Lei nº 6.015/73, que dispõe sobre Registros Públicos, nos seguintes termos:

Quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar, ou não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 306.

²⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 99.

²⁵ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 24.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. *Op. cit.*, p. 313.

²⁷ CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro: teoria, legislação, jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 44.

O reconhecimento voluntário da filiação que se opera via escritura pública perfaz-se pela lavratura da manifestação do reconhecente em notas por tabelião competente, tornando-se irrevogável o ato desde o momento em que aquele apõe sua firma juntamente com as testemunhas. É desnecessário que o reconhecimento seja objeto específico do instrumento para sua validade.²⁸

O escrito particular, em sede de reconhecimento voluntário da paternidade, deve ser interpretado de forma ampla (anotações, bilhetes, cartas, dedicatórias em retratos, livros, postais, procurações etc.). Deve, ainda, espelhar de forma inequívoca a pretensão do reconhecente, sem a eiva dos vícios de consentimento. Importante dado a ser analisado é a data do ato, posto que se anterior à concepção do pretense filho, será inválido.²⁹

O reconhecimento da paternidade também poderá ocorrer por testamento, seja sob a forma ordinária (cerrado, particular ou público) ou especial (marítimo ou militar), ainda que incidentalmente manifestado pelo testador. Persistirá o ato ainda que o instrumento que lhe deu causa seja posteriormente revogado por inobservância de requisitos, desde que não o afete.³⁰ Tal entendimento se extrai da norma inserta no artigo 184 do Código Civil, segundo a qual: “[...] a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável [...]”.

Assim, assevera Orlando Gomes que “a nulidade do testamento não determina a invalidade do reconhecimento, a menos que decorra de fato ou circunstância que acarrete, do mesmo modo a nulidade deste, como, por exemplo, a demência do testador”.³¹

A manifestação perante o juiz poderá ensejar o reconhecimento da paternidade, desde que se perfaça de forma direta e expressa, ainda que este não seja o objeto único e principal do ato que o contém. Independe de competência

²⁸ CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro:** teoria, legislação, jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 44.

²⁹ *Ibidem*, p. 48.

³⁰ *Ibidem*, p. 50.

³¹ GOMES, Orlando. **Direito de família.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 321-322.

quanto à matéria (cível ou criminal), natureza do procedimento (administrativo ou judicial) e posição do reconhecente (parte ou testemunha).³²

A Lei nº 8.560/92 acrescentou mais uma modalidade de reconhecimento voluntário, qual seja, quando a Certidão de Nascimento é lavrada apenas com o nome da mãe e indicações do indigitado pai, que confirma a paternidade que lhe é atribuída quando notificado para se manifestar durante averiguação oficiosa. Consiste em procedimento administrativo de jurisdição voluntária, cuja iniciativa não é da parte interessada.

O reconhecimento judicial da paternidade, que se viabiliza de forma constrangida, forçada, inespontânea, Silvio Rodrigues define como “aquele decorrente de sentença havida em ação de investigação de paternidade e na qual se proclama que o autor é filho do indigitado”.³³ Segundo ensinamento de José Aparecido da Cruz:

O reconhecimento judicial da paternidade, também considerado coativo ou forçado, é aquele que consiste no estabelecimento da filiação declarada pelo Estado-juiz, através da sentença proferida em demanda investigatória de paternidade proposta pelo investigante ou seu substituto legal contra o suposto pai ou seus herdeiros.³⁴

A ação de investigação de paternidade é instrumento hábil para que o filho obtenha o reconhecimento da filiação paterna sob a modalidade coativa ou judicial. Ensina Mário Aguiar Moura que “se o pai se mantém omissos, avesso ou resistente ao reconhecimento, surge o recurso à ação com finalidade de ser declarada a paternidade mesmo contra a vontade do gerador do filho”.³⁵

Trata-se de ação de estado, porque judicialmente se objetiva a afirmação da existência de um vínculo de filiação controverso,³⁶ em que a sentença proferida pelo magistrado irá suprir a vontade do pai e declarar a existência do vínculo biológico, estabelecendo-se em consequência o jurídico, retroagindo o ato à data do

³² CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro:** teoria, legislação, jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.

³³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 307.

³⁴ CRUZ, José Aparecido da. *Op. cit.*, p. 74.

³⁵ MOURA, Mário Aguiar. **Tratado prático da filiação.** vol. 2. Porto Alegre: Síntese, p. 16. *Apud* CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA.** Curitiba: Juruá, 2002, p. 30.

³⁶ CRUZ, José Aparecido da. *Op. cit.*, p. 75.

nascimento ou concepção do investigante e dele decorrendo os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário.³⁷

Figurará no polo ativo o pretense filho, nascituro ou Ministério Público (substituto processual) e no passivo o indigitado pai ou seus herdeiros. Excepcionalmente, poderá figurar no polo passivo da ação de investigação a mãe/mulher, quando o apontado pai falecer sem deixar ascendentes ou descendentes, porque será herdeira de todo o patrimônio do *de cujus* (não será meeira). Seguindo a mesma linha de raciocínio, poderão ser demandados na ação os demais herdeiros, legatários, Municípios, Distrito Federal e União.³⁸

É ação inalienável, imprescritível e irrenunciável. Versa sobre direito personalíssimo, indisponível e imprescritivo. Poderá cumular-se com alimentos, petição de herança e cancelamento de registro civil.³⁹

No tocante ao reconhecimento socioafetivo, convém rememorar que em momento anterior ao advento da carta política datada de 1988, os filhos advindos de um relacionamento isento de matrimônio não possuíam a proteção legal e consequentes direitos atribuídos aos descendentes de pessoas casadas entre si. Diante dessa realidade, cada vez mais surgiam situações em que as crianças desprestigiadas se envolviam afetivamente com pessoas outras que assumiam ser pai e mãe, independentemente de vínculo biológico ou jurídico.⁴⁰

Adequando-se a esse novo contexto social, a atual Constituição Federal trouxe em seu bojo o princípio da igualdade da filiação, afastando as diferenças anteriormente existentes e atribuindo proteção igualitária aos filhos oriundos de qualquer relação, inclusive aquela fundada no afeto, a qual denominamos socioafetiva. Cuida-se do “tratamento dispensado a um filho, por alguém, independente de imposição legal ou vínculo sanguíneo; fruto apenas do sentimento de carinho e amor”.⁴¹

³⁷ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 30.

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 318.

³⁹ *Ibidem*, p. 316.

⁴⁰ SILVA, Luana Babuska Chrapak da. **A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar**.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321>>. Acesso em: 08 mar. 2006.

⁴¹ *Ibidem*.

Até o presente momento do estudo temos como certo que a paternidade reside no vínculo biológico e/ou jurídico formado entre a pessoa do pai com relação ao filho. Ademais, há que se analisar o elemento da afeição, sentimento de amizade e amor, que pela nova tendência do Direito de Família representa uma realidade capaz de determinar a paternidade. A respeito da socioafetividade, aponta Rolf Hanssen Madaleno ser “[...] a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição [...]”.⁴²

De grande valia e esclarecimentos sobre o assunto em questão foi o acórdão proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de Apelação, cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. SOCIOAFETIVIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DO REGISTRO CIVIL. DESCABIMENTO. A moderna concepção de paternidade se enraíza no afeto entre o filho e quem o ampara com o invólucro do carinho e do amor, afastando a obrigação do vínculo biológico. É genitor quem contribui com a carga genética, mas é pai quem cria e protege, dedicando seu sentimento a quem registra espontaneamente e cuida durante vários anos.⁴³

Evidencia-se que o entendimento sobre o instituto da paternidade caminha rumo à prevalência das relações socioafetivas entre pai e filho sobre o vínculo biológico, por ser aquela mais importante na medida em que é mais benéfica à criança que necessita, acima de tudo, de amor, assistência, carinho e dedicação. Neste sentido, reportamo-nos novamente aos ensinamentos de Rolf Madaleno:

[...] a paternidade tem um significado mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor paterno e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, uma paternidade que vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em interação paterno-filial, formando verdadeiros laços de afeto que nem sempre estão presentes na filiação biológica, até porque, a paternidade real não é biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento que vão sendo cultivados durante a convivência com a criança.⁴⁴

⁴² MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 41.

⁴³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70009571142. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Herval, RS, 01 dez. 04.

⁴⁴ MADALENO, Rolf Hanssen. *Op. cit.*, p. 40.

Nesse diapasão, constitui mais uma modalidade de reconhecimento da paternidade a chamada posse do estado de filho, consubstanciada na ação do pai em tratar o filho como tal perante o meio social, dando-lhe proteção e afeto.⁴⁵ O estado de filho é irrenunciável, imprescritível, não admite transação e suas consequências são o nome e indivisibilidade.⁴⁶ Acerca do instituto disserta Luana Babuska Chrapak da Silva que:

Quando os pais dispensam atenção ao filho, concedendo-lhe o gozo de direitos e impondo-lhe deveres, criando-o, educando-o, tratando-o como filho frente a terceiros e demonstrando seus nobres sentimentos, revela-se a posse de estado de filho. Ela se exterioriza pelos fatos, independentemente da revelação do fator biológico.⁴⁷

Os elementos que compõem a posse do estado de filho são: *nomen*, caracterizado pelo uso, por parte do filho, do patronímico daquele que se considera pai; *tractus*, consistente na exteriorização do comportamento do sujeito como se filho fosse e; *fama*, que é reputação pública, notoriedade do ato de ser pai.⁴⁸

Quanto ao primeiro requisito, importante frisar que sua ausência não afasta a paternidade socioafetiva pretendida, desde que presentes os demais e ocorra o chamamento de filho e sua aceitação.⁴⁹

Indispensáveis para que se verifique a notoriedade, que é objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social, são as características temporais continuidade ou constância e estabilidade.⁵⁰

A publicidade está consubstanciada na convicção da paternidade por parte da opinião pública, razão pela qual, “[...] na posse de estado, sempre haverá de coincidir a verdade exterior (objetiva), ditada pela realidade dos fatos, com a verdade interior (subjativa), produto do sentimento, refletido pela relação paterno-filial”.⁵¹

⁴⁵ BOEIRA, Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse do estado de filho**: Paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 54-55.

⁴⁶ SILVA, Luana Babuska Chrapak da. **A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321>>. Acesso em: 08 mar. 2006.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 63.

⁴⁹ SILVA, Luana Babuska Chrapak da. *Op. cit.*

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ BOEIRA, Bernardo Ramos. *Op. cit.*, p. 83.

1.4 Efeitos do reconhecimento

Em ambas modalidades de reconhecimento da paternidade, seja voluntário ou judicial, advêm os mesmos efeitos para com os sujeitos da relação jurídica estabelecida, o que importa em direitos e obrigações recíprocas entre pais e filhos.⁵² Nesse sentido, estabelece o artigo 229 da Constituição Federal: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Pontes de Miranda informa que o reconhecimento prova, com força *erga omnes*, a filiação.⁵³ Seus efeitos retrocedem à data do nascimento ou concepção, haja vista que a paternidade, mesmo não conhecida, é estado ou qualidade que surge com o filho.

Formado o vínculo jurídico pelo reconhecimento da paternidade do filho, a lei assegura a este o direito de acrescentar em seu nome os patronímicos do genitor, que nos dizeres de Alberto Chamelete Neto configuram “um elemento de identificação familiar, sendo passado dos pais para os filhos”.⁵⁴

Também é proveniente do vínculo de parentesco formado pelo reconhecimento a prestação mútua de alimentos, consoante se depreende dá análise da norma inserta no artigo 1.694 do Código Civil, e segundo a qual disserta Washington de Barros Monteiro:

A esse auxílio, que mutuamente se devem os parentes, se dá o nome de alimentos, expressão que, na terminologia jurídica, tem sentido mais lato que o vigorante na linguagem comum, abrangendo não só o fornecimento de alimentação propriamente dita, como também de habitação, vestuário, diversões e tratamento médico (*alimenta civilia* e *alimenta naturalia*). Quando a pessoa alimentada for de menor idade, os alimentos compreenderão ainda verbas para a sua instrução e educação.⁵⁵

⁵² CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 39.

⁵³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 97.

⁵⁴ CHAMELETE NETO, Alberto. *Op. cit.*, p. 40.

⁵⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 297.

Por fim, tem o filho reconhecido o direito de suceder à herança deixada por seu genitor, em igualdade com os demais herdeiros.

2 A PROVA DA PATERNIDADE EM JUÍZO

Para que haja o reconhecimento de paternidade sob a modalidade coercitiva ou judicial é imperiosa a produção probatória para formação do convencimento do magistrado que, no desfecho do processo, sentenciará decidindo sobre a existência ou não de vínculo entre os litigantes. A prova é o instrumento hábil à constatação dos fatos sustentados pelas partes, justificadores de suas pretensões.⁵⁶

2.1 Aspectos gerais da prova

Acerca do instituto da prova, notadamente importante é a observação de Maria Christina de Almeida, segundo a qual:

a força de uma decisão judicial está calcada na prova que lhe dá sustentáculo, posto que o convencimento do pretor é formado pelo conhecimento dos fatos que estejam devidamente confirmados pelas provas produzidas no processo.⁵⁷

A expressão “provar”, advém do latim *probare*, e significa demonstrar a verdade, a realidade, a autenticidade de um fato. Nos dizeres de César Antonio da Silva a prova judicial constitui:

o conjunto de todos os elementos lícitos e moralmente legítimos, hábeis a demonstrar os fatos alegados no processo, de forma a convencer o julgador, no sentido de que possa ele fazer a correta aplicação da lei no caso concreto.⁵⁸

Acentua Pontes de Miranda ser o instituto “ato judicial, ou processual, pelo qual o juiz se faz certo a respeito do fato controverso ou do assento duvidoso que os litigantes trazem a juízo”.⁵⁹

⁵⁶ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 43.

⁵⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 84.

⁵⁸ SILVA, César Antonio da. **Ônus e qualidade da prova cível**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991, p. 15. *Apud* CHAMELETE NETO, Alberto. *Op. cit.*, p. 44.

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 246.

Humberto Theodoro Júnior conceitua a prova sob dois aspectos. O primeiro, denominado objetivo, caracteriza-se como “o instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.)”. O segundo sentido, denominado subjetivo, consubstancia-se na “certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado”.⁶⁰

Ressalta-se que nem todos os fatos necessitam de constatação, mas somente os indispensáveis à solução do litígio, conforme enuncia o artigo 334 do diploma processual civil pátrio:

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.

Importante frisar que os efeitos da revelia, que é consideração de veracidade dos fatos alegados na inicial por ausência de contestação, por força do que dispõe o artigo 320, II do Código de Processo Civil, não alcançam o requerido em investigação de paternidade, uma vez que a ação versa sobre direitos indisponíveis.

O sistema adotado pelo Código de Processo Civil, norteador da atividade do juiz ao apurar o conjunto probatório, é o da livre convicção motivada. Segundo este método as provas possuem mesmo valor, não sendo hierarquizadas, e o magistrado as apreciará aleatoriamente para formar o seu convencimento, devendo, porém, motivar sua escolha a fim de que não resulte em arbitrariedade.⁶¹ Está esculpido na norma inserta no artigo 131, *in verbis*:

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.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 375.

⁶¹ *Ibidem*, p. 378-379.

As provas históricas ou diretas são aquelas cujo objeto consiste no próprio fato a ser constatado (probando). Serão provas críticas ou indiretas quando a lei ou o magistrado serve-se de outros já conhecidos para se deduzir a veracidade do fato indagado.⁶² Assim, explica Vaz de Almeida que:

[...] o fato que leva ao conhecimento do vínculo de filiação é a própria geração de um ser humano por outros, coisa impossível de se demonstrar por prova direta. No caso, a prova admissível é a indireta, qual seja a que tenha por objeto dados circunstanciais (indícios) que levam à convicção da existência do vínculo de parentesco.⁶³

Posto isso, as partes deverão valer-se de provas indiretas para constatar os fatos em que fundam seus direitos, devendo estas ser seguras e convincentes como ressalta Alberto Chamelete Neto citando Arnaldo Rizzardo, que alega que:

a investigação paterna requer produção de prova forte e indubitosa, de modo a não permitir incertezas ou insegurança, o que impõe um atilado cuidado na apuração dos fatos.⁶⁴

2.2 Meios de prova na investigação de paternidade

O depoimento pessoal é espécie probatória disciplinada nos artigos 342 a 347 do dígito processual civil pátrio, em seu rol exemplificativo. “O depoimento pessoal é o meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte, no curso do processo”,⁶⁵ consagra-se em “inquirir a parte, extraíndo-lhe sua versão sobre os fatos discutidos no processo”.⁶⁶

Compete tanto ao autor como ao réu, quando determinado de ofício pelo juiz podendo, ainda, ser requerido na audiência de instrução e julgamento por um dos envolvidos no litígio face à parte contrária.

⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA**. In: Revista sintese de direito civil e processual civil. n. 33. Jan-Fev 2005. Sintese, p. 33.

⁶³ ALMEIDA, Maria de Lourdes Rachid Vaz de. **O DNA e a prova na ação de investigação de paternidade**. In: Repertório de jurisprudência sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 131.

⁶⁴ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 45.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 387.

⁶⁶ CHAMELETE NETO, Alberto. *Op. cit.*, p. 47.

Aponta Humberto Theodoro Júnior que este meio de prova possui finalidade dúplice, qual seja a de sanar eventuais dúvidas acerca de fatos discutidos no processo, bem como provocar a confissão da parte.⁶⁷

A parte intimada a prestar o depoimento pessoal deverá comparecer em juízo e responder às perguntas formuladas pelo magistrado com clareza e lealdade, submetendo-se à pena de confesso disposta no § 2º do artigo 343 quando não se apresentar, recusar ou empregar omissões e evasivas ao interrogatório.

O artigo 345 do Código de Processo Civil possibilita à parte intimada justificar sua recusa acerca do depoimento de determinados fatos que lhe são imputados, ou por motivos de sigilo profissional, caso em que ficará isenta da pena de confissão. Contudo, esta exceção resta afastada nas ações de filiação por expressa previsão do parágrafo único do artigo 347.

Nos termos do artigo 348 do Código de Processo Civil “há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”, feita em juízo ou fora dele. É a declaração, judicial ou extrajudicial, provocada ou espontânea, em que um dos litigantes, capaz e com ânimo de se obrigar, faz da verdade, integral ou parcial, dos fatos alegados pela parte contrária, como fundamentais da ação ou da defesa.⁶⁸

Judicial é a confissão que se opera no bojo do processo a requerimento da parte confitente, denominada espontânea, a qual deverá ser reduzida a termo; ou da parte contrária e durante depoimento pessoal em interrogatório, denominada provocada.⁶⁹

Extrajudicial é a confissão que se perfaz fora do processo, escrita ou oralmente, perante a parte contrária ou terceiros, bem como por testamento. Pelos ditames do artigo 353, quando realizada por escrito diretamente à parte ou a seu

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 387.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 390.

⁶⁹ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 48.

representante terá a mesma eficácia probatória da judicial, ou seja, fará prova plena contra o confitente e vincula o juiz, por constituir prova legal.⁷⁰

Essa espécie de prova não se confunde com a causa de extinção do processo, com julgamento do mérito, do reconhecimento da procedência do pedido, constante do artigo 269, II. Confessa-se a veracidade de um fato arrolado pela parte *ex adversa* e não a justiça ou injustiça de sua pretensão. Consequência lógica que se extrai dessa premissa é que a ação pode ser julgada favorável ao confitente, a depender do convencimento do julgador.

Vale trazer à baila os seus elementos, segundo orientação de Humberto Theodoro Júnior, qual seja o subjetivo, “que é o ânimo de confessar, ou seja, a intenção de reconhecer voluntariamente um fato alegado pela outra parte”, e o objetivo, “que é o próprio fato litigioso reconhecido em detrimento do confitente”.⁷¹

A Lei nº 8.560/92 estabelece no bojo de seu artigo 1º, bem como o artigo 1.609 do Código Civil, o seguinte:

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: [...] 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.

Nesse diapasão, em se tratando de ações investigatórias, a confissão judicial realizada pelo indigitado pai configura um modo de reconhecimento voluntário, devendo o respectivo termo ser averbado no Registro Civil para que produza seus efeitos legais e jurídicos.

Atente-se que, pelo fato de o artigo supra mencionado exigir manifestação expressa perante o juiz, não é reconhecida a mesma possibilidade à confissão extrajudicial, ainda que o Código de Processo Civil tenha conferido a esta mesma eficácia probatória da judicial.⁷²

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 392.

⁷¹ *Ibidem*, p. 390.

⁷² CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 48-49.

Quanto à prova documental, assevera Humberto Theodoro Júnior que documento “é o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento”.⁷³ Segundo leciona Gildo dos Santos, documento “é toda representação material com o fito de reproduzir, de modo permanente, o pensamento humano”.⁷⁴ Pontes de Miranda o define como “toda coisa em que se expressa por meio de sinais, o pensamento”⁷⁵ e para João Batista Lopes, “é toda representação de um fato ou de um ato”.⁷⁶

Em sentido amplo, a prova documental constitui todas as coisas passíveis de relatar, diretamente, um registro físico a respeito de um acontecimento (desenhos, filmes, fotografias, gravações sonoras), e é estritamente considerada nos fatos registrados por documentos escritos (papeis e assemelhados).⁷⁷

Os documentos classificam-se em públicos, os provenientes dos órgãos estatais, e particulares, que são confeccionados pelas próprias partes. Os primeiros são dotados de presunção legal de autenticidade (relativa), pelo que reza o artigo 364, em razão da fé pública atribuída aos entes de que emanam.

Os documentos que habitualmente instruem o processo de investigação de paternidade consubstanciam-se em bilhetes, cartões de aniversário, cartas, declarações ou telegramas enviados pelo demandado à genitora do investigante, capazes de constatar a ocorrência de relacionamento íntimo coincidente com a concepção. De grande valia também são os recibos de pagamento de despesas com parto, mensalidade escolar, compra de bens, dentre outros capazes de revelar o trato entre pai e filho.⁷⁸

⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 401.

⁷⁴ SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 01.

⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 357.

⁷⁶ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.22.

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 401.

⁷⁸ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 49.

Na definição de Humberto Theodoro Júnior, “a prova testemunhal é a que se obtém através do relato prestado, em juízo, por pessoas que conhecem o fato litigioso”.⁷⁹ Ou, segundo assevera João Batista Lopes, “é a que é produzida mediante inquirição de pessoas estranhas ao processo, que têm conhecimento de fatos ou de atos cuja demonstração interessa à solução da causa”.⁸⁰

Testemunhas são pessoas que não compõem a relação jurídica processual e comparecem em juízo com o intuito de relatar os fatos que tenham conhecimento, úteis ao desfecho da lide, as quais necessitam ter capacidade para a prática do ato e não podem ter interesse na causa.⁸¹ Neste sentido, João Monteiro define a testemunha como “a pessoa, capaz e estranha ao feito, chamada a juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso”.⁸²

É modalidade probatória que se perfaz obrigatoriamente em audiência, perante o juiz e partes envolvidas, sob prévio compromisso legal do depoente, bem como sujeição a contradita e perguntas do que teve fatos alegados em seu prejuízo.

Classificam-se em presenciais as que assistiram ao fato litigioso pessoalmente; de referência as que tiveram conhecimento do fato probando por terceiros; e referidas aquelas citadas durante o depoimento de outras testemunhas. Poderão, ainda, denominarem-se judiciárias, quando prestam em juízo depoimento acerca dos fatos que envolvem o conflito de interesses, e instrumentárias, as que presenciaram a assinatura do instrumento de um ato jurídico, assinando-o juntamente com as partes.⁸³

Em sede de investigação de paternidade, esta espécie de prova poderá ser utilizada para que se viabilize a constatação de fatos como alegação de união estável entre a genitora do investigante e o indigitado pai, o que depende de publicidade, ou simples coabitação. Ensina Alberto Chamelete Neto que “sem a

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 418.

⁸⁰ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.131.

⁸¹ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 50.

⁸² MONTEIRO, João. **Programa do curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: 1912, p. 240. *Apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 418.

⁸³ *Ibidem*, p. 418.

participação das testemunhas, a situação de grande número de investigações de paternidade restaria indefinida”.⁸⁴

Outra modalidade probatória é a pericial, acerca da qual esclarece Pontes de Miranda que “serve à prova de fato que dependa de conhecimento especial, ou que simplesmente precise de ser fixado, não bastando a inspeção do juiz, ou a fotografia, ou a moldagem”.⁸⁵ Humberto Theodoro Júnior a define “como meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressente o juiz para apuração dos fatos litigiosos”.⁸⁶ Já Alberto Chamelete Neto assevera ser a perícia:

meio de prova utilizado para a apuração de fatos que envolvam matéria técnica ou científica, cujo conhecimento não está ao alcance de qualquer um, vindo a exigir o auxílio de profissionais especializados, os peritos.⁸⁷

Prescreve o artigo 420 do código processual que a prova pericial está consubstanciada na prática de exames, vistorias ou avaliações. A primeira modalidade se funda na inspeção realizada sobre coisas, documentos ou pessoas, e a segunda em bens imóveis, ambas com o fito de constatar um fato ou circunstância relevante ao desfecho da causa.

A terceira modalidade de prova pericial, qual seja a avaliação, é a apuração de valor, em dinheiro, que recai sobre coisas, direitos ou obrigações.⁸⁸

Poderá a perícia ser judicial ou extrajudicial, a depender do âmbito de sua realização. Esta resulta de iniciativa das partes, sendo seu laudo avaliado pelo magistrado, em regra, como simples parecer; aquela ocorre em juízo, praticada por perito judicial.⁸⁹

Quando, no processo, se fizer necessária a apuração de um fato controverso por técnico especializado, será nomeado o perito pelo juiz, o qual passará a exercer função pública de auxiliar da Justiça, nos exatos termos do artigo 139:

⁸⁴ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 50.

⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 472.

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 428.

⁸⁷ CHAMELETE NETO, Alberto. *Op. cit.*, p. 51.

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 429.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 429.

“São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete”.

Da análise do perito resultará um laudo, definido por Humberto Theodoro Júnior como o “relato das impressões captadas pelo técnico, em torno do fato litigioso, por meio dos conhecimentos especiais de quem o examinou”.⁹⁰

Bem aponta Humberto Theodoro Júnior, quando da análise do artigo 436, onde assevera que o perito constitui um auxiliar da Justiça, sendo que sua avaliação servirá de ajuda ao magistrado para formação de seu convencimento acerca da veracidade ou não do fato complexo indagado. Neste diapasão, pode o juiz divergir da constatação pericial, com base nos demais meios de prova que fazem parte do conjunto probatório, devendo, porém, motivar sua atitude.⁹¹

Comumente, as ações de investigação de paternidade valem-se de perícia médico-legal, que é “ato pelo qual a autoridade procura conhecer, por meios técnicos e científicos, a existência ou não de certos acontecimentos, capazes de interferir na decisão de uma questão judiciária ligada à vida ou à saúde do homem”.⁹²

As perícias médico-legais são classificadas em não-genéticas e genéticas, sendo estas últimas subdivididas em não-sanguíneas (exame dos cabelos, anomalia dos dedos, cor dos olhos, cor da pele, pavilhão auricular), e sanguíneas (análise das células do sangue).

Perícias médico-legais não-genéticas empregam elementos associados à própria concepção, tais como a impotência, esterilidade, duração de gestação e idade do filho, etc. Em contraponto, as genéticas servem-se da comparação de caracteres hereditários transmitidos de pai para filho.⁹³

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 434.

⁹¹ *Ibidem*, p. 434.

⁹² FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara/Koogan, 1998, p. 07. *Apud* CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 52.

⁹³ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 52.

A biologia genética permite apontar a paternidade com mínima margem de erro, sendo que a utilização dos princípios tradicionais faz-se apenas de forma subsidiária, em hipóteses onde a perícia genética apresenta-se impossível, falível ou incerta.⁹⁴

Assevera José Aparecido da Cruz que:

A prova pericial realizada no curso da ação de investigação de paternidade tem contribuído sobremaneira na celeridade da prestação jurisdicional, notadamente aquela consistente no exame hematológico, bem como na conformação dos sujeitos processuais com o *decisum* prolatado pelo juiz singular.⁹⁵

A perícia médica apresenta grande valia nas causas de filiação, sendo admitida inclusive sua produção intempestiva à fase de instrução, porque de interesse público, exceto quando requerida pelo que a obstou, na iminência de uma sentença desfavorável, o que deve ser entendido com ressalva porque em ações desta monta, o julgador caminha em busca da verdade real.⁹⁶

A presunção é um tipo de raciocínio desenvolvido para que se tenha noção sobre determinado fato, mas sem a sua constatação direta. Ao que a aproveita utiliza-se de uma prova indireta (circunstancial ou indiciária).

Representa, segundo leciona Humberto Theodoro Júnior:

a consequência ou ilação que se tira de um fato conhecido (provado) para deduzir a existência de outro, não conhecido, mas que se quer provar. O fato realmente provado não é o objeto da indagação, é um caminho lógico, para alcançar-se o que em verdade se deseja demonstrar.⁹⁷

Alberto Chamelete Neto conceitua as presunções como “raciocínios, inferências, deduções, operações mentais utilizadas para se extrair de um fato certo a cognição de um fato incerto”.⁹⁸ Quanto aos indícios, afirma constituírem:

⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 319.

⁹⁵ CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro: teoria, legislação, jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 138.

⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA**. In: Revista síntese de direito civil e processual civil. n. 33. Jan-Fev 2005. Síntese, p. 32.

⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 384.

⁹⁸ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 61.

sinais, vestígios, rastos, pistas, circunstâncias em geral, conhecidas e provadas, que guardam relação com o fato que se pretende provar. É uma indicação aparente, superficial, da existência ou veracidade do evento investigado.

A presunção afasta a necessidade de produção probatória pelo sujeito que dela aproveita. Será legal quando possuir expressa previsão em lei que a regulamente; simples (*hominis*) quando decorrente da experiência da vida; absoluta (*juris et de jure*) quando não admitir prova em contrário e relativa (*juris tantum*) quando aceitar contraprova.⁹⁹

A presunção simples é forma de livre convencimento do juiz e representará prova de atos ou negócios jurídicos desde que não solenes ou submetidos à forma escrita. É prova crítica admissível nos casos de comprovação por simples testemunhas e não superiores a dez salários mínimos (artigos 230 cc. 227 do Código Civil).

Para valer-se de tal prova, faz-se necessária verossimilhança entre os indícios e a conclusão. Devem os indícios ser graves, precisos e concludentes.¹⁰⁰

Caso o réu em ação de investigação de paternidade recuse a submeter-se ao exame hematológico ou de outra natureza, terá contra si uma presunção *juris tantum*. Os artigos 231 e 232 do Código Civil regulam a presunção legal de paternidade diante da recusa ao exame médico, conforme abaixo transcritos:

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

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

Pelos artigos 231 cc. 232, o sujeito não pode tirar vantagem da própria recusa, em situações onde há necessidade da perícia médica para comprovar o fato. Trata-se de inversão do ônus da prova em desfavor do réu que se negou, que terá contra si a presunção legal relativa.¹⁰¹

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA.** In: Revista síntese de direito civil e processual civil. n. 33. Jan-Fev 2005. Síntese, p. 30.

¹⁰⁰ *Ibidem.*, p. 30.

¹⁰¹ *Ibidem.*, p. 32.

O preceito do artigo 231 cc. 232 deve ser utilizado em prejuízo do indigitado pai em ação de paternidade, quando a recusa, juntamente com os demais indícios probatórios, demonstrarem a verossimilhança mínima exigida. A norma do artigo 232 consiste em presunção legal e não ficção, porque não é imposição do legislador de forma definitiva e autoritária, mas a ser averiguada pelo juiz.¹⁰²

Em análise comparada ao direito argentino, verifica-se correlação com o brasileiro no que tange a presunção pela recusa, desde que a pretensão se mostre verossímil, conforme dispõe o artigo 4º da Lei nº 23.511/87 que instituiu o Banco Nacional de Dados Genéticos. É entendimento também adotado pelo Supremo Tribunal da Espanha.¹⁰³

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA.** In: Revista síntese de direito civil e processual civil. n. 33. Jan-Fev 2005. Síntese, p. 33.

¹⁰³ DELGADO, Mário Luiz; Jones Figueiredo Alves (Org.). **Questões controvertidas no novo código civil:** Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2004, p. 394.

3 O DNA E A RECUSA DO RÉU EM SUBMETER-SE AO EXAME

O exame de DNA é, sem dúvidas, o meio de prova mais utilizado e hábil na formação do convencimento judicial em demandas investigatórias de paternidade. Todavia, nem sempre o pretense pai que é demandado em ações do tipo concordam com o oferecimento do material genético indispensável à feitura do exame, com assento, inclusive, em predicados de índole constitucional.

3.1 O advento do DNA

Em período anterior ao surgimento do DNA, os exames laboratoriais eram dotados de valor probante inferior, haja vista que os métodos até então empregados no processo investigatório (tipos sanguíneos e antígenos leucocitários humanos – HLA) não se revestiam de credibilidade e segurança capazes de afirmar a paternidade, mas apenas excluí-la.¹⁰⁴

O DNA (ou ADN, na tradução) é componente orgânico que armazena o código genético de cada indivíduo. Está definido no artigo 3º, II, da revogada Lei nº 8.974/95 nos seguintes termos: “ácido desoxirribonucléico (ADN) [...] – material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência”.

A estrutura molecular do DNA foi descoberta em 1953, pelos cientistas James Watson e Francis Crick, e a primeira técnica foi desenvolvida pelo geneticista inglês Alec Jeffreys, em 1985, por meio de sondas moleculares radioativas que possibilitavam o reconhecimento das variações moleculares do ácido desoxirribonucléico, com a conseqüente determinação da individualidade genética de cada indivíduo (impressões digitais de DNA).¹⁰⁵

¹⁰⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62.

¹⁰⁵ *Ibidem.*, p. 64.

Sendo certo que 50% do material genético do filho provem do DNA materno (óvulo) e os 50% restantes do paterno (espermatozóide), em uma singela explicação, o procedimento do exame funda-se na análise comparativa do código genético das pessoas envolvidas. Primeiramente determina-se a metade do aporte genético do filho oriundo da mãe e, conseqüentemente, o restante do material cuja origem é paterna deverá coincidir com os dados genéticos do indigitado para que se confirme a paternidade suspeita.¹⁰⁶

Geralmente a perícia de DNA envolve o tríduo mãe, filho e suposto pai, sendo que em alguns casos a presença da genitora ou do indigitado não é possível. Nos casos deficientes, o exame ocorrerá entre investigante e investigado, e a ausência deste será suprida por ambos possíveis avós paternos, filhos, viúva, irmãos ou exumação de cadáver.¹⁰⁷

A utilização de perícia médico-legal genética sanguínea pelo sistema DNA nas demandas de investigação de paternidade alterou substancialmente a dinâmica forense, haja vista sua confiabilidade e segurança, capaz de imputar ou excluir a paternidade com enorme precisão. O alto grau de confiabilidade depositado por juristas e magistrados elevou o exame à qualidade de prova absoluta e inquestionável, e relegou os meios de averiguação tradicionalmente utilizados, menosprezando-os como se fossem desnecessários e insuficientes.¹⁰⁸ A revolução advinda com a técnica fica claramente demonstrada nos apontamentos de Maria Christina de Almeida:

O advento da tipagem de DNA (*DNA Fingerprinting* ou Impressões Digitais do DNA) ocasionou uma (r)evolução inequívoca na descoberta do pai biológico, podendo ser considerado hoje como o mais poderoso elemento esclarecedor da verdade a serviço dos juízes e profissionais ligados à área do Direito de Família. Isto porque com ele tornou-se possível não só estabelecer com alto grau de precisão a identidade de indivíduos, como também determinar sua genealogia.¹⁰⁹

Nesse diapasão, tendo o DNA adquirido no meio jurídico status de principal e até mesmo único meio probatório capaz de formar o convencimento dos pretores acerca da paternidade nebulosa, estes tendem a obstar o curso da instrução

¹⁰⁶ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 67.

¹⁰⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 67.

¹⁰⁸ CHAMELETE NETO, Alberto. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁹ ALMEIDA, Maria Christina de. *Op. cit.*, p. 63.

tradicional e empregam esforços a fim de que se realize o exame,¹¹⁰ tornando-se meros homologadores de laudos periciais.¹¹¹

O exame de DNA exerce certo fascínio no julgador. Ademais, deve o juiz atentar para todo o conjunto probatório apresentado, inclusive para as ditas tradicionais, pois o apego pela pesquisa científica da paternidade, que repele as demais provas como se obsoletas fossem, fere o princípio constitucional do devido e amplo processo legal.¹¹²

Reflexo da certeza conclusiva e precisão incontestável do método disseminada entre os juristas e sua elevada importância nas demandas investigatórias de paternidade, foi a alteração da Lei nº 1.060/50, que institui normas para concessão de assistência judiciária, trazida pela Lei nº 10.317/01, que prevê gratuidade do exame de DNA à pessoa que comprove hipossuficiência de condições.¹¹³

Destarte, os julgadores admitem o recurso ao DNA como método exclusivo para afirmação ou exclusão da paternidade pretendida e consequente procedência ou improcedência da ação. Contudo, “não se pode considerá-la infalível e absoluta a ponto de tornar o julgador prisioneiro de seus resultados, sendo perigoso substituir o juízo de valor do pretor por uma única prova de resultado objetivo”.¹¹⁴

Apesar de constituir uma prova de grande valia e auxílio às questões relativas a investigação de paternidade, o exame não é infalível, pois sujeito a erros, não devendo o magistrado agir precipitadamente e cercar-se de cautelas.¹¹⁵ Pelo contrário, para valer-se de um conjunto probatório robusto, deverá proporcionar a realização de todos os meios admitidos no processo e, diante do contexto que lhe é apresentado, julgar da melhor maneira possível.¹¹⁶

¹¹⁰ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 88.

¹¹¹ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 94.

¹¹² DELGADO, Mário Luiz; Jones Figueiredo Alves (Org.). **Questões controvertidas no novo código civil: Série grandes temas de direito privado**. São Paulo: Método, 2004, p. 386.

¹¹³ CHAMELETE NETO, Alberto. *Op. cit.*, p. 89.

¹¹⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. *Op. cit.*, p. 95.

¹¹⁵ CHAMELETE NETO, Alberto. *Op. cit.*, p. 90.

¹¹⁶ ALMEIDA, Maria Christina de. *Op. cit.*, p. 96.

3.2 Falibilidade do exame

Com a disseminação do método de identificação humana pelo exame de DNA em todo o contexto mundial, e conseqüente ascensão de um mercado onde circulam consideráveis somas em dinheiro, surgem as empresas e laboratórios que confeccionam kits para elaboração do teste, propagando sua total infalibilidade. No âmbito do direito, a comunidade jurídica apresentou-se ansiosa pelo acolhimento do método que sanaria, com enorme celeridade, os problemas pertinentes à investigação de paternidade, que depende de prova robusta durante sua instrução, o que gerou uma incondicional e perigosa aceitação e utilização nas demandas.¹¹⁷

É imperiosa a atenção por parte de advogados, promotores e especialmente juizes, ao valer-se da perícia médico-legal genética sanguínea pelo sistema DNA, não podendo a lide ser solucionada pelo uso exclusivo deste meio de prova, sob risco de se conceber a paternidade a uma pessoa que não guarda as qualidades de pai.¹¹⁸

Apesar de não constituir empecilho à sua utilização forense, até mesmo pelo fato de que a justiça deve beneficiar-se dos avanços científicos, mister enfatizar que as pesquisas envolvendo o método foram desenvolvidas, primordialmente, para emprego no ramo da Genética, onde a incerteza é admissível, por não consistir a ciência um produto acabado, mas em constante evolução, sendo secundária a utilização judicial do exame para fins de investigação, o que serve de alarme sobre a possibilidade de resultados imprecisos.¹¹⁹

¹¹⁷ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 90-91.

¹¹⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 92.

¹¹⁹ CHAMELETE NETO, Alberto. *Op. cit.*, p. 93.

Outro fator a ser considerado pelo juiz quando da apreciação da prova obtida pelo DNA, refere-se à possibilidade de falhas por parte do especialista que manipula o exame. Não se trata de retirar o mérito do profissional, que é a pessoa mais qualificada por possuir conhecimento e domínio da tecnologia e metodologia empregadas, mas de reconhecer que o procedimento é complexo, envolvendo uma série de etapas que devem ser cuidadosamente executadas, quais sejam: coleta de material dos indivíduos, extração do DNA, purificação, fragmentação, separação dos fragmentos conforme o tamanho, desnaturação, hibridização por sondas, exposição à película de raios-X, comparação, laudo e, a depender do método, amplificação.¹²⁰

Também constituem hipóteses que podem ensejar resultados imprecisos do exame: a mistura de materiais genéticos de duas pessoas por contaminação ou terapia médica (transfusões de sangue ou transplantes); inobservância da integridade dos materiais (equipamentos ou produtos); aparente semelhança entre as bandas oriundas do pai biológico presentes no filho e as do indigitado, uma vez que as auto-radiografias são bastante irregulares (borrão); e o deslocamento ou desvio de bandas (*band shifting*).¹²¹

Outras situações causadoras de erros são: a inobservância de requisitos mínimos pelos laboratórios (número de sondas ou microssatélites); utilização de banco de dados de outros países nas perícias cujo método dependa de cálculos de probabilidade baseados nos alelos presentes na população; ausência de normatização e padronização dos exames quanto a materiais (espermatozóide, pele, sangue, urina, etc.) e métodos (sondas multilocais – várias regiões genéticas analisadas ao mesmo tempo; unilocais – uma região genética analisada por vez; e PCR – *Polymerase Chain Reaction*); e falta de organismos de controle e fiscalização.¹²²

¹²⁰ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 93.

¹²¹ *Ibidem.*, p. 94-96.

¹²² *Ibidem.*, p. 96-99.

Representam medidas assecuratórias ao exame a coleta individual do material, o comparecimento do tríduo ao laboratório no mesmo horário, para que viabilize mútua identificação, a autorização dos envolvidos e a codificação de todas as amostras para garantir confidencialidade.¹²³

Acerca da falibilidade do exame, apresenta grande valia relato da bióloga e perita judicial Anete Trachtenberg, segundo o qual pelo menos 15 laboratórios brasileiros não seguem o padrão internacional, que prevê 99,9999% de exclusão (1 erro em 1 milhão) e que, por questões econômicas, vem importando quites com número inferior de sondas, as quais identificam regiões do DNA a serem localizadas.¹²⁴ Também alerta, na qualidade de consultora em determinação da paternidade, que os “laboratórios que analisam poucas informações genéticas fornecem laudos sem credibilidade”.¹²⁵

Por fim, importante discorrer sobre as probabilidades fornecidas pelo exame de DNA. Em se tratando de exclusão do nexu parental, os laboratórios especializados afirmam com certeza que determinada pessoa não é genitor de outra, ou seja, 100%. Já com relação à inclusão, asseveram serem capazes de oferecer um resultado na razão de 99,99% até 99,9999%, valendo-se, via de regra, do denominado Teorema de Bayes para aferir tal proporção, cuja equação encontra-se infra indicada.¹²⁶

(probabilidade prévia) X	$\frac{\text{sensibilidade}}{100 - \text{especificidade}}$	= (probabilidade posterior)
--------------------------	--	-----------------------------

Em relação ao teorema supra mencionado, vale trazer a baila os esclarecimentos de Alberto Chamelete Neto:

¹²³ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 65-66.

¹²⁴ TRACHTENBERG, Anete. **DNA colocado em dúvida**. In: Jornal ABC Domingo, Canoas, Rio Grande do Sul, 30 de julho de 2000. *Apud* DELGADO, Mário Luiz; Jones Figueiredo Alves (Org.). **Questões controversas no novo código civil: Série grandes temas de direito privado**. São Paulo: Método, 2004, p. 388.

¹²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

¹²⁶ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 100-101.

Em linhas gerais, esse método multiplica a probabilidade *a priori* de um dado evento ser verdadeiro pela relação entre a sensibilidade e a especificidade do teste em questão, sendo obtido, ao final, a probabilidade posterior de o mesmo evento ser verdadeiro. A sensibilidade do exame denota sua capacidade de detectar todos os casos verdadeiros e a especificidade, a capacidade de excluir todos os casos falsos.

Continua o doutrinador, valendo-se de Gilberto Boeira e Anete Trachtenberg para afirmar que o diagnóstico no importe de 99,9999%, ferrenhamente defendido pelos laboratórios especializados na prática do exame de DNA, dependeria de uma sensibilidade de 99,9999% e uma especificidade de 99,99% (o que não ocorre), bem como uma probabilidade prévia de 50%, sendo este último requisito utilizado de forma convencional e suposta, sem nenhuma fundamentação científica, pelo que se conclui serem os números apresentados pelos interessados meras formulações matemáticas com o fito de propagar a infalibilidade do método.¹²⁷

3.3 Recusa do réu em submeter-se ao exame de DNA

Marco da discussão sobre os interesses juridicamente relevantes envolvidos na relação paterno-filial foi o *decisum* proferido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal em *Habeas Corpus* que, apesar de reconhecer a importância genética de cada indivíduo,¹²⁸ resultou na outorga para o investigado eximir-se da realização do exame de DNA determinado de forma cogente pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa está abaixo redigida:

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

¹²⁷ CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 101-102.

¹²⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 131-132.

jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.¹²⁹

No julgamento foi colocado perante os Ministros da colenda Corte Suprema discussão sobre qual direito fundamental deveria prevalecer nas ações que versam sobre a investigação de paternidade; o do suposto filho à sua real identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade corpórea. Resultado do embate entre os direitos, que por serem da mesma categoria são merecedores de igual tutela jurídica, foi a prevalência do direito à liberdade, à intimidade, à vida privada e à integridade física, assegurado pelo princípio constitucional da legalidade.¹³⁰

Em sentido formal, os direitos fundamentais representam “[...] toda a posição jurídica subjetiva da pessoa consagrada nas leis fundamentais”,¹³¹ e são materialmente concebidos como “[...] os direitos inerentes à própria noção de pessoa, são direitos básicos da pessoa, como aqueles que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade”.¹³²

Relativamente ao direito do filho, importa destacar que o texto constitucional de 1988 conferiu especial amparo à figura da criança e do adolescente, favorecendo o reconhecimento de sua ascendência biológica e consequente declaração de paternidade,¹³³ no que foi seguido pela legislação ordinária com o advento da Lei nº 8.069/90,¹³⁴ que dispõe em seu artigo 27: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”, bem como Lei nº 8.560/92.¹³⁵

¹²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. *Habeas Corpus* nº 71.373-4/RS. Relator: Francisco Rezek. Brasília, DF, 10 nov. 94. DJU de 22.11.96.

¹³⁰ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 110.

¹³¹ *Idem*. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 58.

¹³² *Ibidem.*, p. 58.

¹³³ *Idem*. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 123.

¹³⁴ BRASIL, LEI N.º 8.069, de 13.07.90. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. DOU de 16.07.90.

¹³⁵ BRASIL, LEI N.º 8.560, de 29.12.92. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. DOU de 30.12.92.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico, buscando afirmar a dignidade da pessoa humana, venerou a descoberta da identidade genética do indivíduo como um direito fundamental de personalidade, sendo que com o advento da prova pericial do exame de DNA possibilitou-se o reconhecimento da verdade real nas lides de investigação de paternidade.¹³⁶

A recusa do requerido em ação de investigação de paternidade à submissão compulsória à perícia genética de DNA funda-se no direito de personalidade à integridade física do cidadão, bem como nos princípios que tutelam a personalidade humana insertos nos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

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: [...] II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana.

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; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ives Gandra da Silva Martins fundamenta a recusa do investigado ao exame obrigatório de DNA no mencionado artigo 5º, X da Constituição Federal, bem como no inciso XII,¹³⁷ que englobaria a inviolabilidade dos dados genéticos. Afirma que tais dispositivos constitucionais compõem cláusulas pétreas (imodificáveis), por força do artigo 60, § 4º, IV,¹³⁸ e por essa razão não podem ser objeto de uma interpretação redutora, mas apenas extensiva.¹³⁹

¹³⁶ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 124.

¹³⁷ Constituição Federal, art. 5, XII: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

¹³⁸ Constituição Federal, art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”.

¹³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 126.

Ao discorrerem sobre o tema em voga sobre uma perspectiva estritamente técnico-processual, José Renato Silva Martins e Margareth Vetis Zaganelli esclarecem que inexistem no ordenamento processual civil a busca da verdade real, mas apenas a verdade do processo.¹⁴⁰

Diante dos argumentos expostos, em face do princípio da prevalência da Constituição, bem como do que restou decidido por maioria de votos (6 a 4) pelo Plenário do STF no julgamento do HC nº 71.373-4/RS, inexistem no ordenamento jurídico brasileiro norma que possibilite a realização compulsória do exame de DNA.¹⁴¹

3.3.1 Princípios da proporcionalidade e razoabilidade

Conforme salientado anteriormente, nas demandas que versam sobre a investigação de paternidade persiste conflito entre os direitos fundamentais assegurados ao investigado (liberdade, intimidade, vida privada e integridade física, assegurados pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da legalidade ou reserva da Constituição) e investigante (convivência familiar, tratamento isonômico entre os filhos, respeito, conhecimento de sua origem genética e reconhecimento do estado de filiação, abrangidos pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da paternidade responsável).¹⁴² Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana é valor primordial em ambos direitos colidentes.¹⁴³

Nesse diapasão, a rivalidade entre os direitos de mesma categoria conferidos às partes encontra solução pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

¹⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 155.

¹⁴¹ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 116-118.

¹⁴² *Ibidem.*, p. 127.

¹⁴³ *Idem.* **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 132.

Por princípio da razoabilidade entende-se um parâmetro para auferir conformidade dos atos emanados do Poder Público com a virtude que orienta todo o ordenamento jurídico, que é a justiça. É razoável:

o que seja conforme a razão, que traduza equilíbrio, moderação e harmonia, ou ainda, o que não tenha sentido de arbitrariedade e que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em um determinado momento ou lugar.¹⁴⁴

O princípio da proporcionalidade é utilizado pelo magistrado quando se depara diante de dois interesses legitimamente tuteláveis e em colisão, para constatar se são juridicamente protegidos, sendo que em caso positivo, deverão ser medidos conforme o critério da proporcionalidade, para se determinar os limites e a atuação das normas na aferição daquele que deve prevalecer.¹⁴⁵

Postos os critérios para dirimir o embate entre os direitos fundamentais envolvidos na relação paterno-filial pela utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, assevera Maria Christina de Almeida deva o direito à intangibilidade corporal do suposto pai ceder espaço para a prevalência do direito à identidade biológica do filho, por ser este hierarquicamente superior na medida em que tem conotação pública, ao revés do primeiro, de natureza privada.¹⁴⁶ Contudo, apresenta-se mais acertado o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual não deve haver o sacrifício de um direito fundamental em detrimento do outro, mas valorização dos interesses envolvidos e harmonização de ambos, mediante concessões recíprocas parciais.¹⁴⁷

¹⁴⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 137.

¹⁴⁵ *Idem*. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 129.

¹⁴⁶ *Ibidem.*, p. 130.

¹⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA**. In: Revista síntese de direito civil e processual civil. n. 33. Jan-Fev 2005. Síntese, p. 40.

3.4 O posicionamento do STF e STJ em face da recusa ao exame de DNA

Segundo mencionado, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC nº 71.373-4/RS findou na legitimação da recusa do investigado em submeter-se involuntariamente ao exame de DNA determinado judicialmente, com fulcro nos direitos da personalidade que lhe são constitucionalmente assegurados.¹⁴⁸ Ademais, cumpre analisar as consequências de cunho processual advindas da negativa, uma vez que a análise do acórdão revela que essa atitude pode ensejar, até mesmo, procedência da investigatória, conforme trechos dos votos vencedores dos Ministros Marco Aurélio, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Octávio Gallotti, respectivamente apresentados abaixo:

A recusa do Paciente há de ser resolvida não no plano da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu.¹⁴⁹

“A recusa, obviamente, poderá repercutir, negativamente, contra aquele que dela se vale, podendo-se, até, considerar provado o que se pretendia provar com o exame recusado”.¹⁵⁰

[...] não resulta do *decisum*, no caso concreto, no que concerne à realização da prova, prejuízo definitivo ao autor, porque há uma consequência dessa negativa, qual seja a confissão, o reconhecimento da paternidade. Em verdade, em princípio, nenhum juiz deixará, diante da recusa do réu de submeter-se ao exame de DNA, de dar pela procedência da ação, tendo nessa recusa o reconhecimento do réu quanto à paternidade. Por isso não quer se sujeitar ao exame que sabe ser bastante preciso.¹⁵¹

“Da recusa do paciente, decorre, no processo civil, uma presunção favorável às alegações da parte contrária”.¹⁵²

A consequência da negativa do indigitado pai em submeter-se à extração de material genético para realização do exame de DNA representou uma polêmica no

¹⁴⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 131.

¹⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. *Habeas Corpus* nº 71.373-4/RS. Relator: Francisco Rezek. Brasília, DF, 10 nov. 94. DJU de 22.11.96, p. 418.

¹⁵⁰ *Ibidem.*, p. 425.

¹⁵¹ *Ibidem.*, p. 429.

¹⁵² *Ibidem.*, p. 432.

mundo jurídico, traduzida em duas vertentes de uma mesma corrente favorável à recusa.¹⁵³

A primeira vertente considera a recusa do investigado legítima, com base no princípio da legalidade e nos direitos e garantias fundamentais do cidadão, traduzidos nos direitos de personalidade (dignidade pessoal, liberdade, intimidade, vida privada e integridade corporal). Entendem que a prática do exame de DNA de forma impositiva representa afronta aos preceitos dos artigos 1º e 5º da CF, e concebem a rejeição como uma prerrogativa do cidadão, tendo em vista ser o ônus da prova um encargo e não dever, segundo dispõe o artigo 333 do CPC.¹⁵⁴ Assim, conclui-se que a procedência da investigatória não pode fundar-se única e exclusivamente na recusa, por ser um direito constitucional do investigado.¹⁵⁵

A segunda vertente considera a recusa do investigado ilegítima, porque implica em descumprimento de um dever processual de colaboração segundo o artigo 339 do CPC,¹⁵⁶ bem como com arrimo no artigo 130 do mesmo diploma,¹⁵⁷ nos casos em que o juiz determina a feitura do exame de DNA com vistas na busca da verdade real. Sustentam, ainda, incompatibilidade com os artigos 227 da CF¹⁵⁸ e 27 do ECA, pois a legitimação da rejeição promoveria negligência, discriminação, violência moral e restrição ao reconhecimento do estado de filiação.¹⁵⁹

¹⁵³ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 133.

¹⁵⁴ Código de Processo Civil, art. 333: "O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

¹⁵⁵ ALMEIDA, Maria Christina de. *Op. cit.*, p. 133-135.

¹⁵⁶ Código de Processo Civil, art. 339: "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".

¹⁵⁷ Código de Processo Civil, art. 130: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

¹⁵⁸ Constituição Federal, art. 227: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

¹⁵⁹ ALMEIDA, Maria Christina de. *Op. cit.*, p. 135.

Para os adeptos da aludida corrente, independentemente da vertente, a recusa do investigado em submeter-se ao exame pericial resulta em um forte indício de paternidade capaz de conferir o reconhecimento por presunção, desde que fortalecido o convencimento do magistrado com outros meios de prova produzidos pela parte que dela aproveita.¹⁶⁰

A negativa do requerido em ação de investigação de paternidade à realização do exame também foi admitida como plausível de confissão ficta do vínculo genético, segundo interpretação analógica do artigo 343 do digesto processual civil.¹⁶¹ Outra sustentação sobre a consequência processual da recusa é a de que representaria indício do vínculo paternal e consequente presunção, com fundamento no princípio do comportamento processual da parte como meio de prova indiciária.¹⁶²

Não obstante a impossibilidade da efetivação do DNA de forma constrangida, a prova dos fatos alegados (ausência/existência do vínculo genético) é incumbência de ambas as partes envolvidas na investigatória de paternidade, podendo a recusa ensejar consequências negativas ao interesse do demandado.¹⁶³

Este entendimento é assente atualmente na legislação e jurisprudência brasileira porque a negativa a prática do exame de DNA, desde que ordenada pelo juiz, opera contra o investigado uma presunção relativa de paternidade pelo que dispõe os já citados artigos 231 cc. 232 do Código Civil, e enunciado da Súmula 301 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, infra indicado:

“Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.¹⁶⁴

¹⁶⁰ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

¹⁶¹ Código de Processo Civil, art. 343: “Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento. § 1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ele alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor. § 2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão”.

¹⁶² ALMEIDA, Maria Christina de. *Op. cit.*, p. 136-137.

¹⁶³ *Ibidem.*, p. 118-119.

¹⁶⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. Brasília, DF, 18 out. 04. DJ de 22.11.2004.

Segundo o artigo 231, a parte que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá tirar vantagem de sua conduta. Trata-se de penalizar ao que obstou a realização do exame com inversão do ônus da prova, uma vez que tinha condições de esclarecer a verdade, mas não o fez.¹⁶⁵

O artigo 232 estabelece que a prova do fato litigioso poderá ser substituída pela negativa à perícia médica determinada pelo magistrado. Sobre o dispositivo assevera Humberto Theodoro Júnior que sua implementação só poderá ocorrer mediante um juízo complementar do juiz, pois constitui uma presunção legal e não ficção, ou seja, é uma possibilidade e não imposição.¹⁶⁶ José Renato Silva Martins e Margareth Vetis Zaganelli compartilham do mesmo entendimento ao afirmarem:

Ao juiz não é dado, diante de tais comportamentos omissivos, formar seu convencimento, unicamente, com presunções contra o Réu contumaz. Ao contrário, deverá prosseguir na investigação dos fatos que subjazem na pretensão do Autor, exercendo, com amplitude e sem reservas, todo o poder investigativo que lhe faculta a lei em caso que tais. Insistimos: se presunções houver, estas estarão previstas na lei e servirão para complementar a prova produzida, e não para substituí-las.¹⁶⁷

A necessidade da contemplação de outras provas apresentadas na demanda para que o juiz que atua na investigação de paternidade se convença da paternidade vindicada, fica plenamente demonstrada no acórdão prolatado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

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.¹⁶⁸

¹⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA.** In: Revista sintese de direito civil e processual civil. n. 33. Jan-Fev 2005. Sintese, p. 32.

¹⁶⁶ *Ibidem.*, p. 35.

¹⁶⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 157.

¹⁶⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial nº 55.736-5/RO. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 abr. 05. DJ de 03.10.2005.

Diante de todo o exposto, tem-se atualmente em desfavor do requerido em ação de investigação de paternidade que se recusa a oferecer o material necessário à realização do exame pericial pelo sistema DNA uma prova indireta (presunção legal relativa). Ademais, a convicção do juiz não pode fundar-se exclusivamente em tal prova indiciária, devendo ser analisada conjuntamente com todas as provas produzidas pelas partes no processo.¹⁶⁹

¹⁶⁹ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 139.

CONCLUSÃO

O advento da perícia médico-legal genética pelo sistema DNA provocou uma grande revolução no pensamento jurídico, sendo admitida como solução para todos os problemas relativos às demandas de investigação de paternidade, em razão do enorme valor probante do método, capaz de imputar ou excluir a paternidade com mínima margem de erro.

Tamanha era a confiança depositada por juristas e magistrados, que o DNA adquiriu status de principal e até mesmo único meio de prova capaz de formar o convencimento do juiz sobre a paternidade reclamada, sendo as demais, conseqüentemente, afastadas como se obsoletas fossem. As lides passaram a se resumir à determinação da feitura do exame, à elaboração do laudo e homologação de seu resultado.

O exame de DNA continua a exercer fascínio no julgador, não podendo ser ignorada a segurança de seu resultado, capaz de afirmar a verdade real nas questões de filiação. Ademais, sua utilização de forma indiscriminada vem sendo cada vez mais questionada, uma vez que a técnica é composta por um procedimento complexo que está sujeito a uma série de falhas, devendo o magistrado cercar-se de cautelas ao apreciar tal prova, comparando-a com outras que venham a ser produzidas no processo para não ser conduzido em falsa pista e sentenciar adequadamente.

Apesar de representar uma prova de grande valia e, muitas vezes, ser conclusiva na determinação da paternidade nebulosa, poderá o indigitado pai relutar em fornecer o material genético necessário à feitura do exame de DNA, sendo tal conduta amparada nos direitos e garantias fundamentais do cidadão que lhe são constitucionalmente assegurados, traduzidos nos direitos de personalidade (liberdade, intimidade, vida privada e integridade física, assegurados pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da legalidade ou reserva da Constituição).

Contudo, a relação paterno-filial também envolve direitos fundamentais do suposto filho (convivência familiar, tratamento isonômico entre os filhos, respeito, conhecimento de sua origem genética e reconhecimento do estado de filiação, abrigados pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da paternidade responsável), devendo o conflito dos direitos de mesma categoria ser solucionado pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que beneficiam o investigado com a garantia da intangibilidade corporal e o investigador com a presunção relativa de paternidade em face da rejeição ao exame de DNA.

A presunção relativa constitui prova indiciária, ou seja, um forte indício da paternidade reclamada. Entretanto, partindo-se do pressuposto de que até mesmo o laudo do exame de DNA deve ser apreciado com enorme cuidado e em consonância com o conjunto probatório apresentado, não pode o magistrado valer-se exclusivamente da presunção para julgar a ação de investigação de paternidade, mas com o cotejo de outras provas que são produzidas no processo a fim de que lhe forneça a convicção necessária para uma decisão acertada.

Outro fator determinante deste entendimento é que, caso a vontade do legislador fosse a imediata imposição da paternidade em detrimento do que obstou o exame, o preceito dos artigos 231 cc. 232 se revestiria sob a forma de ficção legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

ALMEIDA, Maria de Lourdes Rachid Vaz de. **O DNA e a prova na ação de investigação de paternidade**. In: Repertório de jurisprudência sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BOEIRA, Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse do estado de filho: Paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organizador do texto: Anne Joyce Angher. São Paulo: Rideel, 2004 (*vademecum* acadêmico de Direito).

BRASIL, LEI N. ° 5.869, de 11.01.73. Institui o Código de Processo Civil. DOU de 17.01.73.

BRASIL, LEI N. ° 6.015, de 31.12.73. Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências. DOU de 31.12.73.

BRASIL, LEI N. ° 8.069, de 13.07.90. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. DOU de 16.07.90.

BRASIL, LEI N. ° 8.560, de 29.12.92. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. DOU de 30.12.92.

BRASIL, LEI N. ° 8.974, de 05.01.95. 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. DOU de 06.01.95.

BRASIL, LEI N. ° 10.406, de 10.01.02. Institui o Código Civil. DOU de 11.01.02.

CHAMELETE NETO, Alberto. **Investigação de paternidade & DNA**. Curitiba: Juruá, 2002.

CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro**: teoria, legislação, jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DELGADO, Mário Luiz; Jones Figueiredo Alves (Org.). **Questões controvertidas no novo código civil**: Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Tratado de direito privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. **Direito civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. **A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321>>. Acesso em: 08 mar. 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. Brasília, DF, 18 out. 04. DJ de 22.11.2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial nº 55.736-5/RO. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 abr. 05. DJ de 03.10.2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. *Habeas Corpus* nº 71.373-4/RS. Relator: Francisco Rezek. Brasília, DF, 10 nov. 94. DJU de 22.11.96.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA.** In: Revista sintese de direito civil e processual civil. n. 33. Jan-Fev 2005. Sintese.

_____. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70009571142. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Herval, RS, 01 dez. 04.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.