

**GILMAR PEDRO CAPELARI**

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: A COISA JULGADA ANTE O EXAME  
PERICIAL EM DNA**

**CURITIBA  
2002**

**GILMAR PEDRO CAPELARI**

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: A COISA JULGADA ANTE O EXAME  
PERICIAL EM DNA**

Monografia apresentada como  
requisito parcial para a conclusão do  
Curso de Direito do Setor de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal do  
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elimar  
Szaniawski

**CURITIBA  
2002**

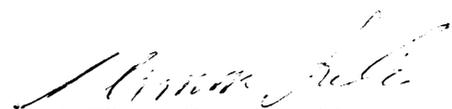
## TERMO DE APROVAÇÃO

GILMAR PEDRO CAPELARI

### INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: A COISA JULGADA ANTE O EXAME PERICIAL EM DNA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Prof. Elimar Szaniawski  
Departamento de Direito e Processo Civil, UFPR



Prof. Antonio Alves do Prado Filho  
Departamento de Direito e Processo Civil, UFPR



Prof. Eroulths Cortiano Junior  
Departamento de Direito e Processo Civil, UFPR

Curitiba, 19 de novembro de 2002

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor Elimar Szaniawski , pelo apoio e orientação concedidos na execução deste trabalho.

A Loiri Antonia Spaner Gonçalves, Bibliotecária da UFPR pelo auxílio prestado na pesquisa bibliográfica.

A todos os professores do Curso de Direito, da Universidade Federal do Paraná, pelos caminhos mostrados e pelos ensinamentos transmitidos.

E a todos aqueles que de alguma forma colaboraram para conclusão deste trabalho.

"se é desumano não ter o filho direito à  
paternidade, injusta também é a declaração de  
uma filiação inexistente."

Fernando Simas Filho

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2. BREVES NOÇÕES SOBRE A COISA JULGADA</b> .....	8
2.1. O INSTITUTO DA COISA JULGADA .....	8
2.2. COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL.....	11
2.3. O FUNDAMENTO POLÍTICO DA COISA JULGADA.....	14
<b>3. DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE</b> .....	17
3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	17
3.2. HIPÓTESES À INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	20
3.3. PROVAS NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE .....	25
3.3.1. Da Prova Documental.....	29
3.3.2. Da Prova Testemunhal.....	30
3.3.3. Da Prova Pericial.....	31
3.3.4. Da Prova Técnica.....	34
<b>4. DOS EXAMES GENÉTICOS</b> .....	34
4.1. OS SISTEMAS ERITROCITÁRIO E LEUCOCITÁRIO.....	34
4.2. O EXAME PERICIAL EM DNA.....	36
4.3. O CONTROLE NA MANIPULAÇÃO DE TECIDO GENÉTICO.....	42
<b>5. DA PREVALÊNCIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA</b> .....	46
5.1. O FORMALISMO INCONSTITUCIONAL.....	46
5.2. O EXAME EM DNA E A COISA JULGADA.....	49
<b>6. CONCLUSÃO</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	62

## RESUMO

Estudo da eficácia da coisa julgada - instituto de política processual atinente à segurança jurídica -, nas ações de investigação de paternidade, em que as decisões prolatadas fundamentaram-se unicamente em provas documentais e testemunhais, no propósito de, com embasamento em legislação contemporânea extravagante, na jurisprudência e na doutrina, conjecturar da possibilidade de se revisitar aqueles julgados desprovidos de prova pericial genética, realizada através do exame em DNA, por entender-se que, em se tratando de direitos fundamentais elencados na Constituição Federal - direito a dignidade, a convivência familiar, a identidade e ao nome de família -, o litígio que cuida de investigar e determinar o verdadeiro liame biológico entre o indigitado progenitor e o investigante, não pode prescindir de um experimento científico, capaz de excluir a paternidade com certeza absoluta e de incluí-la em percentual de segurança de 99,9999%, ou seja, diante desse índice, a probabilidade do incluído não ser o genitor é de uma em um milhão. Com reflexos sobretudo de cunho emocional, a sentença que julgar procedente o pedido do autor, seja ele o suposto pai ou o filho, não pode revestir-se do caráter da imutabilidade, caso não fundar-se em robustas provas documentais periciais e testemunhais, pelo simples fato de que este ato jurisdicional depõem contra valores fundantes do Estado Democrático de Direito, os quais, sem lugar a dúvida, pairam em patamar muito mais elevado do que a garantia da coisa julgada. No embate entre a segurança jurídica e o direito a dignidade é manifestamente inquestionável que aquela tem que dobrar-se em prol desta. Entende-se, inadmissível que no estágio atual do desenvolvimento humano, o Direito se mantenha apartado dos avanços científicos e continue a fazer "justiça", ou melhor, dizer o direito com base em indícios e presunções, respaldado pelo formalismo processual, avesso ao clamor social - fonte vital de uma ciência que se quer legítima.

## 1. INTRODUÇÃO

É bem provável, que muitos já tenham presenciado o constrangimento a que são expostas as pessoas, quando perguntado: quem é o seu pai? Não restando alternativa alguma, a resposta vem num sussurrado e tímido: não tenho pai!

Eis ai algo absolutamente impossível, já que, como se sabe, toda pessoa resulta de um momento revelador da mais expressiva plenitude da natureza: a união dos núcleos das células reprodutoras masculinas (espermatozóide) com as femininas (óvulo), que em condições naturais, ocorre no aparelho genital feminino, através da conjunção carnal entre o homem, agora pai, e a mulher mãe.

No Brasil, o resultado destas fecundações é extremamente sério, pois representa um enorme ônus econômico, social e principalmente emocional. Segundo a Estatística do Registro Civil de 1988, publicada pelo IBGE, 31,1% das crianças nascidas em 1988 e registradas naquele ano eram filhos de mãe solteira. Se considerarmos que no Brasil nascem por ano pelo menos três milhões de crianças, temos no mínimo um milhão de nascimentos extramatrimoniais. (Fonte: IBGE, 1999)

É inquestionável que se está ante uma verdadeira patologia social. Na cura deste carcinoma, o Direito tem lugar de destaque, visto que compete a ele investigar e determinar a paternidade desses "filhos de mãe".

O despertar para este tema, tem nascente no trato dispensado à matéria de extrema relevância, por entender-se que, neste particular, o Direito - instrumento de realização de justiça -, não pode conviver com "meias verdades", com uma "quase certeza", porque estas, além de não revelarem o verdadeiro vínculo genético, tendem, com base no princípio do *in dubio pro reo*, a beneficiar o demandado. Na incerteza ficam as coisas como estão. Sem dúvida, uma saída honrosa que o formalismo disponibilizou ao Estado-Juiz.

Atualmente, investigações periciais em DNA, revestidas do rigorismo científico, têm sido o ponto de desequilíbrio na composição de muitos conflitos. Divergências estas que noutros tempos, não muito remoto, eram solucionadas pelos magistrados somente com base em suposições, indícios e presunções.

Neste ínterim, preocupa-nos também a infra-estrutura dos laboratórios, a qualificação dos técnicos responsáveis pela manipulação do material genético e elaboração dos laudos e o controle de qualidade.

IncurSIONAR sobre o modelo adotado pelo legislador, para por fim definitivamente ao litígio e assegurar a estabilidade das relações jurídicas, tornando a decisão imutável através da propalada coisa julgada, desautorizando, assim, o restabelecimento do processo, mesmo naquelas ações que quedaram indeterminadas em razão da prova não ser bastante para excluir ou incluir a paternidade, ainda que diante de fatos incontestes, como é o caso do exame pericial em DNA, eis a razão desta pesquisa monográfica.

Em síntese, pretendeu-se, neste trabalho, aferir-se até que ponto é justo o formalismo da coisa julgada - a verdade jurídica -, prevalecer sobre o conhecimento exato e racional de coisa determinada - a verdade científica, no intuito de se evitar um Direito totalmente "fora de moda" e, ao revés, pugnar-se por um Direito legítimo, porque legislado em perfeita sintonia com o clamor da sociedade.

Para se alcançar o objetivo proposto, a pesquisa - com base em doutrina nacional -, foi concebida com a seguinte estruturação: no capítulo de abertura - Breves Noções Sobre a Coisa Julgada -, tratou-se do instituto da coisa julgada, a sua classificação doutrinária (coisa julgada formal e material) e os fundamentos de política processual.

No segundo capítulo - Da Investigação de Paternidade -, cuidou-se das hipóteses em que se admite a investigatória de paternidade, da evolução histórica e da produção das provas.

O capítulo terceiro - Dos Exames Genéticos -, examinou os teste hematológicos através dos sistemas eritrocitário (ABO, Rh) e o leucocitário (HLA), o exame pericial em DNA e o procedimento e controle na manipulação de tecido genético, desde a coleta do material até a confecção do laudo.

No capítulo final - Da Prevalência da Realidade Sobre a Forma -, analisou-se a tendência doutrinária e jurisprudencial em mitigar a coisa julgada nas investigatórias de paternidade, quando a sentença prolatada não condiz com a realidade dos fatos.

## 2. BREVES NOÇÕES SOBRE A COISA JULGADA

### 2.1. O INSTITUTO DA COISA JULGADA

Entende-se por coisa julgada a sentença que logrou atingir caráter de irretratabilidade, face a impossibilidade de ser atacada por qualquer espécie de recurso.

Para LIEBMAN,<sup>1</sup> "a coisa julgada é uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença". É uma qualidade da eficácia declamatória da sentença, um *plus* que a ela se acrescenta. A sentença produz certos efeitos: declaratórios, constitutivos e condenatório e a esses efeitos junta-se uma qualidade, a imutabilidade. Essa qualidade é a coisa julgada.<sup>2</sup>

E arremata:

"Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutável, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato."<sup>3</sup>

PONTES DE MIRANDA,<sup>4</sup> argumenta que tem razão Adolf Merkl (*Die Lehre von der Rocntekaft*) quando pretendeu livrar o conceito da *res judicata* dos seus postulados ético-políticos e de bases de direito natural, pois, seria "fonte de perturbações lamentáveis que se pudesse, sem prazo preclusivo, volver a discutir o que foi julgado sem mais haver recurso, mesmo em outro processo". Por fim, critica a confusão sempre existente sobre o tema. Afirma a respeito:

"Efeito de coisa julgada, entre outros, é o de não mais, noutro processo, se discutir e julgar o que se discutira e julgara (coisa julgada material, que não é efeito da *res judicata*). E preciso que nunca se confundam existência, validade e eficácia. A

---

<sup>1</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 40.

<sup>2</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. ob. cit., p. 46.

<sup>3</sup> Idem, ob. cit., p. 54.

<sup>4</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco C.. *Tratado de Direito Privado*, p.134 -135.

sentença que põe fim ao processo é coisa julgada. O fazer 'direito entre as partes' não é o segundo efeito da sentença; é o primeiro."

A autoridade da coisa julgada tem sido justificada pela doutrina com base em dois fundamentos. O primeiro é de natureza política. O segundo de ordem jurídica. MOACYR AMARAL,<sup>5</sup> resumiu os fundamentos supra indicados. Explica o primeiro, o de ordem política, do modo seguinte:

"A verdadeira finalidade do processo, como instrumento destinado à composição da lide, é fazer justiça, pela atuação da vontade da lei ao caso concreto. Para obviar a possibilidade de injustiças, as sentenças são impugnáveis por via de recursos, que permitem o reexame do litígio e a reforma da decisão. A procura da justiça, entretanto, não pode ser indefinida, mas deve ter um limite, por exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornou imutável."

O fundamento de ordem jurídica, explica MOACYR AMARAL,<sup>6</sup> é analisado de modo controvertido pela doutrina. Esta procura explicá-lo de vários modos, adotando teorias variadas, a saber:

- "a. a da presunção da verdade contida na sentença;
- b. a da ficção da verdade ou da verdade artificial;
- c. a da força legal, substancial da sentença;
- d. a da eficácia da declaração contida na sentença;
- e. a da extinção da obrigação jurisdicional;
- f. a da vontade do Estado;
- g. a de que a autoridade da coisa julgada está no fato de provir do Estado, isto é, na imperatividade do comando da sentença onde se concentra a força da coisa julgada;
- h. a teoria de Liebman que vê na coisa julgada uma qualidade especial da sentença."

Emana do texto constitucional a gênese do referido instituto, que assim dispõe no art. 5º, inciso XXXVI: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

---

<sup>5</sup> SANTOS, Moacyr A.maral. *A Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p. 461-462.

<sup>6</sup> Idem, ob, cit., p 475.

Conquanto tenha sido prestigiada pelo legislador constituinte, não se pode dizer que a matéria em questão tem a sua inserção na Constituição da República, porque esta não regula matéria de natureza estritamente instrumental. O dispositivo por ela enunciado é, todavia, no sentido de proteger a coisa julgada no âmbito infraconstitucional, impedindo que a legislação ordinária pudesse alterar aquilo que já foi decidido.

Em verdade, o texto maior estabelece uma ordem ao legislador ordinário, ou seja, proíbe a edição de normas que possam incidir sobre direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada.

Da mesma forma, a matéria insere-se no contexto do Código de Processo Civil, por meio do art. 467: "denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

Por sua vez, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, parágrafo 3º, estabelece: "chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não cabe recurso".

Analisando-se a legislação infraconstitucional supracitada, conclui-se que a condição de coisa julgada emana da lei processual e não da Carta Magna.

Nesse contexto, em que a ordem jurídico-processual busca a segurança nas relações jurídicas, a coisa julgada é tida como "verdade". Feita a entrega da tutela jurisdicional pelo Estado, em julgamento final, a *res judicanda* transforma-se em *res iudicata*, e a composição da lide, estampada no pronunciamento judicial (sentença ou acórdão), faz com que a ordem jurídica e suas normas sobre este se projetem, com a força e autoridade de *lex specialis*, para regular em definitivo a situação litigiosa. Donde dispor o art. 468 do CPC, *in verbis*: "A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide das questões decididas."

A *res iudicata* marca o ato jurisdicional, visto que, concentra neste o comando imperativo advindo do julgamento, que se torna estável, graças à imutabilidade que adquire, dentro e fora do processo.

## 2.2. COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL

Com forte significação para a segurança jurídica,<sup>7</sup> coisa julgada material, segundo o art. 467 do Código de Processo Civil é “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Limitou-se, nesses termos, a definir somente a coisa julgada material.

Mas existe, também, a coisa julgada formal, que se difere daquela descrita no Código e que é tratada pelos processualistas como fato relevante em matéria de eficácia da sentença.

Escreveu PONTES DE MIRANDA,<sup>8</sup> que será coisa julgada formal "quando não mais se puder discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede de discutir, noutro processo, o que se discutiu."

Vale dizer, a sentença, enquanto sujeita a recurso não é ainda sentença por lhe faltar a qualidade da eficácia. No momento em que transitar em julgado, por não comportar mais recurso ordinário, especial ou extraordinário, faz-se lei entre as partes, nos limites da lide das questões decididas. Tem-se, então, o que se chama coisa julgada formal.

Daí para diante, a sentença torna-se irrefutável e imutável dentro do processo onde a lide foi dirimida, ocasião em que termina a atividade estatal, no que concerne a prestação jurisdicional.

Donde se infere, que todas as decisões, em um determinado momento, farão coisa julgada formal, porque, da não apresentação do pertinente recurso no prazo fixado em lei, ou da utilização de todos o recursos disponíveis, ocorre a preclusão e a decisão adquirirá o manto da imutabilidade, isto é, faz coisa julgada.

Se o processo não admitir mais nenhum recurso, tornando-se imutável a decisão do julgador, tem-se a coisa julgada formal. Esta impede que dentro do mesmo processo abram-se novas discussões em torno da sentença.

Assim se dá com a sentença terminativa, que extingue o feito sem julgamento do mérito. Sanado o defeito que impediu o julgamento de mérito, a ação pode ser repetida.

---

<sup>7</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, p. 640.

<sup>8</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco C.. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 144.

Desse modo qualificada, a coisa julgada formal é a manifestação de um fenômeno processual de maior extensão e diferente intensidade, que é a preclusão. Esta se traduz pela extinção de uma faculdade ou poder de agir no processo; e a coisa julgada formal como uma espécie de preclusão qualificada que é, caracteriza-se como a extinção do poder de exigir novo julgamento quando a sentença já tiver passado em julgado.

Já a coisa julgada material somente se concretiza em relação às sentenças definitivas (também chamadas sentenças de mérito), onde o julgador se pronuncia sobre o mérito da questão a ele apresentada, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor. Esta sentença é uma consequência da formal. A coisa julgada formal se constitui dentro do processo, em virtude da sentença não mais sujeitar-se a recurso, impedindo a reapreciação da matéria no mesmo processo. Uma vez consumada esta, ocorre também a coisa julgada material, que é a imutabilidade dos efeitos da sentença fora do processo, impedindo nova demanda sobre a mesma lide.

Todavia, a coisa julgada formal pode existir sozinha em determinados casos,, como ocorre nas sentenças meramente terminativas (não incide sobre o mérito da causa), que apenas extinguem o processo sem julgar a lide. Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente.<sup>9</sup>

Deduz-se, do acima exposto, que a coisa julgada formal é condição *sine qua non* da coisa julgada material, ou que esta compreende aquela.

Segundo observação de LIEBMAN,<sup>10</sup> não há dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e material. Trata-se de dois degraus de um mesmo evento. Proferida a sentença de mérito e preclusos os prazos, a sentença torna-se imutável (primeiro degrau). E, em consequência se tornam imutáveis os seus efeitos (segundo grau). São aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança nas relações jurídicas; a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes.

---

<sup>9</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 464.

<sup>10</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. ob, cit., p. 56.

Para DINAMARCO,<sup>11</sup> a distinção entre coisa julgada material e formal consiste em que: "a) a primeira é a imutabilidade dos efeitos da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda depois de extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha a negá-los; enquanto que b) a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra."

Segundo BARBOSA MOREIRA,<sup>12</sup> para a ocorrência da coisa julgada material exige-se os seguintes requisitos:

"1) incidência da preclusão sobre as questões propostas e a conseqüente formação da *coisa julgada*;

2) que não haja impedimento legal para a formação da *res iudicata*, reconhecendo que se trata de instituto de natureza prática, que se subordina à discricionariedade legislativa, muito embora a coisa julgada tenha suas raízes fincadas na Constituição Federal;

3) ocorrência somente em processo *contencioso* (não incide sobre decisões proferidas em procedimento de *jurisdição voluntária*; entretanto, valendo-se da opinião de José Eduardo Martins Cardoso, o autor adverte, que o art. 1.111 do Código de Processo Civil, ao assegurar a imutabilidade dos efeitos já produzidos e ao admitir a modificação somente em casos de nova causa de pedir – superveniente -, oferece a conclusão irretorquível de que o fenômeno tipificado no art. 1.111 é o da coisa julgada.);

4) é fenômeno que ocorre em decisão sob os auspícios do *contraditório* (a coisa julgada é instituto vinculado à segurança quanto à segurança do direito que se reflete na *imutabilidade* das decisões judiciais; o *contraditório* é apontado como a necessidade de se oportunizar o diálogo entre as partes; o autor afirma que o Processo Civil admite a possibilidade de formação de coisa julgada material sem o contraditório, ex. quando o juiz indefere a petição inicial reconhecendo prescrição ou decadência, arts. 295, IV e 269 – contudo, adverte, é anomalia o indeferimento da inicial, com decreto da prescrição, sem audiência da parte contrária);

5) ocorrência sobre litígio de fundo, ou seja, matéria de;

6) por fim, cognição exauriente da matéria discutida no processo."

Oportuno trazer a baila, com referência ao último requisito acima enumerado, a lição de KAZUO WATANABE, que em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada através de provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário

<sup>11</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*, p. 36.

<sup>12</sup> MOREIRA, José Carlos B. *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo*, p. 211-213.

quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto a profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto a certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada. O processo ordinário é, exatamente, aquele concebido com esse objetivo.<sup>13</sup>

É assente na tradicional doutrina<sup>14</sup> que a coisa julgada material tem aplicação somente no processo de conhecimento, eis que, somente neste se busca uma decisão de mérito (a solução da demanda), visando o fim do litígio.

Nas ações de investigação de paternidade, ressalta-se, o procedimento pertinente é o comum ordinário - espécie do processo de conhecimento. Este ao final de seu *iter* produzirá uma sentença de conteúdo meramente declaratório, porque visa por termo à existência ou inexistência da paternidade, operando efeitos "*ex tunc*", ou seja, os efeitos da investigação retroagem à data da concepção, ou do nascimento, conforme a teoria adotada.

Esquadrinha-se, por seu turno, a ação negatória de paternidade na definição de ações constitutivas negativas, ou desconstitutivas, pois visa extinguir a relação jurídica de filiação estabelecida entre o filho e o contestante. As ações constitutivas operam efeito "*ex nunc*", retroagindo somente até a data da sentença, restando válida toda a relação jurídica estabelecida até a data da criação, modificação ou extinção dessa mesma relação.

Instituto de política processual, a coisa julgada, em sentido amplo, se fundamenta no princípio da segurança jurídica, importantíssimo componente da paz social; tópico a ser dissertado a seguir.

### **2.3. O FUNDAMENTO POLÍTICO DA COISA JULGADA**

Como já mencionado, um dos valores buscados pela ordem jurídico-processual é o da segurança na relações jurídicas, que constitui poderoso fator de

---

<sup>13</sup> WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, p. 113.

<sup>14</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução*, p. 501.

paz social e felicidade pessoal dos indivíduos. A tomada de uma decisão, com vitória de um dos litigantes e derrota de outro, é para ambos o fim e a negação das expectativas e incertezas que os envolviam e os mantinham em desconfortável estado de angústia. As decisões judiciais, uma vez tomadas, isolam-se dos motivos e do grau de participação dos interessados e imunizam-se contra novas razões ou resistências que se pensasse em opor-lhes, chegando a um ponto de firmeza que se qualifica como estabilidade e que varia de grau conforme o caso. O grau de estabilidade mais elevado dos atos estatais é representado pela coisa julgada, que a doutrina mais conceituada define como imutabilidade da sentença e de seus efeitos.<sup>15</sup>

Pelo prisma da política processual, a coisa julgada foi concebida com o objetivo de evitar a perduração das situações indefinidas, indesejáveis na vida social, pois, comprometedoras da sua própria segurança.<sup>16</sup>

Na lição de ROENICK,<sup>17</sup> acaso não fosse vetado renovar a demanda depois de seu trânsito em julgado, seria indefinido o reclamo da tutela jurisdicional, acarretando para a comunidade a insegurança e a instabilidade, pois jamais se chegaria ao gozo efetivo dos bens da vida.

PAULO LIMA,<sup>18</sup> justifica a autoridade da coisa julgada na quietude social, também consagrada no sistema processual por outros institutos jurídicos como a decadência, a prescrição, o usucapião e a preclusão.

As decisões, porque resultado de genuíno trabalho mental dos magistrados, não raro estarem acometidas de erros, enganos e incorreções, o que acarreta injustiças.

É, ainda temendo a falibilidade humana na prestação jurisdicional, definiu-lhe o legislador por margem adicional de precaução, a possibilidade de revisão da sentença já transitada em julgado, através da rescisória civil e da revisão no campo penal. A rescisória cível serve como derradeiro remédio para ser ministrado dentro

---

<sup>15</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit., p. 39.

<sup>16</sup> GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e litispendência em Ações Coletivas*, p.6.

<sup>17</sup> ROENICK, Hermann H. de Carvalho. *A sentença Cível e a Coisa Julgada*, p. 30.

<sup>18</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Teoria da Coisa Julgada*, p. 93.

de seu prazo preclusivo de validade, quando o sistema recursal não foi suficiente para estabelecer a justiça material.<sup>19</sup>

Portanto, embora utilizados todos os recursos que são disponibilizados pelo ordenamento jurídico, quando ainda persistem os vícios que fundamentaram a sentença já transitada em julgado, esta decisão pode ser rechaçada através de ação rescisória. É pleito para pedir a decretação de nulidade ou ilegalidade da sentença, que já tenha passado em julgado. O prazo preclusivo à ação é de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

No processo penal, indispensável consignar, o recurso à sentença condenatória, sempre admitirá a sua revisão criminal, como demanda privativa do réu, ou dos familiares se este já morto.

É remédio dado pela lei para desfazer a coisa julgada, diz LÚCIO NOGUEIRA,<sup>20</sup> eis que em jogo o valor liberdade e o reexame da ação condenatória não se sujeita a prazos preclusivos, podendo ser aforado a qualquer tempo, sempre como ato privativo da defesa.

Comum ouvir-se o dito popular de que "a liberdade não tem preço". Repousa justo aí a importância que o legislador penal atribui ao valor fundamental liberdade, privilegiando este em detrimento da segurança e a estabilidade conferida às decisões judiciais na seara civil. Pagar com a liberdade uma pena imputada por sentença que não condiz com os fatos, convenhamos, é um preço altíssimo. Em função disso, o valor fundamental da liberdade mitiga a segurança e a estabilidade da sentença prolatada em processo penal.

Analisando o tratamento dispensado ao instituto da coisa julgada nos campos penal e civil, conclui ROLF MADALENO<sup>21</sup> que:

"É preciso repensar que no âmbito da sentença cível e daquela proferida no direito penal, é capaz que subsistam nas duas esferas de atuação processual, valores que se habilitam como essenciais, tal qual se apresentam a vida e a liberdade em sede de condenação criminal. E se vida e liberdade merecem o reexame incondicional das sentenças repressivas, idêntico balanço precisa encontrar respaldo na seara cível,

---

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Recursos no Processo Penal*, p. 306.

<sup>20</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio, *Curso Completo de Processo Penal*, p. 371.

<sup>21</sup> MADALENO, Rolf. *A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*, In: *Grandes Temas da Atualidade: DNA Como Meio de Prova de Filiação* p. 291.

onde outra ordem relevante de direitos fundamentais se apresenta sob a roupagem da identidade e da personalidade de uma pessoa que pesquisa e aspira o seu verdadeiro estado familiar.

Consequentemente, a viabilidade de revisar sentenças judiciais já passadas em julgado, não pode continuar sendo apenas monopólio do processo penal."

Na acepção de CÂNDIDO DINAMARCO,<sup>22</sup> a coisa julgada não é instituto confinado apenas ao direito processual. Ela tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional. Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro. Toda possível dúvida está definitivamente dissipada.

Em razão da segurança jurídica, delegou-se à coisa julgada a árdua missão de assegurar a paz pessoal e, em conseqüência, evitar a guerra social.

### **3. DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

#### **3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

"O problema crucial da determinação da paternidade e da filiação não é tão antigo como se poderia supor, mas se colocou como dado concreto de apreciação e interesse com o advento do patriarcado. Enquanto a família primitiva estava organizada em torno da mãe e sua "gente" (família do tipo matriarcal), a filiação era um fenômeno espontâneo sem maiores conseqüências na ordem familiar."<sup>23</sup>

Nesse período, a cultura de coleta e caça de pequenos animais foi a principal atividade dos pequenos grupamentos humanos. Nesses agrupamentos, as mulheres possuíam um lugar de destaque (família matriarcal neste contexto, pois da mãe se derivava o parentesco - matrilinear), a força física não era fator preponderante para a existência dos grupos sociais. Neles existia uma harmonia entre o homem e a mulher, havia divisão de trabalho entre eles, mas não submissão de um sexo pelo outro, pois a mulher era considerada um ser sagrado pelo fato de reproduzir a

---

<sup>22</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. ob, cit., p. 41.

<sup>23</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, *O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação*, In Repertório de doutrina sobre Direito de Família, p. 86.

espécie, e acreditava-se que a sua fertilidade refletir-se-ia na fertilidade dos animais que começavam a ser domesticados.

O declínio do matriarcado e a sua substituição pelo patriarcado fizeram com que surgissem amplas alterações nas relações familiares. O parentesco e as demais relações decorrentes da relação familiar fizeram surgir os estados de filiação, determinaram a transmissão do poder entre o pai e o filho, e fizeram surgir o direito hereditário.

Dentro desse novo regime patriarcal, a estrutura familiar desenvolveu-se em torno do pai e do filho. Para garantir a transmissão do patrimônio, do nome, do culto familiar, enfim, da hegemonia da *gens* romana era fundamental que o pai tivesse certeza de sua filiação, sem a qual se instauraria o caos e a desordem na linearidade da estrutura legada pela hierarquia patriarcal. A investigação de paternidade tem início quando surge a negativa do pai em reconhecer a paternidade.

Antes da Constituição Federal de 1988 a situação da filiação no Brasil era a seguinte:

- a. filhos legítimos, ou seja, aqueles concebidos durante a constância do matrimônio existente entre o pai e a mãe;
- b. filhos legitimados, ou seja, aqueles concebidos pelos cônjuges antes do casamento e equiparados pela celebração dele aos legítimos;
- c. filhos ilegítimos, distribuídos em simplesmente naturais (havidos por pessoas não impedidas de se casarem uma com a outra) e espúrios, distribuídos estes em adúlteros e incestuosos.

Os filhos naturais podiam ser reconhecidos. Tal reconhecimento podia ser feito no próprio termo do nascimento, por escritura pública ou por testamento. Inocorrendo reconhecimento voluntário, podiam os filhos naturais promover ação de investigação de paternidade, ou mesmo de maternidade (hipótese muito remota, na prática), comprovando-se uma das situações focadas nos três incisos do art. 363 do Código Civil.

Os filhos adulterinos poderiam ser reconhecidos durante a vigência da sociedade conjugal do progenitor adúltero, desde que o reconhecimento, nesse caso, ocorresse através de testamento cerrado, irrevogável nessa parte.

Podiam os filhos adulterinos ser reconhecidos também depois de dissolvida a sociedade conjugal do progenitor adúltero. Nesse caso, o reconhecimento podia ocorrer por escritura pública, ou também por testamento. Inocorrendo reconhecimento voluntário, podiam os filhos adulterinos promover ação de investigação de paternidade ou maternidade, depois de dissolvida a sociedade conjugal do progenitor adúltero. Antes disso, e em segredo de justiça, podiam pleitear dele alimentos. Nessa hipótese, o reconhecimento da paternidade ocorria apenas *incidenter tantum*, para permitir a condenação em alimentos, mas não modificava a situação do filho.

Finalmente, os filhos incestuosos não podiam ser reconhecidos voluntariamente, nem se lhes facultava a propositura de ação de investigação.

Com o advento da atual Constituição Federal, essa classificação discriminatória foi taxativamente revogada, pelo enunciado do art. 227, parágrafo 6º: "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas designações discriminatórias relativas à filiação".

Filhos são filhos, pouco importando os vínculos existentes ou não entre seus pais, ou entre estes e terceiros. Todos os filhos têm direitos e qualificações iguais, e quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação ficam terminantemente vedadas.

Disso resulta que o regime jurídico de reconhecimento e investigação da paternidade ficou inteiramente equiparado tanto para filhos simplesmente naturais, quanto para adulterinos, e mesmo para incestuosos.

Também os efeitos do reconhecimento ou da declaração judicial de paternidade de uns ou outros, passaram a ser os mesmos. Aliás, até mesmo diferentes designações das diversas modalidades de filiação, embora ainda encontrem fundamento no sistema, não podem mais ser utilizadas para qualquer fim. A rigor, perderam qualquer finalidade útil, a partir do momento em que todos os

filhos passaram a ter direitos e qualificações iguais, pouco importando a origem ou características da filiação.<sup>24</sup>

“A CF de 1988 (art. 227, par. 6º), equiparou filhos legítimos e ilegítimos, não se podendo mais tolerar as discriminações que se faziam aos filhos adulterinos, como o impedimento de investigar a paternidade na constância do casamento do ascendente. Agora, qualquer que seja o filho, facultado lhe será, a qualquer tempo, a ação de investigação de paternidade com amplos efeitos, e não apenas reclamar alimentos em segredo de justiça, como impunha o art. 4º da Lei 883/49 aos filhos espúrios, enquanto perdurasse o casamento do genitor” (TJSP, RT 675/101).

Em suma, desde logo, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, a ação de investigação de paternidade passou a ser facultada a todos os filhos, independente da natureza da filiação, e sem condicionamento temporal. Revogadas, portanto, pela própria Constituição, porque para logo incompatíveis com o parágrafo 6º de seu artigo 227, todas as regras da Lei nº 883/49. A única regra da Lei 883/49 que, por não colidir com a novel disposição constitucional, persiste em plena vigência, é a do seu artigo 5º, que autoriza o filho, bem sucedido na ação investigatória, a perceber alimentos provisionais, a partir da sentença de primeiro grau, ainda quando haja sido objeto de recurso.

### **3.2. HIPÓTESES À INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE**

Declinar a todos os filhos (sem discriminação) legitimidade ativa para intentar ação de investigação de paternidade, foi o meio encontrado pelo legislador constitucional para garantir o direito personalíssimo, imprescritível e indisponível ao reconhecimento do estado de filiação. As disposições jurídicas para lidar com tal demanda estão definidas no Código Civil, no Código de Processo Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Como todas as ações, esta também, tem suas hipóteses, elencados no art. 363 do Código Civil:

- a. Se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai (inciso I);

---

<sup>24</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Investigação de Paternidade*, p. 192.

- b. Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai (1ª parte do inciso II);
- c. Se a concepção do filho reclamante coincidiu com as relações sexuais do suposto pai com a mãe do reclamante (2ª parte do inciso II);
- d. Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente (inciso III).

Entrementes, como a Lei nova autoriza expressamente o reconhecimento voluntário da paternidade através de escrito particular, de autoria do progenitor, tem-se que a existência do aludido escrito particular não é mais *causa petendi* de ação investigatória de paternidade, mas sim documento cuja existência a dispensa, permitindo-se desde logo a averbação do reconhecimento, com base nele, à margem do assento de nascimento, ficando o documento em causa arquivado em Cartório.

Modificado nesse particular, portanto, o artigo 363 do código, mais especificamente seu inciso III, na medida em que, caso presente o escrito particular a que este alude, a própria propositura da ação será desnecessária, porque já validamente realizado o reconhecimento voluntário da paternidade.

Desta forma, ficam reduzidas a duas - que em termos bem práticos estariam resumidas a uma -, as hipóteses a fundamentar a ação de investigação de paternidade: concubinato entre o pai e a mãe do investigante e rapto da mãe pelo pai ou relações sexuais deste com a mãe do investigante, em época coincidente com a concepção. Essa última hipótese (relações sexuais), porque abrangente e até mesmo compreensiva das outras, constitui hoje o fecho da abóbada do reconhecimento judicial de paternidade.

Isso porque, quando um homem e uma mulher praticam o ato sexual, têm entre si, uma relação íntima, havendo injeção de um líquido masculino, nas entranhas úmidas da mulher, provocando então uma profunda comunhão sexual. Os dois indivíduos sexualmente diferentes, unem-se num todo. Completam-se. As sensações advindas do ato, provocam em ambos os partícipes, intenso prazer. Desse gozo extremo, é que se origina o filho. Comprovadas as relações sexuais, demonstrada estará a paternidade.

O professor EDSON FACHIN,<sup>25</sup> aduz que "a verdade biológica é verdade desde logo, do início; principia e acaba com o fim da existência do descendente; mantém-se incólume, às vezes inexpugnável."

FRANCISCO RAITANI<sup>26</sup> argumentou:

"Homens incapazes da prática de um furto, não obstante se vangloriam de haver seduzido uma inocente moça e, no entanto, perpetraram um delito mil vezes mais grave e iníquo, porque à vilania da sedução, acrescentam quase sempre o abandono deliberado do filho. Em sua conseqüência, não pensam que os delinqüentes precoces, de cujo crime se horrorizam, o menor mendigo e vagabundo cuja vida repudiam, pode ser seu próprio filho, condenado pela covardia de quem os engendrou. Bastariam esses argumentos de profundo sentido real e humano para que todo homem sentisse a responsabilidade que naturalmente emerge do ato da procriação".

Não obstante o Diploma Civil regar as possibilidade à investigação de paternidade, não há dúvida que a prova biológica surgida a partir da descoberta do DNA, vem permitindo julgamentos que defendem a revogação de vários dispositivos do Código Civil e a imprescritibilidade das ações de estado, a exemplo do seguinte acórdão:

"As regras do Código Civil precisam ser adaptadas ao novo sistema jurídico brasileiro de Direito de Família. Implantado pela Constituição Federal de 1988 e diplomas legais posteriores. Isto implica em revogação ou não recepção de vários dispositivos daquele Código, como, por exemplo, os arts. 340, 344 e 364, em matéria de filiação. Tornou-se ampla e irrestrita a possibilidade investigatória da verdadeira paternidade biológica, que prevalece sobre a verdade jurídica (três estágios na filiação: verdade jurídica = verdade biológica = verdade sócio-afetiva). Destarte, não há que opor obstáculos legais superados à demanda negatória de paternidade proposta pelo pai contra o filho matrimonial. Da mesma forma, não podem persistir os prazos exíguos de decadência contemplados no art. 178, parágrafos 3º e 4º, inc. I, do Código Civil." (TJRS, AC nº 595.163.114, rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, j. 07.12.1995).

Por seu turno, o Código de Processo Civil rege todo o ritual da Ação de Paternidade. Proposta a ação, o réu pode apresentar contestação dentro dos prazos legais. Neste estágio, dois argumentos são freqüentemente invocados e vale a pena serem mencionados. O primeiro, muito utilizado, é a *exceptio plurium concubentium*,

---

<sup>25</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*, p. 86.

<sup>26</sup> RAITANI, Francisco. *Prática de Processo Civil*, p. 391.

ou seja, a argumentação de que a mãe era sexualmente promíscua na época da concepção, não podendo então atribuir ao réu, com certeza, a paternidade. Essa argumentação, embora cientificamente correta, tem freqüentemente o efeito de transformar o processo de Investigação de Paternidade em um julgamento moral da mãe (essa linha de argumentação, felizmente, tomou-se inadequada frente à certeza apresentada pelas provas periciais dos testes em DNA). O segundo, é de impossibilidade de paternidade por impotência sexual, que em teoria pode ser instrumental (por falta de ereção, *dítacoeundi*) ou esterilidade (impotência *generandi*). Com relação a esse último tópico, do ponto de vista médico, mesmo a comprovação de azoospermia ou oligospermia severa não podem ser consideradas absolutas, já que há relatos de concepção comprovada mesmo nessas situações teoricamente impossíveis. Vencidas essas etapas o juiz passa, então, à coleta das provas testemunhais e periciais que vão dar-lhe os subsídios necessários para prolatar uma sentença.<sup>27</sup>

De sorte que, atualmente, no âmbito do Direito de Família, chamam-se "matrimoniais", os filhos oriundos da relação do matrimônio, da união estável e adotivos; e "extra-matrimoniais", os demais! Os filhos extra-matrimoniais podem ser reconhecidos de forma voluntária ou judicial.

O reconhecimento voluntário, pode ser efetuado no próprio termo do registro de nascimento ou por escritura pública e, ainda, através de testamento, consoante atesta o art. 357 do Código Civil. De acordo com a disposição constante no parágrafo único desse artigo, o reconhecimento por escritura pública, pode ser feito antes do nascimento ou após o falecimento do filho, se deixar descendentes.

Quando cumulada ao pleito alimentar, a ação de investigação de paternidade ganha alguma complexidade, pois além da submissão às regras jurídicas que regulam a filiação, incide o Direito Alimentar, seja substantivo como processual.

A primeira delas diz respeito à possibilidade jurídica do deferimento dos alimentos provisórios, previstos pelo rito sumário da Lei Alimentar (n.º 5.478/68), em seu art. 4º. Ocorre que, sendo a ação de investigação de paternidade demanda submetida ao rito ordinário, nela não seria possível o incidente preliminar dos

---

<sup>27</sup> VIANA, Marco Aurélio. *Da ação de investigação de paternidade*, p. 240.

provisórios que ademais, nos termos da lei própria, exigem prova pré-constituída do parentesco a fundamentar o deferimento da verba.<sup>28</sup>

Ombreiam-se no sentido contrário, os entendimentos que conferem ao interesse do menor natureza própria e prevalente, de ordem pública, a permitir a fixação de pronto do auxílio alimentar, sempre que presentes, desde a propositura da ação, elementos de prova convincentes quanto ao alegado vínculo de filiação, cujo reconhecimento forçado a demanda requer. Tal pretensão fica ainda mais permeável juridicamente, ante as alterações recentemente introduzidas em nosso sistema processual, que agora permitem o chamado juízo de antecipação de tutela.

Atualmente, é prática estabelecida nos meios forenses a fixação dos alimentos provisórios naqueles casos mais específicos em que a prova acerca da postulada paternidade é tão abundante e exuberante que ao Juiz é permitido concluir pela existência do liame parental com segurança e *"in limine"*. (AI nº 595162108 — 7ª CC do TJRGS — j. em 29.11.95 — rel. Des. Alceu Binato de Moraes — in RJTJRGS 177/245).

Corroborando entendimento majoritário, a respeito da extrema necessidade de se determinar a paternidade biológica, a Lei 8.560/92 – Lei da Investigação de Paternidade –, estabelece em seu artigo 2º, *"caput"*, que o oficial do Registro Civil, ao lavrar a certidão de nascimento apenas com a maternidade certa, deverá remeter ao juiz certidão integral do respectivo registro, bem como o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, *a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação*. (o grifo é nosso)

Com isso vale dizer que a mãe da criança ao se dirigir ao Cartório de Registro Civil, deve proceder ao assento do infante, fazendo constar somente a maternidade, posto que o pai, por algum motivo deixou, ou não quer reconhecer a paternidade. Nesta oportunidade, a mãe deve prestar uma declaração ao oficial do Registro Civil, declinando o nome e prenome do indigitado pai, bem como a sua profissão e residência certa.

Em seguida, o oficial do Registro Civil deverá remeter ao juiz da comarca uma certidão integral do assento do nascimento, e demais dados de informação do

---

<sup>28</sup> MONTEIRO Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*, p. 175.

suposto pai. Da oitiva da mãe em juízo, acaba-se, quase invariavelmente, obtendo-se o nome do "suposto pai" que ela não quis ou não pode inicialmente declinar, por qualquer motivo. As vezes até, por não querer um *tal pai* para seu filho, ou por preferir que ele seja só seu. Conhecido o nome, notifica-se o citado para que se manifeste. Superada esta fase sem êxito, denominada de "averiguação oficiosa" e "havendo elementos suficientes", os autos são remetidos ao Ministério Público que na condição de Autor (substituto processual), propõe a Investigatória de Paternidade. Procede-se então, à citação do suposto pai e, em seguida, a instrução, que consistirá na prova pericial representada pelo chamado "exame do sangue" quando o problema se agiganta.

Ocorre que, o exame ao alcance dos economicamente desprovidos é o dos grupos sangüíneos (sistema eritrocitário), ou do sistema leucocitário (HLA), de resultado insatisfatório e contestadíssimo, face sua singeleza.

### 3.4. PROVAS NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE

O desenvolvimento da ciência jurídica não se dá apartado dos avanços tecnológicos e científicos. Viver à margem dessa evolução importa em retrocesso. O Direito, ao revés, deve pautar-se por uma atitude interdisciplinar.

A propósito, esclarece PEREIRA DE SOUZA,<sup>29</sup> que:

“o investigador, para buscar o conhecimento correto, segundo Bacon, tem de se libertar das falsas noções ou dos ‘ídolos’ que obstruem o intelecto humano impedindo o acesso à verdade. É natural tomar o conhecimento dado pelos sentidos como verdadeiro. A tendência da natureza humana é reduzir o complexo ao mais simples, restringir a visão àquilo que lhe é favorável ou levar em conta apenas o que lhe é interessante. A realidade que julgamos estar enxergando nem sempre é a realidade que ocorre.”

Sabe-se que o processo era visto na Antigüidade como um combate, sendo as armas as provas, e o magistrado, o guardião, perante quem se desenrolava a

---

<sup>29</sup> SOUZA, Luiz Carlos Pereira de. *Atitude Interdisciplinar: virtude e força nas realidades cotidianas*, In: A Virtude da Força nas Práticas Interdisciplinares, p. 153-154.

luta. Na Idade Média, o juiz ainda permanecia passivo diante da atuação das partes. Ficava preso às provas trazidas pelos litigantes, não possuindo qualquer iniciativa de buscá-las.

Foi somente com a publicização do processo e com novos meios de prova que o juiz deixou de ser mero espectador, passando a ter iniciativa de buscar e averiguar as provas e determinar a sua complementação, não podendo, porém, nesta atuação substituir a parte, pois poderia comprometer sua imparcialidade, daí ser a atuação probatória do juiz subsidiária, buscando apenas os meios necessários para a instrução da causa.<sup>30</sup>

A palavra "prova", provém do latim *probatio*, que significa, prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, derivando-se do verbo *probare* (*probo, as, are*): provar, verificar, ensaiar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar, segundo RODRIGUES.<sup>31</sup>

Nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título 63), havia uma definição poética sobre a prova. Com efeito, sua redação não enunciava qualquer conceito probante, simplesmente dizia que "a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões". Mesmo assim, tal definição indicava um aspecto da sua finalidade no bojo do processo.<sup>32</sup>

O julgador contemporâneo, sem qualquer resquício de dúvida, deixou de ser um mero espectador do embate das partes, para se tornar um juiz atuante e dirigente do processo. Essa nova postura do magistrado é de extrema relevância em se tratando da prova nas ações investigatórias do liame parental.

Quanto à investigação de paternidade, o código civil, elaborado numa época em que inexistiam técnicas capazes de precisar a paternidade dos indivíduos, adotou a teoria da ficção legal (*pater est quem nuptia demonstrant*).

A Lei em pauta dispõe a respeito da investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento. É importante notar, contudo, que os filhos nascidos no

---

<sup>30</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e Sua Tutela*, p. 98-99.

<sup>31</sup> RODRIGUES, Marcelo A.. *Elementos de Direito Processual Civil*, p. 148.

<sup>32</sup> AMADO, F.A.. *Legislação, Doutrina e Perícia*, p. 125.

casamento não ficam inibidos de manejar ação visando ao reconhecimento do estado de filiação, pois o registro de nascimento pode conter afirmação falsa.<sup>33</sup>

O que leva a aceitar essa hipótese foi o fato de o legislador de 1916 ter disciplinado a espécie a partir da realidade que ele conhecia. Além disso, o passo que se deu no sentido da justiça nas relações entre os filhos fora do casamento e seus pais foi tido, então, por Clóvis Beviláqua, como sendo tímido, e o "Projeto" buscou harmonizar os interesses dos filhos com a dignidade das famílias.<sup>34</sup>

A minguada de base científica, natural que os casos de investigação de paternidade tivessem sido enunciados tendo como fundamento a relação sexual. Com a evolução operada, a reprodução humana passou a ser possível sem o contato sexual, provocando-se a gravidez por aparato técnico-científico.<sup>35</sup>

O grande problema para a negação ou para o estabelecimento da paternidade sempre foi a prova, considerando ser quase impossível produzir a prova direta da conjunção carnal e, ainda, de que dela resultou a concepção. O juiz chegava à sentença, quando fosse o caso, diante da certeza subjetiva, certeza moral, da convicção íntima de que o fato da paternidade é verdadeiro, ou não é, como ensina FONSECA.<sup>36</sup> A questão da prova sempre foi o ponto nodal e doloroso das ações investigatórias de paternidade.

O princípio da liberdade da prova vem estabelecido no artigo 332 do Código de Processo Civil: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa."

Logo, todos os meios de prova são admissíveis nas ações de filiação, inclusive as biológicas. Especialmente as biológicas, pode-se dizer. E o artigo 339 do Código de Processo Civil prevê que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Na prova da filiação, nas ações de investigação de paternidade, até bem pouco tempo, o exame mais comum era a perícia médico-legal. Esta era feita

---

<sup>33</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina jurídica da filiação*, São Paulo, Renovar, 1996.

<sup>34</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, p. 812.

<sup>35</sup> VIANA, Marco Aurelio. ob. cit., p. 255.

<sup>36</sup> FONSECA, Amaldo Medeiros. ob. cit., p. 199.

através da análise de certos caracteres morfológicos externos dos pais e do suposto filho, principalmente da cabeça e suas partes isoladamente: cabelo, fronte, orelhas, nariz, olhos, boca, queixo, dentes, cor da pele e seus pigmentos.

Outro método de verificação da paternidade, leciona o professor ELIMAR SZANIAWSKI,<sup>37</sup> é o da composição das impressões digitais e das palmas das mãos do investigador e do suposto pai. Este sistema desenvolvido na Iugoslávia por Ranko Mazic, se baseia no fato de que as características das impressões digitais e das linhas das mãos são semelhantes em pessoas da mesma família. Apesar das impressões digitais de uma pessoa serem as únicas no mundo, existe uma correlação entre impressões digitais e das palmas das mãos de pais de filhos e também entre irmãos. Segundo estudos de Mazic, a formação dos dermatogrfos das pontas dos dedos dos indivíduos decorrem de transmissão genética e não se submetem a influências externas.

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

Provar, é representar atos passados. Representar, em linguagem forense, significa, tornar presentes, fatos que já se passaram. É também, procurar a verdade sobre o que se discute. E levar ao juiz, a certeza de como um fato aconteceu; é dar ao juiz, elementos para que o mesmo forme a sua convicção.

A prova judiciária, no dizer de MOACYR AMARAL,<sup>38</sup> "visa, como fim último, inculcar no espírito do julgador, a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado". Nessa esteira de pensamento, "a finalidade da prova não é outra senão convencer o juiz, nesta qualidade, da verdade dos fatos sobre os quais ela versa".

A ação de investigação de paternidade é um verdadeiro mar para onde convergem todos os tipos de prova em Direito admitidos.

---

<sup>36</sup> Idem, ob, cit., p. 204.

<sup>37</sup> SZANIAWSKI, Elimar. ob, cit., p. 296-297.

<sup>38</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. ob, cit., p. 93.

Antes de examinar os meios de prova na investigatória, é oportuno discorrer brevemente sobre a prova dos atos jurídicos em geral, estabelecendo conceitos e descrevendo um a um, todos os gêneros de prova.

### 3.4.1. DA PROVA DOCUMENTAL

A prova documental é a mais ilustre das provas e a de maior poder. Pela escritura perpetua-se o ato. O escrito revela a própria declaração de vontade, tal qual a pessoa a concebeu.

O documento (do Latim *documentum*, do verbo *docere*, significando: - ensinar, instruir, mostrar), é todo meio idôneo e moralmente legítimo, capaz de comprovar materialmente, a existência de um ato ou fato. São documentos não apenas os escritos, mas também gráficos (desenhos, mapas, plantas de construções) e a fotografia (CPC, art. 385, §§ 1º e 2º).

PONTES DE MIRANDA<sup>39</sup> definiu documento como sendo "todo objeto suscetível de servir de prova a alguma proposição".

Para MOACYR AMARAL,<sup>40</sup> é "a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em Juízo".

ARRUDA ALVIM,<sup>41</sup> conceitua o documento, como sendo tudo o que é "destinado a fixar duradouramente um fato".

Na concepção de CIRIGUANO,<sup>42</sup> documento é "uma coisa representativa que não pode existir no estado natural, e sim que é produto da atividade humana sobre uma coisa. É pois, um *opus*".

Documento e instrumento não se confundem. O primeiro é a representação histórica de um fato, e o segundo, é o objeto representativo de um ato. Este pode ser público ou particular. Diz-se público, quando consta dos livros e notas oficiais.

---

<sup>39</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco C.. ob, cit., p. 54.

<sup>40</sup> SANTOS, Moacyr A.maral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 115.

<sup>41</sup> ALVIM, Agostinho A... *Aspectos da Locação Predial*, p. 25.

<sup>42</sup> CIRIGUANO, Raphael. *Prova Civil*, p. 103.

### 3.4.2. DA PROVA TESTEMUNHAL

"Na América do Norte, o testemunho singular de uma mulher, é bastante para a multa ou prisão de um homem que acuse lhe haver faltado com o respeito. Nos Estados Unidos. a mulher tem grande prestígio; costuma-se dizer por lá: primeiro: a criança; em segundo a mulher; em terceiro o cão; e por último... o homem!"<sup>43</sup>

A prova testemunhal é aquela que se obtém na produção ou formação do depoimento ou declaração das testemunhas, ou seja, pessoas que conhecem os fatos. Tudo o que pode ser visto ou percebido pelos sentidos, pode ser relatado por quem presenciou ou ouviu.

BATISTA e JOÃO MONTEIRO, citados por HUMBERTO THEODORO JUNIOR,<sup>44</sup> definem as testemunhas, como sendo "as pessoas que vêm a juízo depor sobre o fato controvertido".

JOÃO MONTEIRO, AFONSO FRAGA e JORGE AMERICANO, definiram a testemunha como sendo a "pessoa capaz e estranha ao feito, chamada a juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso."

MOACYR AMARAL,<sup>45</sup> define a testemunha, como sendo "a pessoa distinta dos sujeitos processuais que, convocada na forma da lei, por ter conhecimento do fato ou do ato controvertido entre as partes, depõe sobre este em juízo, para atestar sua existência".

Na ação de investigação de paternidade, a lei admite a prova testemunhal com exclusividade, uma vez que o concubinato, a má fama, as relações sexuais, o rapto, o *plurium concubentium*, são circunstâncias que, normalmente, só podem ser comprovadas através de testemunhas. A convicção do juiz assenta-se nos depoimentos prestados em juízo. A prova testemunhal completa os outros gêneros de prova levados ao processo.

---

<sup>43</sup> TEIXEIRA, Napoleão L.. *Psicologia Forense e Psiquiatria Médico-Legal*, p. 63.

<sup>44</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 13.

<sup>45</sup> SANTOS, Moacyr A.maral. ob. cit., p. 123.

### 3.4.3. DA PROVA PERICIAL

A prova pericial existe, para demonstrar fatos que necessitam de conhecimento especial. É efetuada sempre por um técnico, o perito.

A perícia tem por escopo, perceber fatos, verificá-los e apreciá-los. CARNELUTTI, citado por MOACYR AMARAL,<sup>46</sup> diz que são fatos de percepção técnica e exigem qualidades sensoriais especializadas dos observadores, aliadas a conhecimentos científicos e técnicos.

Há casos em que determinados fatos podem ser percebidos com precisão, apenas por pessoas que possuam determinado conhecimento técnico ou científico. A perícia não visa somente a verificação de tais fatos, mas também, e principalmente, a sua apreciação pelo perito.

É considerada meio de prova direta, porque a justiça faz a apuração imediata dos fatos, perpetuando-as no laudo técnico. A verificação direta, deve ser feita pelo próprio juiz, todavia de ordinário, utilizam-se as disposições do art. 420 do Código de Processo Civil, havendo nomeação de um perito do juízo, pessoa de inteira confiança do juiz, sendo facultado aos litigantes, a indicação de assistentes técnicos.

Por perito leigo, se entende aquele que não é profissional da perícia. De uma forma geral, os peritos que executam os exames de paternidade, são profissionais das áreas médica e biológica. "Experts" sim, todavia, não profissionais da perícia, como o são os dos institutos médico-legais.

A importância da prova pericial pode ser mensurada nas transcrições abaixo:

"Pode o magistrado deferir prova pericial a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento das partes, mesmo em audiência de instrução e julgamento, se entender necessária sua realização, em face do disposto no art. 130, do Código de Processo Civil". (Ag. Inst. – Curitiba – Ac. 8.531 – 1ª Câm. Cív. TJ/PR – Rel. Juiz Rogério Coelho – unânime – j. em 12.05.92).

"Sendo a prova pericial imprescindível, cabe ao Juiz, de ofício, determinar a sua realização, e não, julgar o pedido improcedente por ausência de prova técnica". (STJ – RE 186.854 – PE – Rel. Min. Garcia Oliveira – DJ de 05.04.99) – Boletim Informativo Juruá, 227 – 01 à 10.08.99.

---

<sup>46</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. ob. cit., p. 145.

No tocante a recusa à realização do exame em DNA pelo pretense pai, as interpretações judiciais têm sido as mais variadas. Desde simples indício, passando pela presunção *juris tantum*, com a conseqüente inversão do ônus da prova, até a confissão; nas investigatórias de paternidade a jurisprudência brasileira tem avaliado a recusa sempre de modo desfavorável ao réu.

Vigora, nestes casos, a rigor, a presunção *hominis* de que, quem não tem nada a esconder não perde a oportunidade de provar a sua exclusão de paternidade. Irrecusável, a propósito, parece ser a concepção, proveniente do senso comum, de que o indivíduo ético, diligente e responsável tem interesse em esclarecer tão relevante questão, pois, estando de boa fé, aspira ele próprio a conhecer a verdade.

Houve, porém, quem entendesse que a recusa importa em confissão, sob o argumento de que "a parte que se opõe (à realização da perícia) prevê um resultado desfavorável, o que equívale, implicitamente, a confessar", em especial quando a recusa configura desobediência à ordem judicial de realização do exame pericial. (Ap. Cív. TJSP nº 225.649, ,j. em 07.12.94, Rel. Des. Fonseca Tavares. Em igual sentido, da lavra do mesmo relator, a Ap. Cív. nº 60.097, ,j. em 04.09.85, *in LEX* 99/35)

Na doutrina, ao contrário, considerou-se que a recusa pode apenas ser interpretada desfavoravelmente ao réu, "jamais porém traduzida em prova cabal, ou confissão, tendo em vista que a perícia hematológica é apenas um meio de prova complementar e não um fundamento da sentença."<sup>47</sup>

Quanto a condução coercitiva do suposto pai biológico para coleta de material genético o STF decidiu, em novembro de 1994, por maioria de votos (6 a 4), que ninguém poderia ser obrigado a submeter-se a exame pericial com a finalidade do estabelecimento da paternidade biológica. O acórdão foi assim ementado:

"Investigação de Paternidade – Exame DNA – Condução do Réu `Debaixo de Vara`. Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique

---

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Paternidade e sua Prova*, p.121.

determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório `debaixo de vara`, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF – HC 71.373-4 RGS – Tribunal Pleno – Rel. p/ o acórdão: Min. Marco Aurélio – j. 10.11.1994 – v.m. – DJ 22.11.1996).

O aspecto mais extraordinário desta decisão é o teor dos votos vencidos. Como afirmou o Ministro CARLOS VELLOSO “o direito de conhecer o seu pai biológico se insere naquilo que a Constituição assegura à criança e ao adolescente: o direito a dignidade pessoal.”

Através da técnica do DNA, basta um fio de cabelo, meros vestígios de sangue, ou uma simples gota de saliva. O sacrifício imposto ao pretense pai é, como declarou em seu voto o Ministro FRANCISCO REZEK, de “considerar-se risível.”

A guisa de informação, esta temática nas legislações além-mar recebe tratamento distinto. Na França e na Alemanha existe a obrigatoriedade da realização do exame, porque lá a sujeição da integridade do indivíduo está num plano inferior ao interesse coletivo decorrente da ordem pública, considerando que a coletividade não é obrigada a suportar a criação e a manutenção dos filhos a ela abandonados. Nessas culturas jurídicas, a recusa, dentro do princípio da proporcionalidade, não prepondera sobre a tutela da personalidade. Desde os anos 50, a justiça alemã considera que não ofende à dignidade, vida e segurança da pessoa a coleta de pequena amostra de sangue.<sup>48</sup>

A prática alemã poderia ser útil ao Brasil, pois se saber a sua origem é realmente direito fundamental da criança, parte de sua personalidade, a corrente jurisprudencial que considera violação de direito fundamental do pai ao retirar-se coativamente seu sangue, encontra aqui um conflito de direito constitucional do mais alto quilate. No sopesamento destes conflitos de igual hierarquia deve sempre prevalecer o direito daquele mais fraco não relação.

De há muito, tem-se esperado, por parte do legislador ordinário, uma posição mais firme no tocante às causas relativas ao direito familiar. De há muito, era

---

<sup>48</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro*. In: *Grandes Temas da Atualidade: DNA Como Meio de Prova de Filiação* p. 43.

esperado, do legislador constituinte, uma posição mais efetiva para assegurar o direito fundamental da criança em conhecer sua origem, porção da formação de sua identidade, de sua personalidade, fato que ficou no esquecimento quando da feitura da carta constitucional, ora em vigor.

#### **3.4.4. DA PROVA TÉCNICA**

As provas técnicas são oriundas de processos mecânicos e na investigação de paternidade, são as responsáveis por grande maioria de indícios, valendo como início de prova. Assim é que são consideradas, a reprodução de voz por gravadores eletrônicos; exibição de película cinematográfica; o vídeo-tape, o vídeo-disco; a fotografia em papel e celulóide. O Direito não nega o valor de tais provas, que são recebidas, não obstante, com certas reservas.

Neste sentido, acórdão do TJPR:

“A gravação de som, feita diretamente ou pela conjugação ao aparelho telefônico, se por um lado, tem o poder de fixar as conversas e depois reproduzi-las, na vivacidade dos diálogos, pode prestar-se a deturpações no conteúdo original, supressão de trechos, enxertos de declarações feitas com vozes semelhantes ou iguais, que se podem processar sem deixar vestígios. A prova através desse meio é aceitável somente quando for plena, total e completa, contendo todos os elementos necessários, de modo a não deixar dúvidas. Mesmo assim, deve o juiz revestir-se da maior cautela ao apreciá-la. De ordinário, requer-se um Perito para efetuar a transcrição escrita do conteúdo da gravação, que poderá ser melhor apreciado. A gravação magnética admitida como meio idôneo de prova é a não obtida clandestinamente - art. 332 – CPC (Ag. Inst. 252/85 - Curitiba - Ac. 3.496- 1ª Câmara. Cív. TJPR - Rel. Des. Nunes do Nascimento - DJPR 17.09.85, p. 5).”

### **4. DOS EXAMES GENÉTICOS**

#### **4.1. OS SISTEMAS ERITROCITÁRIO E LEUCOCITÁRIO**

Como a concepção ocorre no interior do corpo da mulher e não admite testemunhas, a única maneira de resolver efetivamente o problema é através de

testes genéticos, em especial, aqueles que se utilizam do sangue para a determinação de paternidade e o respectivo poder de exclusão.

Por razões de cunho emocional, históricas, econômicas, de direitos e benefícios, entre outras, pode se fazer necessário identificar o pai biológico de um determinado indivíduo.

Então, quando a identidade de um suposto pai é incerta, testes laboratoriais podem ser utilizados para fornecer evidências definitivas. Estas podem servir para excluir definitivamente um homem que esteja sendo falsamente acusado de ser o pai biológico, ou, se não for excluído, servirá de base para calcular a probabilidade de que ele realmente seja o pai biológico.

No passado, as provas médico-legais não-genéticas se baseavam no confronto entre os traços fisionômicos do filho e do indigitado pai. A semelhança de ambos era prova indiciária de paternidade.

Esse período de averiguação, meramente morfológica - que constituía-se na comparação sistemática, através geralmente de fotografias padronizadas, da semelhança física entre a mãe, o filho e o suposto pai -, se viu sobrestado pelo desenvolvimento de métodos de investigação da paternidade biológica, a partir de exames hematológicos.

O rompimento com as práticas de então foi balizado pelo sistema eritrocitário, quando Landsteiner em 1902, descreveu o primeiro marcador humano polimorfo (sistema ABO). Neste existem três genes (unidade física e funcional da herança genética) responsáveis pela herança dos grupos que o compõem, que são o A, o B e o O. Isso permite que cada pessoa tenha um dos seis pares: AA, AO, BB, BO, AB, OO, sendo que cada um dos elementos destes pares é originado de um dos genitores.

Posteriormente Von Dungern e Hirsfeld em 1910, demonstraram a hereditariedade dos fenótipos (aspectos externos) e Bernstein em 1924, determinou o processo hereditário dos alelos (formas alternativas do gene).

Configura-se, assim, o desenvolvimento do sistema eritrocitários (ABO; Rh; MNSs; Duffy; Kidd e Kell): grupos sangüíneos humanos identificados nas células vermelhas do sangue (hemácias).

O poder de exclusão do falso pai, combinando-se todos os grupos sangüíneos desse sistema, é de apenas 72%. Por isso, nesta fase a perícia hematológica tinha apenas o efeito excludente da paternidade.

Outro marco importante na investigação de paternidade ou maternidade ocorreu em 1952, com o surgimento do segundo grupo de marcadores polimorfos (uma espécie sob várias formas), método desenvolvido por Jean Dauset, denominado sistema leucocitário, HLA – (Antígeno dos Leucócitos Humanos): grupo de proteínas identificados nas células brancas do sangue (leucócitos).

Tal sistema inaugurou a segunda geração de exames do sangue, elevando a possibilidade de exclusão da paternidade para 92%, o que implicou em grande avanço na determinação da paternidade biológica, haja vista, a probabilidade do suposto pai não excluído ser o verdadeiro, ou seja, esta técnica permite não só excluir um vínculo biológico, mas também afirmar sua inclusão.

Na Alemanha esses mecanismos da hereditariedade entraram como prova de vínculo filial em 1924 e se expandiram a outros países. No Brasil passou a ser empregado somente a partir de 1984.

Não obstante, o advento desses sistemas trazerem para a prova da paternidade certa segurança, esta, ainda quedava aquém da certeza mínima necessária, em se tratando de matéria extremamente complexa.

#### **4.2. O EXAME PERICIAL EM DNA**

Visto que os exames de tipagem sangüínea pelo sistema eritrocitário (ABO, Rh, MNSs) e o sistema leucocitário (HLA) são mais precisos e eficientes em casos de exclusão, restava ainda, dúvidas a respeito da inclusão da paternidade biológica.

A afirmação ou exclusão do pai biológico, com margem de erro insignificante, somente foi possível com a utilização da impressão genética digital do DNA, ocorrida recentemente.

Os primeiros estudos da genética molecular, e sua utilização para a determinação da identidade tiveram início em 1953, com a descoberta da estrutura

de dupla hélice do DNA<sup>49</sup> (ácido desoxirribonucléico) componente responsável pela herança genética de todos os seres vivos, pelos cientistas James Watson e Francis Crick.

Alec Jeffreys, em 1985, descobriu as impressões genéticas, provando ser possível determinar a identificação de padrões característicos de cada indivíduo com precisão superior a 99,999999999%, denominado-as de impressão digital do DNA.

A descoberta do exame em DNA revolucionou o mundo da ciência, fazendo repercussão, evidentemente, no mundo jurídico, atravessando fronteiras, transpondo mares e montanhas, e fazendo morada no coração daqueles que procuram ver reconhecida a tão sonhada paternidade. É claro que, no início, no Brasil chegou apenas a notícia da descoberta, e todos aqueles que possuíam ações investigatórias em andamento, ou que pretendiam ingressar em juízo com pedido idêntico, e que, por certo podiam pagar o elevado custo da realização do exame de DNA, tinham seu material genético colhido em laboratórios idôneos no Brasil, e em seguida eram encaminhados aos Estados Unidos, para ser analisado em laboratórios credenciados, equipados com tecnologia de primeiro mundo.<sup>50</sup>

Contudo, o lapso de tempo entre a coleta, remessa do material genético aos Estados Unidos e seu retorno ao Brasil, era muito demorado e complicado, além de vir em idioma diverso do nosso.

Por fim "a rainha das provas", na investigatória de paternidade, chegou em nosso país. Na sua produção o estudo genético leva em conta um mínimo de 12 locos (regiões do cromossomo) de microssatélites. Estas regiões referem-se a um pequeno trecho dentro de todas as informações contidas em nosso código genético (DNA).

---

<sup>49</sup> O DNA situa-se no núcleo de todas as células do corpo humano, apresentando semelhanças típicas entre pessoas biologicamente relacionadas. Isto se deve ao fato de que sempre parte do DNA de um indivíduo é herdado de seu pai biológico e outra parte é herdada de sua mãe biológica. Por isso o DNA funciona como uma marca registrada da herança genética das pessoas e, como detentor da bagagem hereditária de todos os seres é natural que venha a ser o melhor recurso para o esclarecimento definitivo de paternidade nebulosas. (RASKIN, Salmo. *Manual Prático do DNA para investigação de paternidade*, p. 14.)

<sup>50</sup> SALZANO, Francisco M.. *A Genética e a Lei - Aplicações à Medicina Legal e à Biologia Social*, p. 130.

Já se conhece o endereço destas informações em nosso DNA, que é o mesmo em todas as pessoas. Ocorre porém, que cada pessoa pode ter um tamanho diferente deste trecho de DNA, denominado polimorfismo.

Quando uma nova pessoa é gerada recebe, para cada característica genética, sempre duas informações: uma que herda do pai biológico e outra da mãe. Às vezes herdar-se informações iguais de nossos pais, mas isto não quer dizer que eles sejam iguais, pois se está olhando para apenas uma das milhares de informações contidas em nosso DNA.

Por isso, para cada microssatélite (pequeno trecho de DNA) estudado, poderemos ter duas informações diferentes (seremos então heterozigotos), ou duas informações iguais (seremos então homozigotos).

A exceção do gêmeos idênticos, não existem dois indivíduos com seqüências de DNA iguais. Irmãos que têm o mesmo pai e a mesma mãe, têm apenas 50% do seu material igual.

Ao tamanho do trecho de DNA estudado em cada microssatélite dá-se o nome de alelo (formas alternativas do gene). Estes alelos são finitos na população humana e para cada um deles existe uma freqüência, que é o número de vezes em que aparecem na população. Ou seja, indica qual o percentual de pessoas que possuem tal alelo.

Num exame de paternidade de rotina, analisa-se três pessoas: a mãe, o filho e o suposto pai. Para cada um deles se estabelecem os alelos ou informações genéticas e indica-se a freqüência deste alelo na população brasileira. Quanto maior a freqüência maior o índice de confiabilidade.

Extraído o DNA dos envolvidos, o da mãe e o do filho são cotejados primeiro. Como o filho herda apenas parte do material genético de sua mãe, a comparação deve mostrar uma igualdade entre a mãe e o filho para apenas um dos segmentos. Sabendo-se qual parte do DNA da criança veio da mãe, indica automaticamente que segmento de DNA ela deve ter obrigatoriamente recebido do pai biológico. Este, por sua vez, tem seu DNA comparado com a peça paterna obrigatória do filho e, havendo a paridade em diversas seções do tecido genético, resultará na conclusão positiva da paternidade.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> RASKIN, Salmo. ob. cit., p. 21.

Se nesse confronto, de cada uma das 12 informações (microsatélites) estudadas, o filho tiver herdado uma “peça” da mãe e a “peça paterna obrigatória” do suposto pai, tem-se uma inclusão de paternidade.

Porém, se em 2 microsatélites, no mínimo, forem encontradas informações no filho que não estejam presentes no suposto pai, podemos então, concluir pela exclusão de paternidade.

Assegura SALMO RASKIN<sup>52</sup> que:

“se o suposto pai possui esta peça em uma das localizações específicas, o indivíduo será considerado pai biológico em potencial; se tiver estas peças em todas as localizações específicas estudadas, será considerado, sem sobra de dúvidas, pai biológico. Para excluir um indivíduo de ser o pai biológico, é preciso demonstrar que ele não tem a peça paterna em um mínimo de 2 pontos situados em cromossomos diferentes. Se em pelo menos 2 das diversas regiões analisadas a peça paterna obrigatória do filho não bater com nenhuma das peças do suposto pai, esse certamente não é o pai biológico.”

Nos exames de DNA a resposta tem uma probabilidade de, no mínimo, 99%, podendo chegar a 99,9999% (999.999 acertos em 1 milhão de inclusões ou 1 erro em um milhão) que é o melhor índice que a tecnologia científica pode oferecer. No Gene Núcleo Genética Médica, de Belo Horizonte, laboratório pioneiro na América Latina, tendo já realizado mais de 20 mil testes, o índice de confiabilidade assegurado é de 99,9999%. No LDD, da UERJ, as rotinas estabelecidas oferecem um grau de certeza sempre superior a 99,999% (correspondente a 1 erro em 100.000).<sup>53</sup>

Nos Estados Unidos, mais de 95% dos testes de Paternidade são feitos unicamente pelo DNA. O próprio custo do exame de DNA já é igual ao do exame de HLA. Porém, a maior vantagem, sem dúvida, é a precisão do exame do DNA. A tipagem sanguínea ABO só consegue excluir 13<sup>54</sup> em cada 100 indivíduos falsamente acusados e o HLA, nos melhores laboratórios do mundo, só consegue excluir 95 em cada 100 indivíduos falsamente acusados. O DNA exclui 100%, e uma

---

<sup>52</sup> RASKIN, Salmo. ob. cit., p. 28.

<sup>53</sup> FAGUNDES DE CARVALHO, Elizeu. *Identificação Humana por DNA: aplicação na Pesquisa de Vínculo Genético e na Investigação Criminal*, In: I Simpósio Internacional de Identificação Humana por DNA, Rio de Janeiro, 1998. mimeo.

<sup>54</sup> Dentro do sistema eritrocitário a combinação do grupos sanguíneos (ABO+Rh+MNSs+Duffy+Kidd+ Kell) eleva o poder de exclusão de paternidade para 72,00%.

não-exclusão em exame de DNA por P.C.R. automaticamente significa uma inclusão com probabilidade de paternidade altíssima.

Além disso, os métodos de exame em DNA requerem quantidade menor de sangue do que os testes de paternidade tradicionais, além de que as células do sangue não precisam permanecer vivas do momento da coleta até o início da fase analítica como no caso do HLA. Isto torna o procedimento de coleta mais rápido e ordenado, principalmente em bebês e crianças. Não há limite de idade para a análise de DNA. Pode ser feito em bebês, recém-nascidos ou ainda durante a gravidez. O exame em DNA pode ser feito com sangue tirado há semanas, meses ou até mesmo anos. Isto porque o DNA é uma molécula estável e pode ser extraído e congelado por períodos prolongados, dando maior flexibilidade ao exame e permitindo fazer o teste na ausência de pessoas-chaves, como por exemplo a mãe e o próprio suposto pai. Também é possível testar avós, irmãos e outros filhos quando o suposto pai está morto ou não se dispõe a fazer o teste.<sup>55</sup>

A confiança dos Tribunais no exame de DNA pode ser demonstrado pelos seguintes acórdãos:

"Exame genético pelo DNA tornou obsoleto todos os demais sistemas existentes. É o auxílio científico para a solução de um dos mais graves e subjetivos dramas do judiciário, a investigação de paternidade. Antes eram, a apreciação subjetiva da prova testemunhal, os arcaicos exames de sangue; hoje, a certeza objetiva, científica." (TJSP, 7ª CC., Ap. Civ. nº 206.305-1/8, rel. Des. Godofredo Mauro, j. 18.05.1994).

"No tocante à investigação da paternidade, imerece provimento o apelo, posto que com o resultado positivo do DNA, não há mais o que se discutir, em vista da credibilidade do exame de ácido desoxirribunucleico, atestada reiteradamente pelos Tribunais. (...)De acordo com a doutrina de Fernando Simas Filho, "a Convenção Internacional considera PRP [probabilidade relativa de paternidade] entre 90% e 94%, como paternidade provável; entre 95% e 97%, como paternidade possível; entre 97,1% e 99%, como fortíssimo indício de paternidade; e acima de 99%, como paternidade! *In casu*, a probabilidade da paternidade demonstrada no exame, em índice superior a 99%, autoriza a afirmação de que o réu é realmente o pai da acionante, conforme a sentença objurgada havia declarado." (TJSC, Ap. Civ. nº 97.013361-8, 4ª CC., rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 20.04.1999).

---

<sup>55</sup> RASKIN, Salmo. *Validade da Técnica de PCR-STR na Determinação de Paternidade em DNA*, p. 45.

MORAD AMAR<sup>56</sup>, discorrendo sobre a eficácia do exame ora em comento, assevera que:

"...em face da viabilidade da determinação do DNA, os métodos de identificação empregados até hoje não têm mais razão de prosseguir", arrematando, logo em seguida: "Para muitos, a investigação de paternidade pelos métodos ainda em vigor é até ofensiva diante do que representa a identificação pelo DNA."

SIMAS FILHO<sup>57</sup>, no mesmo sentido, comentando o grau de confiabilidade da citada espécie de prova científica (DNA), observa que tal exame:

"É definitivo, porque não deixa qualquer margem de dúvida. Ele é a resposta positiva aos sonhos de LANDSTEINER, e às manifestações nesse sentido por autores como AFRÂNIO PEIXOTO, ARNALDO AMADO FERREIRA, BARBIER, RACE, BREWER, OSWALDO PATARO MOREIRA e outros. E prossegue: "Esse exame pode ser efetuado determinando as seqüências de aminoácidos, em um par de alelos (locus simples), ou em diversos pontos e regiões dos cromossomos (locus múltiplo). No primeiro caso, é necessária a análise de diversos locus simples, para atingir a mesma potencialidade de dois loci múltiplos. Em qualquer dos casos, o resultado é a exclusão ou a confirmação da paternidade, com 100% de certeza. A única diferença, é que no primeiro caso - locus simples - o resultado é fornecido em probabilidade de paternidade, com freqüência acima de 99%; no segundo caso, o resultado afirma ou nega a paternidade!"

ANETE TRACHTENBERG,<sup>58</sup> bióloga e mestre em genética, traça importantes considerações sobre o DNA:

"...o teste de DNA é de importância vital, nos casos inconclusivos (pelos marcadores tradicionais) ou frente a uma situação indefinida e complexa, como nos casos onde um dos genitores é falecido, ou ainda quando o possível pai reluta em aceitar um resultado de inclusão de paternidade. As técnicas oferecem 100 % de segurança de que determinado homem não é o pai de uma criança. Mas nenhum exame garante certeza absoluta de que um suspeito seja realmente o pai. O índice de confiabilidade nesse caso (inclusão de paternidade) varia entre 99% a 99,9999%. O ideal ao se testar a paternidade duvidosa, é alcançar o que a ciência tem de melhor a oferecer, uma probabilidade de paternidade igual a 99,9999%."

---

<sup>56</sup> AMAR, Ayush M. *Investigação de Paternidade e Maternidade do ABO ao DNA*, p. 169.

<sup>57</sup> SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*, p. 113.

<sup>58</sup> TRACHTENBERG, Anete. *O Poder e as Limitações dos Testes Sangüíneos na Determinação de paternidade*, vol. 63, p. 329.

O poliformismo molecular do DNA suplantou definitivamente as provas hematológicas, sendo usado freqüentemente nos Tribunais, conjuntamente às provas tradicionais, substituindo o velho ditado *romano mater certissima pater semper incertus*, pela assertiva *mater et pater certa sunt*.

Por outro lado, entende-se que a análise do DNA é a prova de maior futuro no momento e que, em muitas ocasiões, ela mostrou-se importante. Outra coisa, no entanto, é considerá-la infalível e absoluta ou tornar o julgador prisioneiro de seus resultados. É perigoso substituir seu juízo de valor por uma única prova, cujo resultado permite uma certa margem de erro.

#### **4.3. O CONTROLE NA MANIPULAÇÃO DE TECIDO GENÉTICO**

As questões ligadas ao emprego das técnicas de engenharia genética eram regulamentadas pelos próprios profissionais da área biomédica, através de normas elaboradas por Comissões de Ética em estabelecimentos hospitalares ou Conselhos de Medicina. A expansão das novas biotecnologias, cumulativamente com o aumento de demanda, em particular pelo exame pericial em DNA, revelou ser o sistema de controle profissional insuficiente, porquanto as novas técnicas passaram a alcançar direitos fundamentais dos indivíduos. Vai daí a necessidade da fiscalização migrar para a esfera jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 8.974/95<sup>59</sup> (Lei da Biossegurança) veio regulamentar o artigo 225, parágrafo 1º, incisos II e V, da Constituição Federal, que dispõe sobre os direitos de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a incumbência do poder público de preservar a integridade e a diversidade do patrimônio genético. A referida lei, além de estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização das técnicas de engenharia genética, definiu no artigo 13 as hipóteses de criminalização em matéria

---

<sup>59</sup> "Art. 1º. - Esta lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, circulação, comercialização, consumo, liberação e descarte de Organismo Geneticamente Modificado (OGM), visando proteger a vida e a saúde do Homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente."

de manipulações genéticas, tendo em vista a tutela do bem jurídico vida e saúde do homem e o meio ambiente.

Criou também, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) que está vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia. Sua competência está elencada no artigo 2º do Decreto 1.752/95, e compreende, entre outras incumbências, o acompanhamento do desenvolvimento do progresso técnico e científico da biossegurança no país; a fiscalização das atividades de empresas de engenharia genética; o estabelecimento de normas e regulamentos atinentes a projetos que empreguem organismos geneticamente modificados e a emissão de parecer técnico prévio sobre a liberação no meio ambiente desses organismos.

Aspecto relevante desta legislação é que ela protege a saúde dos homens, animais, vegetais e do meio ambiente sem hierarquizar a proteção, como assevera LEME MACHADO.<sup>60</sup> A Lei de Biossegurança regulamenta todos os procedimentos laboratoriais que envolvam qualquer tipo de DNA, seja humano, animal, vegetal, transgênico e até mesmo quimeroplástico.

Observa ANETE TRACHTENBERG,<sup>61</sup> que em se tomando as devidas precauções no controle de qualidade o exame em DNA é cientificamente seguro.

“a realidade dos países desenvolvidos vem mostrando uma necessidade urgente de normatização das técnicas e regulamentação dos laboratórios forenses no Brasil. (...) Um trabalho produzido pelo U. S. Congress Office of Technology Assessment (1990) concluiu que identificações baseadas em DNA eram cientificamente válidas desde que a tecnologia utilizada fosse apropriada e controles de qualidade implementados. (...) Observando-se os questionamentos das sociedades internacionais, verifica-se uma preocupação idêntica de alguns juristas e cientistas brasileiros. No início, nos EUA ninguém questionava a tecnologia do DNA ou a qualidade dos exames. Atualmente, o credenciamento dos laboratórios forenses nos EUA está sob controle do FBI, que introduziu uma técnica padrão nacional para obter resultados comparáveis entre eles.”

No Brasil, em que pese não haver uma fiscalização adequada aos laboratórios clínicos que realizam o exame pericial em DNA, estes, normalmente, seguem as regras determinadas pela American Association of Bloods Banks, o órgão responsável pela regulamentação deste tipo de exame nos EUA. Todavia,

---

<sup>60</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 185.

<sup>61</sup> TRACHTENBERG, Anete. ob, cit., p. 324.

cuidados na escolha do laboratório é fundamental, especialmente no que tange ao perito responsável pelo laudo e no que se refere às perícias de trios, no sentido de que se faça pelo menos dois diferentes tipos de exame, realizando-se o procedimento de confirmação através de metodologia diversa da utilizada no primeiro exame.

Não em vão, neste estágio, registrar os ensinamentos de SALMO RASKIN<sup>62</sup> (Diretor Clínico do Centro de Aconselhamento e Laboratório Genética<sup>63</sup> – Curitiba/PR), ao tratar dos controles de qualidade que obrigatoriamente devem ser adotados pelos laboratórios que manipulam material genético:

“Em absolutamente todos os casos que serão posteriormente enviados a um laboratório de referência, ou que sejam coletados no próprio laboratório aonde o teste propriamente dito será realizado, é imprescindível que se tenha uma série de controles da qualidade do exame, desde a etapa de identificação dos indivíduos, até a elaboração e entrega do laudo. Já no momento da coleta, exigimos sempre a presença de todos os envolvidos ao mesmo tempo, para propiciar a mútua identificação das partes, que através de documentos de identidade com fotografia são identificadas. Neste momento, assinam declarações padronizadas nos autorizando a realizar o exame, declarando não terem se submetido a transplante de medula nem a transfusão sanguínea recente, e deixam uma prova datilográfica (letra e assinatura), datiloscópica (impressão digital de todos os envolvidos, inclusive crianças) e fotográfica + datilográfica (é tirada uma fotografia única, contendo todos os indivíduos, com câmera Polaroid, que revelada em poucos segundos, é oferecida às partes para que assinem e datem). Obtidas estas provas, realiza-se a coleta de sangue (rotineiramente da veia de um dos braços) diretamente em frascos datados e numerados com o código daquele caso específico, já que a partir deste momento os frascos não terão o nome das partes envolvidas, mas apenas um número-código para preservar a privacidade. Feito a coleta em tubo fechado à vácuo, a parte coletada rubrica o tubo, que é então mostrado às outras partes. São colhidos normalmente três tubos por pessoa, sendo que um tubo ficará estocado no Laboratório, e os outros dois seguirão para a extração de DNA por duas equipes independentes do laboratório. Após a extração, e antes do Teste propriamente dito, o DNA de cada indivíduo é testado para seqüências de DNA específico de indivíduos do sexo masculino e do sexo feminino. Obviamente o DNA da mãe deve ter seqüências compatíveis com o sexo genético feminino, o DNA do suposto pai compatíveis com o sexo genético masculino, e o do filho com o seu sexo. Este procedimento é realizado como mais um controle para evitar trocas de amostras, seja na coleta, remessa do material ao laboratório que fará a parte analítica, cadastramento das amostras ou na etapa de extração de DNA. Feita a análise propriamente dita pelos dois grupos independentes do laboratório, as análises e respectivos resultados são enviados ao Diretor do Laboratório, única pessoa a confrontar as análises e responsável final pelo laudo. No confronto das análises independentes, que para serem aceitas devem ser obviamente idênticas, mais

---

<sup>62</sup> RASKIN, Salmo. op. cit., p. 48.

<sup>63</sup> O Laboratório Genética já analisou cerca de dez mil indivíduos que se utilizaram do teste de paternidade por DNA nos últimos sete anos. (Fonte: Dados do Laboratório Genética)

alguns controles de qualidade são feitos, como comparar o DNA do filho e da mãe (teste de maternidade). Caso a análise mostre nos dois exames que o suposto pai não é o pai biológico, o exame é repetido novamente as cegas pelas duas equipes. Cabe aqui ressaltar que um erro técnico-analítico, do tipo troca entre amostras no laboratório, jamais poderá criar uma "falsa inclusão", podendo teoricamente criar uma "falsa exclusão", a não ser que o pai biológico estivesse realizando análises no mesmo laboratório, na mesma época. Os Laboratórios conveniados que coletam e enviam amostras para um Laboratório de referência devem seguir este mesmo ritual rígido, e quando as amostras chegam ao Laboratório de referência, um Fax deve ser imediatamente enviado ao Laboratório conveniado para acusar o recebimento das amostras, aonde qualquer possível violação no kit de remessa é descrito. Quando o laudo fica pronto, este deve ser lacrado e enviado ao Laboratório conveniado, e um Fax deve ser enviado alertando que o laudo deve chegar em 12h a 48 horas. Os laudos devem ser feitos em folhas contendo o Logotipo patenteado do Laboratório, o que dificulta qualquer tentativa de adulteração."

A perícia de determinação de paternidade é um ato médico, fulcrado em capacidade técnica e em capacidade ética. A prática da determinação de paternidade, deve espelhar a medicina como um todo pautando seu trabalho, de acordo com os princípios éticos fundamentais.

"De acordo com o princípio da autonomia, os testes de paternidade, deverão ser estritamente voluntários e a informação resultante deles, deve ser absolutamente pessoal. Segundo o princípio da privacidade, os resultados dos testes genéticos de determinação de paternidade de um indivíduo, não poderão ser comunicados a nenhuma outra pessoa, sem consentimento expresso. O princípio da justiça garante que o perito se manterá absolutamente imparcial na avaliação científica dos resultados dos exames de paternidade realizados por ele, independente da identidade das pessoas envolvidas. O princípio da igualdade rege que todas as perícias serão tratadas com igual seriedade, sem qualquer consideração de classe sócio-econômica, origem geográfica, raça e religião. Finalmente, o princípio da qualidade deve assegurar que todos os exames de paternidade serão feitos com a tecnologia mais moderna disponível e que os laudos de paternidade oferecidos, terão confiabilidade absoluta."<sup>64</sup>

Por outro lado, adverte o perito médico GILBERTO BOEIRA,<sup>65</sup> da necessidade de uma revisão crítica do perfil de DNA como prova judicial. Expõe que alguns cientistas mais escrupulosos começaram a esmiuçar a metodologia utilizada e seu embasamento teórico e estatístico. Embora sem negar a validade das pesquisas de Alec Jeffreys (inglês que padronizou a identificação de indivíduos pelo

---

<sup>64</sup> PENA, Sérgio Danilo. *O DNA como única testemunha em determinação de paternidade*, p. 68.

<sup>65</sup> BOEIRA, Alfredo Gilberto, *O Perfil de DNA como Prova Judicial, Uma Revisão Crítica*, p. 290.

DNA) e de outros estudiosos, puderam constatar que a técnica apresentava inúmeros senões, que retiravam o caráter absoluto da tipagem de DNA e sugeriam prudência nas conclusões extraídas desse procedimento. E afirma que a determinação do DNA, em casos forenses, podem ter efeitos assaz perversos, levando um inocente à prisão ou imputando-lhe filho alheio e que, diante de um tribunal, o que importa é uma evidência irretorquível, e esta só pode exsurgir de um conjunto de provas concretas, sem margem de erro, o que não é o caso da tipagem de DNA, garante, como comprovado pela experiência norte-americana, "aliás, a maior do mundo".

A experiência humana tem demonstrado que tudo o que revoluciona traz consigo o medo do desconhecido. Não foi diferente com o uso do DNA nas investigatórias de paternidade. Esta metodologia é e será alvo de infundáveis questionamentos por parte dos profissionais que atuam tanto na área de Direito de Família, quanto no âmbito das Ciências Biológicas.

Por detrás desse temor, conveniente frisar, paira a desinformação. Fechar-se ao ignorado é tentar, em vão, manter o *status quo* e obstar o avanço implacável da humanidade rumo a verdade libertadora.

## **5. A PREVALÊNCIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA**

### **5.1. O FORMALISMO INCONSTITUCIONAL**

No atuar da jurisdição, se a sentença não se coaduna com o texto constitucional, demonstra sua feição inconciliatória por contrariar os preceitos fundantes nele legislado. De sorte que esta incompatibilidade de adequação as ordens do Diploma Maior é que conduz à inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade manifesta-se através de preceito normativo ou por ato emanado de autoridade jurídica, que se revelam contrários ou infringentes de regra fundamental da Constituição Federal.

Pressuposto basilar do Estado de Direito é seu vínculo de subordinação ao princípio da supremacia da Constituição, posto que está ligada a vontade estatal estruturada na sua concepção orgânica e assentada nos valores sociais, econômicos, jurídicos e culturais que lhe dão conformidade. Desse modo, o princípio determinante da ação do Estado é uma consequência direta de força normativa emanada da Constituição, enquanto mandamento fundamental da ordem jurídica.<sup>66</sup>

Segundo PAULO OTERO:

"Os actos jurisdicionais, isto é, que sejam praticados por um juiz no exercício das suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos, que violem direitos absolutos ou os demais direitos fundamentais e a essência dos princípios integrantes da Constituição material não são actos inexistentes, meras aparências, antes se assumem como verdadeiras decisões jurídicas inconstitucionais."<sup>67</sup>

Nesse mesmo viés GOMES CANOTILHO<sup>68</sup> que, segundo lembra, uma vez concretizada a inconstitucionalidade, esta pode ser objeto de recursos:

"A verdade, porém, é que podem configurar-se hipóteses em que uma decisão judicial ofende diretamente a Constituição, podendo entender-se não serem meios de defesa bastantes os recursos ordinários que caibam no caso (se é que a decisão em causa ainda admite recurso). É por isso que alguns ordenamentos constitucionais prevêm a possibilidade de recursos para o TC nessas hipóteses, sobretudo quando se trata de casos respeitantes a direitos fundamentais (é o caso do *Verfassung Sbeschwerde* alemão e do recurso de amparo mexicano e espanhol)."

Face tal perspectiva, mostra-se dissonante e irracional acolher a tese da coisa julgada com lastro na segurança jurídica, para deferir-lhe carácter absoluto. Os princípios da moralidade, da equidade e da justiça devem ser acentuados como atributos de uma sociedade civilizada. Não é por acaso que o sistema jurídico alemão é considerado um dos mais evoluídos (civilizados) do planeta.

Salienta JUARY SILVA, que o princípio da segurança conformador da coisa julgada, em determinadas circunstâncias, não deve opor-se a idêa da justiça, pois, esta não é um valor absoluto, e no contraste entre ela e a idêa de justiça, esta é

---

<sup>66</sup> MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*, p. 423.

<sup>67</sup> OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, p.

que deve prevalecer. Daí não é preciso mais que um passo no sentido de fazer subsistir a responsabilidade do Estado pelo exercício da função institucional, ainda que isso implique em certa restrição da amplitude do conceito da coisa julgada.<sup>69</sup>

Também a jurisprudência marcha nessa direção, ao declarar o caráter não absoluto da coisa julgada que, segundo TOURINHO NETO<sup>70</sup>, "existe para a segurança de todos, para que haja a estabilidade dos direitos. Todavia esse princípio não pode ser absoluto, cede quando ocorre erro material de decisão, quando ocorre um absurdo."

Nas palavras de DINAMARCO:

"É inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional."<sup>71</sup>

Digno de registro, estudos no sentido de comprovar a admissibilidade de se recorrer a uma ação autônoma de impugnação contra a coisa julgada, no intuito de consolidar entendimento segundo o qual não é absoluto o princípio da imutabilidade da *res judicata*.

PAULO OTERO, mesmo colocando em relevo a importância do princípio da segurança jurídica não descarta a possibilidade da impugnação da coisa julgada, porque se o princípio da constitucionalidade determina a impossibilidade de qualquer ato normativo se consolidar na ordem jurídica, "tal facto poderá fundamentar a possibilidade, senão mesmo a exigência, de destruição do caso julgado desconforme com a Constituição."<sup>72</sup>

DINAMARCO, propõe um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar injustiças flagrantes. Assevera que a

---

<sup>68</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*.

<sup>69</sup> SILVA, Juary C.. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais*, p. 170.

<sup>70</sup> TRF 1ª Região. Ag. nº 2001.01.00.003239-9-DF, Rel. Juiz Eustáquio da Silveira. Dec. Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto, em 29.01.2001.

<sup>71</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit., p. 45.

posição adotada pelo STF é a mesma proposta por Piero Calamandrei de que "o instrumento adequado contra a sentença nula será a ação declamatória negativa de certeza, mediante a qual, sem aportar modificação alguma ao mundo jurídico, faz-se-á declarar o caráter negativo que o conteúdo da sentença trouxe consigo desde o momento de sua concepção."<sup>73</sup>

Por fim, o entendimento de AUGUSTO DELGADO:

"A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado.

Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriunda de regramento processual.

Ora, sendo o Judiciário um dos poderes de Estado com a obrigação de fazer cumprir esses objetivos, especialmente, o de garantir a prática da justiça, como conceber como manto sagrado, intocável, coisa julgada, que faz o contrário?"<sup>74</sup>

Refletindo-se a respeito dessas prestigiosas e abalizadas colocações, deduz-se que a doutrina e a jurisprudência estão posicionando-se ao lado dos princípios constitucionais - fundadores do Estado Democrático de Direito -, e arcabouço de todo o sistema jurídico pátrio. Numa postura de profanação à sacrossanta coisa julgada.

## 5.2. O EXAME EM DNA E A COISA JULGADA

Embora Chiovenda, em 1905, tenha dito que, "em matéria de caso julgado, pouco restava por dizer que não fosse inútil", professa SERGIO PORTO que, "certos temas, nos mais diversos segmentos das ciências, parecem inesgotáveis, eis que os debates em torno dos mesmos jamais se encerram"<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> OTERO, Paulo M. C. da Costa. ob. cit., p. 64.

<sup>73</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. ob. cit., p. 60.

<sup>74</sup> DELGADO, José Augusto. *Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais*. In: Revista Virtual do Centro de Estudos Victor Nunes Leal da AGU. Site: [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br), 27.08.2002.

<sup>75</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*, p. 9.

É o caso da perfilhação. Sendo direito natural e constitucional de personalidade *é indisponível, inegociável, imprescindível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível*, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano. (grifamos)

Na manifestação de ALBERTO BITTAR<sup>76</sup>, os direitos de personalidade são dotados de constituição especial, para uma proteção eficaz da pessoa, em função de possuir, como objeto, os bens mais elevados do homem. "Assim, o ordenamento jurídico não pode consentir que o homem deles se despoje, conferindo-lhes caráter de essencialidade: são pois, direitos intransmissíveis e indispensáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, sob ratos e explícitos temperamentos, ditados por interesses públicos".

A Constituição Federal outorga especial proteção à família, proclamando como dever do Estado assegurar à criança a convivência familiar. De outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) certifica que o direito personalíssimo de reconhecer o estado de filiação é indisponível e imprescritível. O direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai.

O artigo 27 da Lei 8.069/90 – ECA - estabelece o seguinte: "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."

Ao lado da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), existem outros dispositivos constitucionais que precisam ser analisados para a resolução do problema. O primeiro deles é o que estabelece entre os princípios constitucionais fundamentais, o princípio da dignidade humana (art. 1º da Constituição Federal), sendo ele fundamento da República Federativa do Brasil. Conveniente, então, destacar, o exame de AFONSO DA SILVA:<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *O Direito Civil na Constituição de 1988*, p. 48.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular* (estudo sobre a Constituição), p. 145.

"a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito".

Sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade humana, na lição de DAVID ARAUJO,<sup>78</sup> é um dos princípios constitucionais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro. A certeza da paternidade é um dos ingredientes da dignidade da pessoa humana.

Quando se coloca a coisa julgada na questão da paternidade, pode-se afirmar que existem dois direitos fundamentais em colisão, a garantia da coisa julgada e o direito a dignidade da pessoa. Qual deles deve prevalecer? Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, a solução fica por conta da jurisprudência, que realiza a ponderação dos bens envolvidos.

PEDRO WELTER<sup>79</sup>, sustenta que a sentença proferida na ação de investigação de paternidade, enquanto não esgotadas todas as possibilidades probatórias para o alcance da verdade real, dentre elas o exame em DNA, ostentará feição unicamente formal, e não material, resultando daí a possibilidade de revisão sempre que provas melhores forem obtidas.

SIMAS FILHO<sup>80</sup>, dá a dimensão exata da questão: "se é desumano não ter o filho direito à paternidade, injusta também é a declaração de uma filiação inexistente." E, completando, diz:

"Necessário, pois, que a legislação processual atinente à espécie seja urgentemente revista, evitando, assim, a manutenção de decisões judiciais que aberram contra o bom senso e contra a natureza da existência humana, chancelando verdadeiras imoralidades. O juiz, como se sabe, não deve subserviência à lei, mormente àquelas que se lhe afiguram injustas, incidindo, no particular, o pensamento de Viktor Cathrein, expoente da concepção tomista do Direito Natural, para quem o conteúdo moral da norma de Direito é essencial, não podendo ela (a lei) prevalecer contra o valor ético apenas e tão-somente por razões de vigência técnico-normativas ou injunções fáticas. Daí as ponderações que realizou sobre a ação do juiz: 'Se a justiça da lei é apenas duvidosa, o juiz pode, em regra, decidir segundo a lei; se, ao

---

<sup>78</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*, p. 158.

<sup>79</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*, p. 10.

<sup>80</sup> SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*, p. 254.

contrário, a injustiça da lei é manifesta, não pode cooperar em sua execução'. A ordem jurídica natural constitui o limite intransponível da ordem positiva."

Farta a jurisprudência que comunga de idêntico entendimento:

"A paternidade, como um direito indisponível que é, inerente à personalidade civil, deve ser investigada da forma mais abrangente possível. Diante da fragilidade da prova oral, não restando excluída a paternidade pelo exame hematológico e não demonstrada a "*exceptum plurium concubentium*", se afigura imprescindível a realização do exame de DNA para o esclarecimento da verdade. O mister do juiz não é simplesmente o decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito, para tanto incursionando diligências até extraordinárias, subsidiárias, se necessário." (TJSC - AC nº 45.096, rel. Des. Carlos Prudêncio, DJSC 17.04.95).

"A perícia do DNA (sistema de determinação de seqüência de aminoácidos codificados do DNA) e da tipagem HLA (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), é reconhecida de confiabilidade absoluta na determinação da paternidade mesmo após a morte do suposto pai." (TJSC, AC nº 48.433, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJE nº 9.244, de 30.05.95, pg. 09);

"A identificação digital genética do DNA constitui valiosíssimo recurso na distribuição da justiça, rápida e justa, possibilitando considerável economia de tempo e dinheiro." (TJSC, Ap. Cív. nº 36.643, rel. Des. Napoleão Amarante, DJE nº 8347, de 27.09.91, pg. 12).

Com o advento dos modernos exames genéticos a paternidade pode ser provada no percentual de 99.9999%. Logo, edifica-se a tese de que somente ocorre coisa julgada material na ação de investigação de paternidade quando produzidas todas as provas, documental, testemunhal e principalmente a pericial, tendo em vista esse superdireito natural, constitucional e indisponível de personalidade, o qual, é inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano.

Então, somente haverá coisa julgada material quando na ação de investigação de paternidade, forem produzidas todas as provas em direito admitidas, tendo em vista que, conforme AMAR:<sup>81</sup>

"se se trata de direitos indisponíveis, deverá o Juiz orientar-se no sentido de encontrar a verdade real, determinando a produção das provas que entender necessárias. A atuação do ordenamento jurídico interessa a toda a coletividade. Por

---

<sup>81</sup> AMAR, Ayush M. Investigação de Paternidade e Maternidade do ABO ao DNA, p. 195.

esse motivo, admite-se a ampliação dos poderes do Juiz no processo, para a investigação da verdade real, visto que a formal não mais satisfaz ao processualista atento aos fins sociais de sua ciência. O interesse na solução é tanto do Juiz quanto das partes. E não se pode negar que, dos sujeitos do processo, apenas o Magistrado procura uma solução "justa", visto que as partes visam a um resultado favorável aos seus interesses, não se importando com a adequação destes à ordem jurídica estabelecida, preocupação, sim, do Juiz/Estado".

Tais interesses supracitados, por evidente, se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, não se podendo impedir o livre acesso à Justiça para o reconhecimento da filiação face à temporária impossibilidade probatória ou, até, à negligência em subsidiar a formação de um juízo de certeza para o julgamento. Desse modo, impõe-se repensar a solução que vem sendo adotada ante a ausência de probação nas ações de investigação de paternidade.

O que se verificou foi falta de pressuposto ao eficaz desenvolvimento da demanda, ou seja, impossibilidade de formação de um juízo de certeza, o que impõe a extinção do processo nos precisos termos do inciso IV, do art. 267, do CPC. Tal solução, que, tecnicamente, é uma sentença terminativa, viabiliza a possibilidade de qualquer das partes retornar ao Judiciário, munida de melhores e mais seguras provas, para a identificação da verdade no estabelecimento do vínculo mais caro ao ser humano.

Neste rumo, o juízo de BERENICE DIAS:<sup>82</sup>

"... o que descabe é, face à ausência de probação – decorrente quer da omissão do demandado, quer do fato de as partes militarem sob o pálio da assistência judiciária gratuita -, gerar definitivamente a impossibilidade de se buscar a identificação de seu vínculo familiar. (...) Há antecedentes legais. Na ação civil pública (art. 16 da Lei nº 7.347/85) e nas ações coletivas de que trata o Código de Defesa do Consumidor (art. 103), está, de forma expressa, afastada a eficácia *erga omnes* quando a ação é julgada improcedente por ausência de prova, autorizando qualquer legitimado a intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Ainda que ditas disposições seja tidas como verdadeira excrescência ao princípio da estabilidade jurídica, não se pode deixar de invocar como precedentes a autorizarem o afastamento da coisa julgada quando a ação diz com o estado da pessoa."

---

<sup>82</sup> DIAS, Maria Berenice. *Investigação de Paternidade, Prova e Ausência de Coisa Julgada Material*, p. 20.

Ora, se nas ações coletivas em defesa de interesse individuais homogêneos - que cuidam de interesses disponíveis, como os dos consumidores -, as sentenças fazem coisa julgada *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, porque não adotar-se o mesmo tratamento diante de interesses indisponíveis, como os versados em ações de estado.

Um grande acerto em torno da verdade biológica será a conferência da natureza *secundum eventum litis* às decisões jurídicas em ações de estado. O que significa dizer que, enquanto desfavorável aos interesses da filiação, não há que se admitir a assertiva de coisa julgada. Para tanto, desnecessário é o advento de lei nova, bastando que a sensibilidade do julgador se expresse amparada nos recursos hermenêuticos à sua disposição.<sup>83</sup>

Do até aqui exposto pode-se inferir, que somente ocorrerá coisa julgada material, na ação de investigação de paternidade, quando tiverem sido produzidas todas as provas: documental, testemunhal e pericial.

A causa disso, não faz coisa julgada material o reconhecimento voluntário da paternidade no procedimento administrativo de averiguação oficiosa de paternidade, já que não há lide pendente. Não faz coisa julgada material a homologação de acordo de reconhecimento da paternidade na pendência da ação investigatória, mesmo se produzida uma prova pericial, seja porque não houve decisão judicial declarando a paternidade, seja porque nas demandas sobre direitos indisponíveis devem ser produzidas *todas* as provas, documental, pericial e testemunhal, seja porque deve ser reconhecida a verdade real sobre a filiação biológica. Não faz coisa julgada material a sentença de improcedência da ação de investigação de paternidade *por falta de provas*, pois, conforme acima dito, nas demandas sobre direitos indisponíveis devem ser produzidas todas as provas, documental, pericial e testemunhal, devendo povoar nos autos a verdade sobre a filiação biológica.

Além do mais, em direitos indisponíveis, como na ação investigatória de paternidade, não é possível a aplicação dos efeitos da revelia, confissão ou reconhecimento do pedido, porque, repita-se, nos autos deve habitar a verdade real, isto é, a verdade sobre a filiação biológica.

---

<sup>83</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Acertos e Desacertos em Torno da Verdade Biológica*, In: *Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, p. 253.

Em matéria de filiação, o direito ao reconhecimento do estado de filiação não conhece restrições, nem deve ser anulado ou diminuído por preceitos inerentes à tutela genérica da coisa julgada. A coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Rigores formais, historicamente justificados por anseios rotineiros de segurança, não de ser revistos e flexibilizados para que não se subverta a função do processo e não se corra o risco de o instrumental de promoção do direito material se transformar no seu algoz, e na barreira impeditiva de sua verdadeira realização prática.

Os Tribunais, ainda que a fogo de palha, começam a mitigar a forma em face da realidade. É o que se abstrai do seguintes acórdãos:

"A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é o seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real. A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral. O processo não merece ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas." (TJDF, AI nº 2.445/6-4/98, rel. Des. Valter Xavier, j. 12.04.1999, Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3, 1999, p. 107)

"Tendo a autora, sua mãe e o réu se submetido, depois do julgamento, a exame pelo método do DNA, que não foi realizado no processo, e tendo o laudo pericial apontado a exclusão da paternidade, procede a pretensão da autora ver rescindido o acórdão, pois inexistente o liame biológico, havendo claro erro de fato que foi demonstrado pelo documento novo." (TJRS, AR nº 598.508.794, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DOERS 29.03.1999).

"A questão da paternidade é da mais alta relevância jurídica, integrando os direitos de personalidade, constitucionalmente assegurados, não se podendo, nos dias atuais, com a liberalização dos costumes e o avanço da engenharia genética, denegar-se a busca da verdade biológica da filiação, que interessa tanto ao filho quanto ao indigitado pai, sujeitando-se a forte temperamento, por seu anacronismo, a aplicação da norma prescricional do art. 178, parágrafo 3º do Código Civil." (TJGO, AC nº 47.614-9/188, relator Des. Itaney Francisco Campos, DJ 23.02.1999, p. 32).

Em sentido contrário, totalmente desvinculada da realidade contemporânea e da tendência jurisprudencial majoritária, a questionável decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"I - Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. II - Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada". (STJ, Recurso Especial nº 107.248-GO, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 29/06/1998, p. 160).

A ação de investigação de paternidade é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. Diante da segurança jurídica, que se busca com a coisa julgada, tem-se um valor mais alto: o do filho em conhecer o seu pai e este de saber se realmente gerou àquele filho.

Para arrematar, a lição do Ministro do STJ, AUGUSTO DELGADO<sup>84</sup>:

"A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição, nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? A resposta, com certeza é de cunho negativo.

A sentença trântita em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentas, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.

A sentença não pode modificar laços familiares que foram fixados pela natureza."

## 6. CONCLUSÃO

No processo evolutivo do homem, a reprodução humana atingiu proporções geométricas a partir do momento em que o ato sexual deixou de ser uma mera cópula carnal - em que o macho para satisfazer seus instintos subjugava a fêmea -,

---

<sup>84</sup> DELGADO, José Augusto. ob. cit., site: [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br), 27.08.2002.

para se revestir de sensualidade e, principalmente, prazer. Esse momento se deu quando começamos a produzir cultura. A procura constante do homem e da mulher pelo sexo prazeroso, teve como consequência aumento da natalidade; eis que desde então, a mesma história tem se repetido: filhos gerados, não raro abandonados.

Como forma de coibir essa "imoralidade", as sociedades modernas instituíram o casamento, visando à regulamentação das relações entre homens e mulheres, que agora, ligados pelo vínculo do sagrado matrimônio, pautariam-se segundo rígidos padrões morais demarcados pelos Códigos.

No Código Civil brasileiro de 1916, o modelo adotado, autorizava a concepção somente através e no seio do casamento, vetava o reconhecimento da paternidade dos filhos gerados fora do matrimônio, estabelecia que a descendência seria determinada pelo do chefe de família (patrilinear) - resquício do sistema patriarcal, e negava capacidade civil à mulher.

Nesse contexto, o direito civil brasileiro, além de legitimar somente as relações sexuais mantidas na vigência do casamento, realçava os deveres dos cônjuges, como o de fidelidade, que assegurava a certeza da paternidade dos filhos advindos dessa união (*pater is est quem nuptia demonstrant*).

Preocupado com valores de ordem moral, o legislador civilista ignorou que filhos também eram engendrados fora do matrimônio. Tal formalismo inflexível, tornou o Código Civil, nessa questão em particular, totalmente apartado da realidade social, fato este desencadeador de crise no seu clássico sistema. Daí a necessidade de novas previsões legais, com o fito de superar enunciados anacrônicos do Código, erigidos nos primórdios do século passado.

As reclamadas atualizações legislativas, consolidaram-se na edição de microssistemas normativos, dentre os quais, no âmbito do Direito de Família, destacam-se a Lei da Investigação de Paternidade dos Filhos Extramatrimoniais (Lei nº 8.560/92), que autoriza a investigação oficiosa da paternidade, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90 - ECA), o qual assegura direito ao reconhecimento do estado de filiação.

Estes avanços normativos, evidenciaram o liame biológico da ascendência, superaram entraves ao reconhecimento dos filhos e buscaram, no desenvolvimento da engenharia genética, respaldo científico à descoberta da verdadeira paternidade, revogando, desta forma, o parentesco presumido.

Até bem pouco tempo, obstáculo intransponível nas ações investigatórias de paternidade era o da produção de prova robusta e conclusiva. O julgador, antes do aparecimento da perícia genética, dispunha apenas de indícios e presunções, além dos exames hematológicos, dotados de baixo grau de confiabilidade, haja vista, sua eficiência estar adstrita somente à exclusão e não a inclusão da paternidade.

A "certeza quase absoluta" do exame em DNA (99,9999 %), na inclusão da paternidade, tem permitido que processos, antes resolvidos em favor do investigado, por deficiência probatória, sejam atualmente julgados em prol do investigante.

Com o aprimoramento do saber científico, o *pater is est quem nuptia demonstrant*, deixou de ser aceito como presunção absoluta de paternidade, passando a ser permitidas, através de exames periciais de altíssima precisão (HLA e DNA), a investigação e a contestação da paternidade.

A comunhão do Direito com as demais áreas do conhecimento, numa postura multidisciplinar, tem alargado os horizontes da verdade revelada no processo, porque, este novo meio de prova ao somar-se aos indícios levantados através dos métodos tradicionais (provas testemunhais e documentais), possibilitará ao juiz uma decisão alicerçada em certeza que jamais existiu.

O exame de DNA, sem dúvida, revolucionou o Direito de Família. Mas ele não deve ser considerado o único meio de prova. Ou meio probatório absoluto. Embora de importância fundamental, deve ser colocado em seu devido lugar, ou seja, no conjunto probatório. É mais uma prova, não a prova divina, a prova absoluta e única. Toca ao magistrado, a tarefa de valorizar as provas disponibilizadas pelos litigantes.

No entanto, a obtenção do vínculo biológico pode quedar obstada, pela recusa do investigado em colher ínfima amostra de material genético, resistência esta amparada em direitos fundamentais do indigitado pai. Por isso, nas

investigatórias de paternidade, não incomum, ter-se um conflito constitucional do mais alto grau: o direito de dignidade do filho versus o do pai.

Esta colisão de direitos de igual hierarquia, pode ser dissipada pela via dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. É da essência destes princípios, o sopesamento dos interesses envolvidos, devendo sempre prevalecer o de mais urgente efetivação, em detrimento do menos lesivo e de menor sacrifício.

No embate entre o direito de personalidade do pai em não se submeter ao exame pericial, salvaguardando sua incolumidade física no exercício do seu direito de liberdade e o direito do filho, que busca a paternidade biológica, deve prevalecer o do filho, colocando-se assim, maior peso na descoberta do verdadeiro laço genético do que na violação à integridade física do suposto pai, com vistas a tutelar o filho, o qual não pode ser responsabilizado pelo simples fato de ter nascido.

Frente ao notável progresso científico representado pelo exame em DNA, indaga-se: o direito da criança à investigação do seu elo biológico, sem qualquer restrição, teria como conteúdo a verdade real sobre sua ascendência, ou deve restar submetido ao (outrora imprescindível mas hoje desnecessário) jogo de presunções.

Conhecer a ascendência biológica hoje é um direito fundamental da personalidade humana, porque direito à revelação da identidade genética do indivíduo, atributo peculiar, que lhe confere o direito essencial ao nome de família, sem o qual não passaria de um anônimo.

Nesta perspectiva, face a importância das provas científicas dentro do processo, o qual tem por escopo revelar a verdade real, faz eco a tese que pugna pela revisitação de julgados, não fundamentados, também e primordialmente, no critério científico para determinar a paternidade biológica.

Tal proposição, tem por alvo o instituto da coisa julgada no direito de família, em especial nas ações de investigação de paternidade, em virtude das significativas mudanças axiológicas desencadeadas a partir da Constituição de 1988 e o desenvolvimento inegável da engenharia genética.

A garantia fundamental à coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI da CF) não pode ser examinada isoladamente, pois o princípio fundamental da dignidade humana (art. 1º, inciso III da CF) é valor supremo da ordem jurídica e deve ser observado na interpretação das normas constitucionais.

Também o direito fundamental da criança à dignidade, ao respeito e à convivência familiar (art. 227, caput, da CF) precisa ser considerado na solução conflitual entre um princípio e uma garantia constitucionais.

Logo, sendo a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos o princípio da dignidade humana, a única solução aceitável - em obediência ao Texto Político -, é a que relativiza a coisa julgada, permitindo a rediscussão da paternidade nas ações julgadas ao arrepio da prova pericial.

Do exposto pode-se depreender, que somente ocorrerá coisa julgada material, na ação de investigação de paternidade, quando produzidas todas as provas: documental, testemunhal e pericial; pois vital, que nas demandas sobre direitos indisponíveis habite nos autos a verdade sobre a filiação biológica.

Por conseguinte, não produzidas todas as provas (pericial, documental e testemunhal), o investigador poderá anular a sentença mediante ação rescisória, na forma do art. 485, inciso V, do CPC, por violação literal do artigo 130 do mesmo diploma legal, já que, em direitos indisponíveis, o juiz tem o *poder-dever* de determinar a produção de todas as provas e enquanto elas não se apresentarem no autos não haverá julgamento de mérito.

O procedimento pertinente ao trâmite da investigatória de paternidade é o comum ordinário, o qual se enquadra no processo de conhecimento. É parecer da melhor doutrina processualista, que neste processo somente se configurará a coisa julgada material quando a cognição sobre o litígio for plena e exauriente. Indaga-se: como se cogitar de cognição plena e exauriente, em processo que pesquisa a verdadeira ascendência, se a prova pericial não foi produzida. Evidentemente, nesses casos, não há que se falar em coisa julgada, porque contraria a técnica, ao rito e a forma do processo de cognição. E, se oposta ao método, capaz de gerar nulidade insanável, permitidora da revisão em 2ª instância, com a determinação da

diligência (perícia) não cumprida, do recurso especial e até da ação rescisória contra decisão que julgou o feito prescindindo de prova e tamanha relevância.

Sem desconhecer a importância da coisa julgada para a garantia da segurança jurídica, não se pode, no entanto, torná-la uma barreira à persecução da justiça. A exemplo a ação rescisória que excepciona a inflexibilidade da coisa julgada, existe uma mais recente, prevista no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, em que as sentenças fazem coisa julgada *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido. Ora, se se admite uma decisão nestes termos no trato de direitos disponíveis, como são os interesses dos consumidores, por que não dispensar idêntico tratamento aos direitos indisponíveis.

O que se pretende não é desprezar a importância do processo, ao revés, se intenciona reconhecer-lhe a devida função instrumental à concretização dos valores e dos princípios do ordenamento jurídico e não de impedimento à realização do direito material.

É verdadeiro que a segurança jurídica deve ser imposta. Não obstante, essa segurança jurídica dobra-se quando princípios de maior grau hierárquico são violados por ato jurisdicional, visto que, acima do império da estabilidade jurídica deve preponderar o sentimento de justiça e a confiança nas instituições democráticas.

Caso a coisa julgada seja considerada direito fundamental absoluto, estaremos extinguindo por completo o direito ao respeito e à convivência familiar da criança, pois ela jamais poderá descobrir as suas origens e escrever sua história.

Por outro lado, admitindo-se a rediscussão da demanda investigatória, estaremos preservando o direito da criança e apenas arranhando a garantia da coisa julgada, na construção de um Direito mais preocupado com a justiça do que com o formalismo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVIM, Agostinho A.. *Aspectos da Locação Predial*, São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária Ltda., 1966.

AMADO, F.A.. *Legislação, Doutrina e Perícia*, Livraria Melhoramentos, São Paulo: Livraria Melhoramentos, 1987.

AMAR, Ayush M.. *Investigação de Paternidade e Maternidade do ABO ao DNA*, São Paulo: Cone Editora, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1951.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1997.

BOEIRA, Alfredo Gilberto, *O Perfil de DNA como Prova Judicial - Uma Revisão Crítica*, Revista dos Tribunais, 714, abr. 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CIRIGUANO, Raphael. *Prova Civil*, Rio de Janeiro: RT, 1997.

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais*. In: Revista Virtual do Centro de Estudos Victor Nunes Leal da AGU. Site: [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br), 27.08.2002.

DIAS, Maria Berenice. *Investigação de Paternidade, Prova e Ausência de Coisa Julgada Material*, Revista Brasileira de Direito de Família, nº 1, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*, In: Revista da Ajuris: Doutrina e Jurisprudência, v. 27, nº 83, set. 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FAGUNDES DE CARVALHO, Elizeu. *Identificação Humana por DNA: aplicação na Pesquisa de Vínculo Genético e na Investigação Criminal*, In: I Simpósio Internacional de Identificação Humana por DNA, Rio de Janeiro, 1998. mimio.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Investigação de Paternidade*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e litispendência em Ações Coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Recursos no Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira, *O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação*, In: Repertório de doutrina sobre Direito de Família, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 4, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Teoria da Coisa Julgada*, São Paulo: RT, 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MADALENO, Rolf. *A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*, In: Grandes Temas da Atualidade: DNA Como Meio de Prova de Filiação, (Coord.) Eduardo de Oliveira Leite, Rio de Janeiro, Forense: 2000.

MARQUES, Claudia Lima. *Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro*, In: Grandes Temas da Atualidade: DNA Como Meio de Prova de Filiação, (Coord.) Eduardo de Oliveira Leite, Rio de Janeiro, Forense: 2000.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MONTEIRO Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

MOREIRA, José C. Barbosa. *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo*, em *As garantias do cidadão na Justiça*, (Coord.) Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva: 1993.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lisboa: Lex, 1993.

PENA, Sérgio Danilo. *O DNA como única testemunha em determinação de paternidade*, Revista Bioética - Conselho Federal de Medicina, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Paternidade e sua Prova*, São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C.. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

-----. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*, Porto Alegre: Aide, 1996.

RAITANI, Francisco. *Prática de Processo Civil*, 12º ed., São Paulo: Saraiva, 1979.

RASKIN, Salmo. *Manual Prático do DNA para investigação de paternidade*, Curitiba: Juruá, 1999.

-----. *Validade da Técnica de PCR-STR na Determinação de Paternidade em DNA*, Revista Laes&Haes, nº 108, Agosto/Setembro 1997.

RODRIGUES, Marcelo A.. *Elementos de Direito Processual Civil*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2000.

ROENICK, Hermann H. de Carvalho. *A sentença Cível e a Coisa Julgada*, Caderno Ajuris, Porto Alegre, nº 3, 1975.

SALZANO, Francisco M.. *A Genética e a Lei - Aplicações à Medicina Legal e à Biologia Social*, São Paulo: EDUSP, 1983.

SANTOS, Moacyr A.maral. *A Prova Judiciária no Cível e Comercial*, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1994.

-----. *Primeiras linhas de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular (estudo sobre a Constituição)*, São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Juary C. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais*, Revista Direito Público, São Paulo, nº 29, abr/jun 1972.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Acertos e Desacertos em Torno da Verdade Biológica*, In: *Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, (Coord.) Eduardo de Oliveira Leite, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*, 7ª ed., Curitiba: Juruá, 1999.

SOUZA, Luiz Carlos Pereira de. *Atitude Interdisciplinar: virtude e força nas realidades cotidianas*, In: *A Virtude da Força nas Práticas Interdisciplinares*, (Org.) Ivani Fazenda, Campinas: Papyrus, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e Sua Tutela*, São Paulo: RT, 1993.

TEIXEIRA, Napoleão L. *Psicologia Forense e Psiquiatria Médico-Legal*, São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1954.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução*, 20ª ed., São Paulo: Leud, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 32º ed., vol. I, Rio de Janeiro, Forense: 2000.

TRACHTENBERG, Anete. *O Poder e as Limitações dos Testes Sangüíneos na Determinação de paternidade*, In Revista da AJURIS, Porto Alegre, vol. 63, p. 324 a 333, março 1995.

VIANA, Marco Aurélio. *Da ação de investigação de paternidade*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, 4ª ed., vol. 1, São Paulo: RT, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2ª ed., Campinas, Bookseller: 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*, Jornal da Síntese, setembro/98, nº 19. 1998.