

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A UTILIZAÇÃO DO EXAME DE DNA E DA CONTRAPROVA
NAS DEMANDAS INVESTIGATÓRIAS
DE PATERNIDADE**

BEATRIZ DE SOUZA GUERRA

**RIO DE JANEIRO
2017/1º semestre**

BEATRIZ DE SOUZA GUERRA

**A UTILIZAÇÃO DO EXAME DE DNA E DA CONTRAPROVA
NAS DEMANDAS INVESTIGATÓRIAS
DE PATERNIDADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Claudia Franco.

RIO DE JANEIRO

2017/1º semestre

BEATRIZ DE SOUZA GUERRA

**A UTILIZAÇÃO DO EXAME DE DNA E DA CONTRAPROVA
NAS DEMANDAS INVESTIGATÓRIAS
DE PATERNIDADE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Cláudia Franco.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Profa. Claudia Franco

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017/1º semestre

CIP - Catalogação na Publicação

G934u Guerra, Beatriz
A utilização do exame de DNA e da contraprova nas demandas investigatórias de paternidade / Beatriz Guerra. -- Rio de Janeiro, 2017.
60 f.

Orientador: Claudia Franco.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Investigação de paternidade. 2. Filiação. 3. Exame de DNA. 4. Contraprova. I. Franco, Claudia, orient. II. Título.

CDD nº 342.163212

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

AGRADECIMENTOS

“Todo carnaval tem seu fim”. Essa é a frase que lemos nas redes sociais quando algum ciclo se finaliza. E, assim como o carnaval, a faculdade é formada por felicidades, nervosismo, ansiedade e trabalho duro. E para conseguirmos alcançar um bom resultado é preciso que, além de todo nosso esforço e dedicação, tenhamos toda uma estrutura e pessoas que nos amam ao redor. E ao final, nos resta agradecer.

Primeiramente, agradeço aos meus pais que me ensinaram desde criança a ser uma pessoa honesta, dedicada, persistente e a não abandonar os meus sonhos. Eles com toda força de vontade me ensinam todos os dias que o caminho do bem pode não ser o mais fácil, mas é o caminho certo. Eles que olham pra mim com os olhos cheios orgulho e com tanto afeto e me dizem que sempre acreditaram em mim. A conclusão do meu curso tem como principais homenageados meus pais.

Dedico ao meu irmão Bruno que não só me ensinou o caminho a seguir como me acompanhou durante esse tempo. Hoje tenho a honra de dizer que seremos colegas de profissão. Ao meu irmão Fabio por ser meu grande exemplo de persistência. Espelhei-me em você nas horas que estudei durante a madrugada.

A Deus, por sempre estar presente em minha vida, nos melhores e piores momentos.

Não poderia deixar de agradecer também ao meu namorado, André Ribeiro Rosário. Meu amigo e companheiro que não mede esforços para me ajudar e que sempre está ao meu lado me apoiando e me incentivando a seguir os meus sonhos. Você certamente faz todos os meus dias mais colorido.

Aos meus amigos o meu muito obrigada, em especial à Anna Luiza Barreto e Mariana Coelho de Mendonça. Amigas que me ajudaram a enfrentar as situações mais complicadas e que estiveram comigo na tristeza e na alegria.

Agradeço imensamente e de todo meu coração à Priscila de Souza Guerra, pela companhia durante as madrugadas de estudo.

Às pessoas incríveis que passaram pela minha vida profissional e que contribuíram para o meu crescimento e amadurecimento, com destaque para os professores e amigos Sergio Bermudes, Pedro Henrique Carvalho e Rossidélío Lopes. Seus ensinamentos serão de grande valia nesta nova fase da minha vida.

Em seguida, gostaria de agradecer à minha orientadora por toda paciência e conhecimentos compartilhados e pela dedicação durante a elaboração deste trabalho.

Por fim, agradeço à Faculdade Nacional de Direito e a todos os seus funcionários que cooperaram para que eu pudesse chegar até aqui. Com certeza, deixo a faculdade com outra visão da vida e com uma nova bagagem. Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho de monografia tem como objetivo fazer uma crítica à confiabilidade que é imputada ao exame de DNA, que vem sendo cada vez mais utilizado em processos de investigação de paternidade. Expõe-se o questionamento quanto a sacralização dessa prova pericial em prol da análise de todo lastro probatório. Trata-se de pesquisa sobre valoração dada à esse tipo de análise laboratorial e suas possíveis falhas, sem descartar as hipóteses de fraude. Nesse contexto, para uma melhor percepção é apresentado de início breve estudo sobre a evolução histórica da utilização do exame de DNA, bem como a natureza dos exames nas ações de investigação de paternidade. Após, destaca-se os principais meios de prova cabíveis nessa ação e como funciona a utilização do exame no Brasil. Por fim, expõe-se aqui as hipóteses de falibilidade e a necessidade da contraprova em processos dessa natureza. O objeto do trabalho foi baseado nas etapas do estudo em DNA, quando no papel de prova científica em ações que procuram se certificar da existência ou não de vínculo biológico. Dessa forma, a atividade no Brasil, quando comparada com a dos demais países, onde há um cuidado específico para o assunto, constata-se que tal lacuna da lei brasileira torna a prática desta análise laboratorial muito mais suscetível a erros. Evidencia-se, portanto, que o enaltecimento concedido à análise em DNA leva seu conceito de irrefutável e inquestionável. Desse modo não é levado em conta o fato de ser esta uma atividade humana suscetível a erros. Esse "misticismo" gerado em torno da análise em DNA dificulta um entendimento mais condizente com a realidade.

Palavras-chave: Exame de DNA; Contra Prova; Investigação de Paternidade.

ABSTRACT

The present work of monograph aims to make a critique of the reliability that is imputed to DNA examination, which has been increasingly used in paternity investigation processes. It is exposed the questioning about the sacralization of this expert evidence in favor of the analysis of any evidence ballast. It is a research on valuation given to this type of laboratory analysis and its possible failures, without ruling out the hypotheses of fraud. In this context, for a better perception is presented at the outset a brief study on the historical evolution of the use of the DNA test, as well as the nature of the examinations in the paternity investigation actions. Afterwards, the main means of proving this action is highlighted and how the use of the exam in Brazil works. Finally, the hypotheses of fallibility and the necessity of the counter-claim in such cases are exposed here. The object of the work was based on the steps of the DNA study, when in the role of scientific evidence in actions that seek to make sure the existence or not of biological bond. Thus, the activity in Brazil, when compared to other countries, where there is a specific care for the subject, it is verified that such a gap in Brazilian law makes the practice of this laboratory analysis much more susceptible to errors. It is evident, therefore, that the exaltation given to DNA analysis leads to its concept of irrefutable and unquestionable. In this way it is not taken into account that this is a human activity susceptible to errors. This "mysticism" generated around the analysis in DNA hinders an understanding more in keeping with reality.

Keywords: DNA examination; Against Proof; Paternity Investigation.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	DIREITO À PROVA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL.....	15
2.1	Prova documental.....	18
2.2	Documentos eletrônicos	19
2.3	Prova testemunhal	21
2.4.	Prova pericial	23
3.	A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – ANÁLISE HISTÓRICA	25
3.1	Filiação.....	25
3.2	Ação de investigação de paternidade	28
3.3	Consequência jurídica do reconhecimento de paternidade	30
3.4	Princípios tutelados ao caso	34
4.	O EXAME DE DNA NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	40
4.1	Sacralização do exame	42
4.2	Falibilidade e dos índices de erro.....	46
5.	DA CONTRAPROVA.....	52
6.	CONCLUSÃO	56
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo questionar a valorização que tem sido dada aos exames de DNA nos processos de investigação de paternidade. Almeja-se, portanto, discutir a repercussão da sacralização dos exames de DNA nas decisões dos Tribunais, que consideram o referido exame prova absoluta com força de caráter decisório em inúmeras demandas.

Todavia, antes de problematizar o tema, faz-se imprescindível expor uma breve discussão a respeito das modificações sofridas ao longo dos anos, tanto na ciência quanto no âmbito processual.

O DNA é composto por uma dupla hélice, que foi descoberta na Faculdade de Cambridge por Francis Crick e James Watson em 1953. O britânico e o americano descobriram a informação genética capaz de produzir as mais peculiares características do homem, e posteriormente publicaram artigo demonstrando como chegaram a esse descobrimento, hoje considerado como marco zero da biologia molecular.¹

Dessa maneira, chegaram a conclusão que a dupla hélice do DNA é composta por sequência de genes capazes de construir células com funções específicas. Logo, como eram crescentes os questionamentos acerca da evolução humana naquela época os avanços científicos acompanhavam essa expectativa. Desse modo, os estudos do funcionamento do código genético, bem como da herança genética ganharam força e se aperfeiçoaram a fim de preencher as lacunas deixadas pela ciência.

Nesse sentido, o exame de DNA começou a ser utilizado em processos penais para ajudar a desvendar autoria de crimes. Logo, o que antes parecia impossível de se concluir apenas com a utilização de uma prova, começou a ser comprovado mais facilmente com o auxílio das novas técnicas de exame, tornando os famosos crimes sem vestígios mais fáceis de serem investigados.

¹ http://www.cnpt.embrapa.br/biblio/do/p_do44.pdf Acesso em: 20 de maio de 2017

Pode-se dizer que hoje o exame de DNA é considerado principal meio para solução de alguns crimes. Por ter alto grau de conclusão, possibilita descobrir a autoria ou identificar a participação em crimes como o estupro, por exemplo. Ao realizar o exame biológico de fragmentos como sangue, fios de cabelo se chega ao resultado conclusivo com mais certeza do que com apenas provas indiretas.

Fato é que os exames de DNA ganharam espaço no âmbito jurídico por terem demonstrado segurança em sua utilização ao longo dos anos, de modo que a mídia se mostrou um fator principal para que o exame ganhasse credibilidade na sociedade, e essa modalidade de prova pericial foi aderida pelos Tribunais ao redor mundo.

No direito de família, mais precisamente nos processos de investigação de paternidade, o exame de DNA significa uma incansável busca pela verdade biológica, uma procura pela declaração de um resultado científico. Posto isto, o alto grau de exatidão nos exames de DNA, proporciona às partes litigantes no processo a descoberta da existência ou não de vínculos biológicos.

Ocorre que, com o passar do tempo, e com o aumento expressivo da credibilidade dos resultados dos exames de DNA e o consequente sucesso nas declarações de paternidade, as ações dessa natureza cresceram exponencialmente. A acessibilidade e o financiamento pelo Estado possibilitaram que muitas famílias começassem a questionar a paternidade em seus âmbitos familiares.

Para o processo civil brasileiro, a realização do exame de DNA deveria ser apenas uma produção de prova pericial, porém o que se demonstra no direito de família é que o exame de DNA tem demonstrado valor absoluto, isto é, demonstra de maneira inequívoca e inquestionável a verdade dos fatos. Ainda que exista o princípio do livre convencimento do magistrado, pelo qual ele é livre para proferir decisão, desde que fundamente, e apenas fundamente, com base nas provas colhidas.

Nessa perspectiva, se antes do surgimento do exame de DNA o julgador fixava seu conhecimento através de provas indiretas que são chamadas de presunções e indícios acerca de relações afetivas que se formam entre os supostos pais, hoje, o resultado do exame tem o

poder de embasar a convicção do juiz, que dificilmente concluirá seu convencimento com base em provas indiretas enquanto puder se valer do resultado do exame.

A investigação de paternidade, busca a verdade real em detrimento da verdade buscada no processo. Nessa perspectiva, a comprovação científica do vínculo biológico, ainda que seja determinada a paternidade, não terá a proteção jurídica buscada pela sociedade, vez que se acredita que o julgador tem responsabilidade de demonstrar e esclarecer incertezas que por vezes se contrapõem em interesses pessoais.²

Desse modo, a grande discussão que norteia o presente trabalho é: até que ponto a prova científica de DNA deve ser base para o convencimento do magistrado?³ Assim, nas demandas investigatórias de paternidade o exame de DNA pode apresentar fragilidades quanto ao seu resultado, o que deve ser observado pelo magistrado.

É imperial trazer à esse trabalho o conflito latente entre a influência que o resultado de um exame pode trazer para o mundo jurídico e o resultado efetivo que pode proporcionar na vida das pessoas envolvidas. Para isso, será necessário compreender o significado de paternidade, sua concepção jurídica e como sua investigação está ligada à ação civil em que se busca o reconhecimento e fixação de um vínculo biológico entre indivíduos.

É inegável que a prova de DNA obteve papel fundamental nos Tribunais nos últimos anos. A maneira como foi feita a interpretação dos resultados dos exames no processo de investigação precisa ser delimitada, claramente, para que não ocorra desvirtuamento da sua finalidade. Nesse contexto, o conflito é até que ponto se deve confiar no resultado de um exame que vai definir a vida de pessoas que entraram no judiciário em busca de uma única e definitiva verdade.

² “A subdivisão da verdade em ‘formal/processual’ e ‘real’ e não faz sentido, pois é impossível encontrar verdades absolutas tanto dentro quanto fora do processo. Nem sequer as ciências encontram verdades absolutas (excluindo-se aí a religião e a metafísica); elas tratam de verdades relativas obtidas através de um conjunto de informações pesquisadas, baseadas em ideias críveis” (informação verbal). Palestra proferida por Michele Taruffo na IV Jornadas de Processo Civil: homenagem ao Professor Nicola Picardi, Porto Alegre, 30 nov. 2010.

³ Nas lições de Theodoro Junior, “o juiz encontra-se dotado de duas espécies de poder: a de natureza decisória e a de natureza não decisória. Na primeira, há sempre um conteúdo de deliberação ou de comando. Na segunda, há apenas função administrativa, ou de polícia judicial.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990. Vol. 1, p. 243)

Nesse ponto, esclarece-se o que de fato pode ser abrangido pelo exame de DNA e quais devem ser os desdobramentos dos seus resultados no mundo jurídico. O exame de DNA é conhecido cientificamente por ter caráter de exatidão, porém existe um limite para a superavaliação provocada por esse caráter. Limite este que deve estar presente nas ações em que se utiliza esse recurso como meio de prova, e que como qualquer outra, estará sujeita à possíveis fraudes e erros humanos.

Ademais, é imprescindível também, abordar a necessidade da realização de nova prova em alguns casos em que a questão não restou totalmente dirimida. Dessa forma, ao solicitar uma contraprova do exame de DNA, muitos Tribunais entendem que essa produção não é necessária, tendo em vista o resultado satisfatório dos exames de DNA que beiram a 100% de certeza. Porém, esse sentido deve ser mitigado, tendo em vista o valor afetivo que o reconhecimento da paternidade pode trazer para o resto da vida dos envolvidos.

Para tanto, dedica-se a primeira parte as modalidades de provas admitidas no trâmite das ações investigatórias de paternidade e como elas representam a garantia fundamental de se demonstrar o que se alega.

A segunda parte consiste na análise histórica e conceitual do reconhecimento de paternidade e seus desdobramentos. Considera-se sua harmonização com os princípios tutelados pela matéria, no que tange à capacidade de propiciar às partes a segurança e a certeza na maneira como o processo deve ser desenvolvido, com o livre consentimento do magistrado, o qual não deve agir delimitado pelo resultado do exame.

Já a segunda parte busca elucidar como a valorização exacerbada do resultado do exame vem sendo colocado em prática pelos tribunais pátrios, e como tal método pode acabar impedindo o efetivo acesso à justiça por parte dos jurisdicionados.

Por fim, a quarta parte é dedicada às hipóteses em que o resultado do exame de DNA não se faz efetivo, seja ele por fraude ou erro humano. Com a finalidade de questionar a necessidade de outra prova para que as partes possam obter a verdade biológica que procuram com a interposição de ação de investigação de paternidade.

Evidencia-se, portanto, que por mais que o exame de DNA represente um dos maiores avanços da biomedicina, por proporcionar um resultado preciso, não pode ser visto como prova certa e incontestável. O magistrado deve interpretar o resultado do exame de acordo com os princípios que regem o ordenamento jurídico atual, tal como o princípio do livre convencimento, porém sempre deverá atentar para as limitações do homem e da ciência, afinal ela é inexata e sempre sofreu mudanças ao longo do tempo. Por fim, parafraseando Fernando Pessoa:⁴

A CIÊNCIA, a ciência, a ciência...

Ah, como tudo é nulo e vão!

A pobreza da inteligência

Ante a riqueza da emoção!

Aquela mulher que trabalha

Como uma santa em sacrifício,

Com tanto esforço dado a ralha!

Contra o pensar, que é o meu vício!

A ciência! Como é pobre e nada!

Rico é o que alma dá e tem.

⁴ http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3f13dc31-9052-4471-81db-b0a972d52345 Acesso em: 31 de maio de 2017.

2. DIREITO À PROVA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

2.1. Prova documental. 2.2. Documentos eletrônicos. 2.3. Prova testemunhal. 2.4. Prova pericial

A atividade probatória, enquanto argumentação jurídica a ser desempenhada pelas partes exige visualizar a prova não somente como uma atividade negativa mas como um instrumento indispensável à promoção da justiça. Dessa forma, pode-se afirmar que a prova é o argumento mais importante que as partes dispõem para convencerem o juiz de que tem razão.⁵

Tendo em vista a grande significância da produção de provas na busca do direito pleiteado, o direito fundamental à prova se atrela aos demais princípios constitucionais e consiste no poder de produzir provas e ter a oportunidade de participar da sua realização, bem como debater sobre seus resultados.

Esse direito também está ligado ao contraditório, vez que a parte ao exigir uma prestação jurisdicional, deve em contrapartida ter assegurado o direito de produzir provas e o Estado, por sua vez, precisa prestar a adequada tutela jurisdicional que se pleiteia.

De acordo com o art. 369 do Código de Processo Civil:

“As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”⁶

Dessa forma, o artigo dispõe que às partes é reservado direito de empregar todos os meios legais de provas em direito admitidas, que podem ser típicas, quando estiverem previstas em lei ou atípicas, quando a lei não dispuser sobre a sua existência. Ademais, o referido artigo corrobora o princípio do contraditório, no que tange ao grau de influência na decisão judicial que as partes montam ao apresentar seu lastro probatório.

⁵ <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ARTIGO%20-%20Neoprivatismo.pdf> Acesso em: 10 de junho de 2017

⁶ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

Outro ponto que deve ser observado é que o direito à produção de provas também está ligado ao princípio do acesso à justiça, que modernamente não se limita à provocação do judiciário mas representa a saída do labirinto processual em tempo razoável com uma decisão justa. E para que a decisão seja realmente justa, é necessário que as partes produzam provas para contribuir para a convicção do magistrado

É importante frisar que apesar de ser um direito fundamental, não se pode dizer que o direito à prova é um direito de caráter absoluto, vez que ele encontra algumas limitações frente à convivência com outros direitos também fundamentais. Logo, muito embora, o direito a prova seja importante, ele pode ser mitigado quando houver ponderação com outros princípios.

Nesse contexto, o juiz pode, de ofício determinar a produção de provas por meios que lhe assegurem o exaurimento para seu completo convencimento. Assim, em busca da verdade dos fatos o magistrado se imbuí desses poderes para a produção de provas.

Na esfera das ações de investigação de paternidade, os esclarecimentos acerca do instituto da prova, devem ser aplicados a fim de alcançar a compreensão da relevância dos entrelaçados institutos na esfera da relação paterno-filial.

Tendo em vista os valores tratados e o papel que a ação de paternidade tem na vida dos personagens envolvidos na demanda, não há dúvidas de que devem ser dirimidas no curso do processo todas as controvérsias possíveis, de forma que haja a utilização e aproveitamento de todos os meios de prova legalmente admitidas⁷, tais como o depoimento pessoal, a confissão, a prova documental, testemunhal e pericial.

Observa-se então que ações dessa natureza configuram um campo aberto para a produção de todos os tipos de provas, ao passo que é a demanda que mais apresenta dificuldades quanto ao exaurimento probatório, em especial pelos tipos de provas que lhes são peculiares.

⁷ Ressalta-se que o Código de Processo Civil dispõe sobre outros meios de provas, tais como: exibição de documentos, inspeção judicial, entre outros.

Isso se dá porque, segundo ARNOLDO DA FONSECA, o exaurimento probatório não é de conduzir o convencimento do magistrado.

Segundo o autor ainda, “o essencial é que a prova produzida convença da paternidade alegada, apresentando-se estreme de dúvidas”.

E ainda pontua que a:

“... prova resulta, indireta, mas seguramente, do estabelecimento dos seguintes fatos simples: 1) relações sexuais da mãe do investigante com o suposto pai, coincidentes com o período legal da concepção; 2) exclusividade de tais alegações, inferida da honestidade da mulher do esmo período. Além disso, não deve haver incerteza sobre a identidade do investigante, cabendo ao autor demonstrá-la.”⁸

Dessa forma, na investigação de paternidade as provas tem uma função ainda mais decisiva, pois configuram a dependência para a comprovação da filiação. Pode-se dizer que a procedência da ação só emanará quando forem inequívocas, eficientes e absolutas, de maneira que o magistrado seja conduzido a declarar convicto à verdade da filiação.

Em muitos casos, é imprescindível a utilização da teoria da presunção por ser praticamente impossível comprovar que duas pessoas mantiveram relações sexuais, para que possam ser verificados indícios de provas e para que o juiz possa presumir ou não o contato sexual que o casal teve.

Acerca do tema, afirma o professor Caio Mario:

“Será necessário provar que ao tempo da concepção do filho houve relações sexuais entre sua mãe e o suposto pai. Levada a exigência a rigor, ter-se-ia de dar a prova direta do comercio sexual. Como é praticamente impossível, admite-se a prova indireta ou indiciaria. Em se tratando de relações sexuais fortuitas ou ocasionais, o investigante há de se dar a sua prova em coincidência coma concepção, além de evidenciar a honestidade da mulher, cabendo ao juiz apurar os fatos com redobrado rigor”.⁹

Nesse contexto, é correto afirmar que as provas, por fazerem o papel de convencimento do juízo do que se é alegado pelas partes, representam direito fundamental às partes litigantes. Podem ser classificadas como indiretas, quando por raciocínio dedutivo o juiz presume um

⁸ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 1958, p. 396.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 62

fato, e diretas, quando dizem respeito ao fato em si. Ademais, as provas podem ser testemunhais, documentais eletrônicas e periciais, como se verá detalhadamente a seguir.

2.1 Prova documental

Entende-se por documentos: os escritos, as fotografias, os vídeos, os fonogramas, entre outros suportes capazes de conter a atestação de um fato qualquer.¹⁰

Nessa perspectiva, o professor Alexandre Câmara afirma:

“Documentos podem ser públicos ou privados. São públicos aqueles produzidos por um agente público, como um escrivão, chefe de secretaria ou outro servidor público ou, ainda, por um tabelião. Privados são todos os demais documentos.”

O documento público feito por um oficial público incompetente ou que não observe as formalidades legais, tendo sido subscrito pelas partes, equivale, para efeitos probatórios, a um documento particular. Nesse contexto, é indispensável alertar que documento e instrumento não se confundem. Aquele é a representação histórica de um fato, enquanto este é o objeto representativo de um ato, isto é, um produto da atividade humana sobre uma coisa.

Em ações de investigação de paternidade, não há dúvidas de que a prova deverá ser ainda mais robusta, pois a paternidade considerada ou suposta, não é sinônimo de paternidade concreta judicialmente comprovada por critérios objetivos. Só o conjunto de provas que comprovem indícios de elementos seguros que pode levar à declaração de filiação que se busca.

Logo, no âmbito específico das ações de investigação de paternidade, a situação jurídica admite todas as espécies de documentos como meio probatório, seja de cunho público, como as certidões de nascimento, ou partículas, como cartas, bilhetes, declarações, dentre outros.

Ou seja, todos os documentos podem auxiliar na comprovação de um possível envolvimento entre a genitora do investigante e o suposto pai, de forma que o juiz pode motivar seu convencimento com base nesses documentos.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 251.

Há de se considerar que a prova documental, por mais valiosa que seja não poderá trazer em seu contexto a certeza absoluta do vínculo de sangue entre as partes, vez que não contem conteúdo suficiente capaz de provar a paternidade de alguém. Dessa forma, o que pode ser fornecido são os indícios que, dentro de um lastro probatório irão reforçar o convencimento do juiz.

Com o passar do tempo, os documentos foram se transformando em arquivos abstratos, por conta da a modernidade virtual, com pensamentos, hábitos e investimentos focados no desenvolvimento e na aplicação de novas tecnologias. Assim, o ordenamento jurídico passou a aceitar uma nova configuração dos documentos, como forma de adaptação social.

2.2 Documentos eletrônicos

O avanço da tecnologia acarretou a popularização do uso da informática, seguido da expansão da Internet, colocando-se em evidência a utilização do chamado documento eletrônico. O documento eletrônico corresponde a uma seqüência de informações que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato.

Da mesma forma que os documentos físicos, o documento eletrônico não se resume em escritos, podendo ser tanto um texto escrito, como também um desenho, uma fotografia digitalizada, sons, vídeos, ou seja, tudo que puder representar um fato e que esteja armazenado em um arquivo digital. É notável como tal meio de prova pode ser utilizado na ação investigatória de forma extremamente eficiente.

Os documentos eletrônicos têm tratamento específico e diferenciado na lei processual, especialmente por conta de sua produção naquilo que o art. 439 chama de “processo convencional”. Esse artigo estabelece que o documento produzido eletronicamente só será

admitido no processo se for convertido à forma impressa, devendo ser verificada sua autenticidade.¹¹

Existe hoje a técnica chamada de criptografia assimétrica ou criptografia de chave pública, que tornou possível a equiparação, para fins jurídicos, do documento eletrônico ao documento tradicional. Em síntese, pode-se dizer que, com o uso da criptografia assimétrica, é possível gerar assinaturas pessoais de documentos eletrônicos.

A criptografia assimétrica consiste em uma técnica passível de se demonstrar a imutabilidade de um documento depois de sua assinatura, bem como sua autoria. Dessa forma, o documento uma vez alterado perde a assinatura e conseqüentemente valor de prova.

Entende-se, pois, que a utilização de documentos eletrônicos são quase sempre aceitos, seja como forma para se documentar atos jurídicos seja como meio de prova a ser produzido em juízo. Por serem novos no ordenamento, ocorre a ausência de regulamentação específica, então harmoniza-se ao artigo 332, do CPC, e interpreta-se como perfeitamente viável o emprego de documentos eletrônicos como elementos do lastro probatório.¹²

No que tange às provas documentais para a construção do convencimento do magistrado, não há dúvidas de que sozinhas essas provas não terão força para se chegar a verdade real da filiação.

Segundo Alexandre Câmara:

“Os documentos eletrônicos podem ser públicos ou particulares (art. 10 da MP n. 2.200-2/2001), sendo certo que os documentos eletrônicos produzidos com a utilização do processo de certificação da ICP-Brasil se presumem verdadeiros em relação aos seus signatários (art. 10 da MP n. 2.200-2/2001 e art. 219 do CC). Documentos eletrônicos não produzidos com a observância do disposto na Medida Provisória que regulamenta a ICP-Brasil também podem ser admitidos desde que se

¹¹ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23 de maio de 2017.

¹² BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23 de maio de 2017.

utilize algum outro meio de comprovação de autoria e integridade de tais documentos em forma eletrônica, inclusive os que usem certificados não emitidos pela ICP.¹³

Porém, é verdade incontestável de que a utilidade de documentos é ainda muito latente para o deslinde das ações de investigação de paternidade, pois auxiliam o julgador para que profira sua clara e inequívoca sentença.

2.3 Prova testemunhal

Cabe à testemunha trazer ao processo o conhecimento que tenha sobre os fatos da causa. Porém, ninguém será obrigado a depor sobre fatos que acarretem grave dano ao depoente ou a pessoa de sua família ou a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo, conforme o art. 448 do CPC.¹⁴

Quando se fala em prova testemunhal, não se pode deixar de reforçar que será levado à juízo percepção a respeito dos fatos discutidos naquela demandas sob a ótica da testemunha. Dessa forma, o que se pretende é que a testemunha fale objetivamente sobre os fatos e não faça nenhum juízo de valor. Por isso que no momento da audiência é recomendável que as partes evitem fazer perguntas pessoais para as pessoas no rol de testemunhas.

Pode-se falar da existência de três requisitos para a valoração da prova testemunhal. Quais sejam:

- (i) coerência interna do depoimento; o conhecimento direto da ocorrência;
- (ii) o tempo dessa observação e
- (iii) as falhas do testemunho, por deficiência de percepção, memorização, ignorância, dificuldade de reprodução, carência verbal ou algum outro motivo.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op.cit. p. 257.

¹⁴ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23 de maio de 2017.

Considerado um dos meios de provas mais antigos do ordenamento jurídico, a prova testemunhal sozinha é capaz resolver grande parte dos litígios. Pessoas chegadas aos litigantes, em muitas vezes parentes, podem se inclinar a apoiar as alegações por eles produzidas. Embora não seja exigida prova direta das relações sexuais, na ação de investigação de paternidade, é preciso produzir prova dos fatos que originam esta alegação.¹⁵

Muitos doutrinadores reconhecem que o valor da prova testemunhal é primordial. Porém, é preciso que o juiz tenha cuidado ao analisar os depoimentos, porque estes dependem da percepção de cada indivíduo, assim como de sua capacidade de memorização.

Conclui-se que o depoimento pessoal não é apenas uma prova, mas sim um meio de prova, um ato processual, haja vista trata-se de instrumento de provocação de confissão, situação em que o depoente tem liberdade para confirmar os fatos, reconhecendo-os, no todo ou em parte, como verdadeiros ou narrá-los, de forma diversa do alegado pela outra parte, bem como simplesmente ignorá-los.

No caso de ação de investigação de paternidade, a prova testemunhal será produzida em audiência de instrução e julgamento. Caracteriza-se tal prova na reprodução oral de fatos que interessam ao processo, apresentados por terceiras pessoas distintas dos sujeitos da relação processual sobre o que viram, ouviram, noticiaram.

Ainda que o depoimento pessoal, não resulte em confissão de paternidade, pode resultar em meio perceptivo para o juiz, da verdade ou mentira alegada pelas partes, vez que funciona como um sistema de acareação das controvérsias apresentadas no processo.

Logo, quando se estabelece o papel da prova testemunhal nas ações de investigação de paternidade, pensa-se na sua utilização primordial nas ultimas décadas, uma vez que os outros meios de provas não eram acessíveis. Dessa forma, muitas demandas eram

¹⁵ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade, A Doutrina e Jurisprudência - Atualizado de acordo com o Código Civil*, 10ª ed., Curitiba: Juruá, 2010, p. 113.

resolvidas e paternidades declaradas a partir dos argumentos trazidos nas provas testemunhais.

2.4. Prova pericial

São inúmeras as modalidades de perícia disponíveis no CPC. Perícia, que tem por objeto pessoas ou bens móveis, avaliação, que tem como finalidade atribuir valor monetário a algo, vistoria, que se destina a avaliar o estado do bem, o exame, que visa a análise de um bem ou de uma pessoa.

A prova pericial existe para demonstrar fatos que necessitam de um conhecimento especial, de um conhecimento técnico e é realizada sempre por profissionais especializados, que possuem conhecimentos especiais sobre a questão de fato e não pode ser realizada por qualquer indivíduo, apenas pelos denominados peritos.

As modalidades de perícias podem ser classificadas como:

- (i) periciais, quando requeridas dentro do processo por uma parte ou de ofício a requerimento do juiz,
- (ii) extrajudiciais, quando provenientes de interesse particular, portanto ocorrem fora do processo e
- (iii) informais, que não obstante dispensar laudo pericial, tratam-se de perícia judicial.

Qualquer que seja a modalidade escolhida, esta vai requerer um perito, que é especialista em determinado ramo do conhecimento, com formação superior e inscrito em órgão profissional para auxiliar o juiz na sua função jurisdicional.

Alguns autores, como Fernando Simas Filho, entendem que apenas um perito para realização de um trabalho mais minucioso não seria o suficiente para formar a credibilidade

do resultado de um exame por exemplo. Em muitos casos, o nível de complexidade é tão elevado que a perícia não pode ser realizada apenas por uma pessoa mas sim por uma equipe especializada para tanto.

Aduz o autor: “a perícia dever ser realizada não apenas por um perito, mas sim por um perito e seus assistentes, porque um exame realizado apenas por uma pessoa não é absoluto em suas conclusões acerca dos fatos.”¹⁶

Nesse contexto, é feita a apuração e interpretação imediatamente dos fatos, concretizando o laudo técnico, e por isso é considerada prova direta. Nos dias de hoje, essa natureza de prova cresce exponencialmente nos processos de investigação de paternidade, por poder mostrar com mais exatidão a verdade biológica, envolvendo maior técnica e intervenção de especialistas da área.

Nos casos de investigação de paternidade, a prova pericial tem sido apreciada como a prova mais absoluta, em razão do alto grau de probabilidade de certeza na inclusão ou exclusão da paternidade biológica, fruto do avanço técnico-científico.

¹⁶ SIMAS FILHO, Fernando. Op. cit., p. 41.

3. A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – ANÁLISE HISTÓRICA

3.1. Filiação. 3.2. Ação de investigação de paternidade. 3.3. Consequência jurídica do recebimento de paternidade. 3.3. Princípios tutelados ao caso. 3.4. Princípios tutelados ao caso.

3.1 Filiação

Primeiramente, faz-se imprescindível destacar o histórico da filiação no direito romano e a figura da família pautada pelo tradicionalismo e estruturalismo que a tornava a unidade familiar em referência também econômica e religiosa fundada sempre na autoridade do seu chefe, o homem mais velho.¹⁷

O homem exercia soberania na sua família e na sociedade em todos os sentidos, por desempenhar função mais elevada na pirâmide familiar. Dessa forma, todas as práticas culturais eram eternizadas por meio dele, que era considerado o único para representar a cadeia dos seus descendentes. Assim, a família romana traduzia o patriarcado na sua expressão mais alta.¹⁸

A família romana era composta por um pai, uma mãe, filhos e escravos, e se desenvolvia no poder incontestável do status familiar, que se praticava sobre os mesmos de variadas formas, permitindo ao pai dispor livremente das pessoas e bens, e ainda reconhecendo-lhe divindade após a sua morte.

Como ressalta Coulanges, “era o pai que podia dispor de toda a propriedade que pertencesse à família, e deste modo o seu próprio filho podia ser encarado como propriedade, porque os seus braços e o seu trabalho eram fonte de receita”. Já o filho nascido do concubinato não era deixado sob a autoridade do pai.¹⁹

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, Vol. 6, p. 31.

¹⁸ TELLES, Bolivar da Silva. “O Direito de Família no ordenamento jurídico na visão codificada e constitucionalizada”, in http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf. Acesso em 10 abril de 2017.

¹⁹ COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 91.

Por essa linha de pensamento, o casamento só poderia se dissolver involuntariamente em algumas situações: pela morte de um dos cônjuges, por simples acordo de vontades, pelo repúdio, por ato unilateral do marido, pela perda da liberdade de um deles, pela perda da cidadania ou voluntariamente.²⁰

Dessa forma, era reconhecido ao pai poder ilimitado de que a religião, primitivamente, o revestia, por acreditar que Deus havia escolhido aquele homem, na figura paterna para comandar a sua família, que virou um pequeno corpo organizado como uma pequena sociedade e seu chefe e o seu governo. Segundo Martins: “coisa alguma, na nossa sociedade moderna, nos dá uma ideia deste poder paternal”²¹.

Nesse contexto, o pai era sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos avôs, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Ainda segundo Coulanges: Toda a religião reside no pai.²² e por isso, a estrutura unitária da família fundada na autoridade do chefe perdurou, em princípio, até os tempos modernos.²³

Com o Código Civil de 1916, a relação familiar que merecia a tutela do Estado continuava sendo apenas a relação do casamento. O legislador daquela época continuava privilegiando a concepção patrimonialista de família, sobretudo pelo viés religioso. Dessa forma, antes da Constituição de 1988 a família era baseada no casamento, havendo privilégio entre os filhos havidos em razão do matrimônio em detrimento de qualquer outra forma de filiação.²⁴

Já em meados do século XX, a legislação brasileira sofreu grande mutação em sua abordagem, a fim de serem inseridos direitos familiares e sucessórios aos filhos nascidos de relações extramatrimoniais, sendo defeso todo e qualquer tipo de discriminação referente à filiação.

²⁰ Ibid, p. 91.

²¹ Ibid, p. 91.

²² Ibid, p. 105.

²³ Ibid, p. 105.

²⁴ Boletim nº 61 do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 2010, p. 1. <http://en.calameo.com/read/0002906551b071cfb70a9>. Acesso em 10 de junho de 2017

Foi surgindo com isso a substituição da figura da família, que antes era considerada instituição edificada no casamento indissolúvel, no poder marital e no extremo poder paterno pela figura da família instrumento, que é pautada na democratização da individualidade de quantos a compõem. Assim sendo, a nomenclatura do Código Civil: “filiação legítima, ilegítima e adotiva, passa a ter conotação e compreensão não mais essencialmente jurídica, mas didática e textual”.²⁵

Conforme Código Civil brasileiro, a filiação quando oriunda de adoção e, se vindo da consanguinidade, legítima ou ilegítima era classificada como civil. A família civil era classificada como válida, pois resultava do casamento válido, diferente da segunda, fruto da relação sexual fora do casamento. Os ilegítimos eram tidos como filhos naturais, quando resultantes de relação extraconjugal entre pessoas sem impedimento legal para o casamento.²⁶

Filhos bastardos poderiam ser tanto os filhos frutos de uma relação adúltera, onde pelo menos um dos pais no momento da concepção estava casado com outra pessoa que não fazia parte do núcleo conjugal, como os filhos incestuosos, oriundos de relação sexual entre parentes próximos.²⁷

Na antiga versão do Código Civil, esses filhos ilegítimos que não eram fruto do casamento eram tratados com discriminação tanto nas relações pessoais, como patrimoniais. Desse modo, até mesmo na sucessão dos filhos naturais, não eram tratados em pé de igualdade com os legítimos, fazendo jus mas apenas a metade do que coubesse aos filhos do casal, se com estes concorressem no que tange o recebimento da herança.²⁸

Atualmente, muito se tem discutido acerca da filiação e das novas concepções de família atreladas aos preceitos constitucionais que passaram a ser mais observados. Ocorreu com isso uma adaptação do texto do Código para a situações corriqueiras na vida das pessoas, onde não mais se faz diferenciação entre filiação matrimonial e extrapatrimonial, o que engloba de forma igualitária todos os filhos.

²⁵ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>

²⁶ Idem.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Direito de família*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23.

²⁸ MADALENO, Rolf. *Direito de Família, aspectos polêmicos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 153.

Em consequência dessa atualização, a filiação passou a ser classificada em dois grupos: filiação biológica e filiação sócioafetiva, sendo a primeira os filhos concebidos pelos próprios pais, que repassam seus próprios materiais genéticos e se concretiza pelo vínculo consanguíneo, e a última que abrange todas as relações que se formaram a partir do afeto, da relação de convivência independente de qualquer vínculo genético.²⁹

Hoje existem muitas famílias formadas de filiação socioafetiva, o que reforça ainda mais o fato de que o ordenamento jurídico precisa estar sempre em atualização para que se ajuste a verdadeira realidade das pessoas. Dessa forma, o que antes nem era considerado ser prática na Roma antiga, como a relação com filhos “bastardos”, agora é amparado de maneira igualitária pelo direito brasileiro.³⁰

Essa inovação pode ser corroborada pelo direito de família com as crescentes demandas de investigação de paternidade.

3.2 Ação de investigação de paternidade

O repensar do sentido da paternidade foi positivado nas alterações axiológicas introduzidas pela Constituição Federal de 1988, uma vez que adotou o princípio da igualdade entre todas as categorias de filhos, como visto anteriormente. Dessa maneira, tutelou os núcleos familiares não fundados no casamento, o que possibilitou moldar a transformação da estrutura da família brasileira.

A família recebeu especial proteção do Estado e clara valorização com o novo ordenamento jurídico constitucional, desdobrando-se tal proteção no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que recebem tratamento igualitário, o que não era possível ver na vigência no Código Civil de 1916, por exemplo.³¹

²⁹ TARTUCE, Flávio. “As verdades parentais e a ação reivindicatória de filho”. In: Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões. Vol. 04 (jun/jul 2008). Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. pp. 29-49. http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf. Acesso em 10 abril de 2017

³⁰ COULANGES, Numa Denis Fustel. Op. cit., p. 60.

³¹ < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo626.htm>> Acesso em: 20 de maio de 2017

Com a interposição da ação de investigação de paternidade é possível descobrir que o estado de filiação decorre de uma origem genética em alguns casos. Alguns autores defendem que a natureza da ação mudou com o tempo, quando na verdade o que mudou com o passar dos anos foi o significado que a sua natureza traz. Se antes a investigação de paternidade atribuía a paternidade ao genitor biológico, hoje, esse fator deixou de ser dominante.³²

Fala-se na atualidade que a convivência familiar pode ser considerada prioridade absoluta da criança, e que a mesma se sobrepõe aos laços genéticos. É, portanto, a ação que busca a comprovação da estabilidade das relações afetivas desenvolvidas entre pais e filhos. Nesse contexto é correto afirmar que o direito ao reconhecimento da origem genética pertence ao direito da personalidade de qualquer indivíduo.³³

Outra afirmação que busca-se defender é que todo o cidadão tem direito a interpor uma investigação de paternidade. Nesse sentido, afirma o professor Caio Mário: “quando alguém não tiver o reconhecimento espontâneo da filiação e nem acesso ao procedimento administrativo de averiguação oficiosa de paternidade, pode buscar o judiciário para que o juiz, através de uma sentença declaratória, possa estabelecer seu vínculo paterno-filial”³⁴.

Então conclui-se que é na ação de investigação de paternidade que se busca conceder a garantia ao filho do reconhecimento da paternidade questionada e, junto a isso, proporcionar todos os efeitos pessoais e patrimoniais que advêm desse reconhecimento.

Nesse passo, é importante destacar quais personagens terão legitimidade para propor a ação. Quando o filho for maior e capaz ele poderá propor em nome próprio, porém, se for incapaz será representado por seu curador. Nos casos em que o filho for menor impúbere, deverá ser representado pela mãe. Existem casos em que o próprio marido pode propor a ação de investigação de paternidade, como nos casos em que se busca a declaração negativa de paternidade, por exemplo.³⁵

³² COULANGES, Numa Denis Fustel de. Op. cit., p. 47.

³³ <http://www.academia.edu/8754870/Maria_Berenice_Dias>. Aceso em: 31 de maio de 2017

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*. 18ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Vol. 5, p. 375.

³⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 776.

Faz-se imprescindível mencionar a Súmula nº 99 do STJ, que reconhece a legitimidade do Ministério Público em hipóteses em que o registro de nascimento tenha sido lavrado anteriormente à edição da Lei nº 8.560 de 1992, bem como concede ao MP a legitimidade concorrente para propor ação de Investigação de Paternidade nas hipóteses em que não o reconhecimento administrativo.³⁶

Como já observadas as hipóteses de legitimidade ativa, fica ainda mais claro que a legitimidade passiva é de todo o sujeito que supostamente é o pai. Há casos em que se contesta a paternidade de pessoas já falecidas, e nesses casos o polo passivo será ocupado pelos seus respectivos herdeiros. Assim, é correto afirmar que quando houver por parte da pessoa qualquer interesse, seja ele patrimonial ou pessoal, ela já estará apta a contestar a ação de investigação de paternidade.³⁷

Ademais, são inúmeros os efeitos da sentença que acolhe o pedido de reconhecimento de paternidade, por se tratar de uma ação que tem natureza declaratória e imprescritível e pode ser considerada o meio mais eficaz de se obter o reconhecimento da filiação.

3.3 Consequência jurídica do reconhecimento de paternidade

A paternidade fixada através de sentença gera as mesmas consequências que o reconhecimento voluntário e promove direitos ao que reconhece e ao que reconhecido. Logo, quando se fala em reconhecimento de paternidade é indubitável pensar em um grupamento de direitos e deveres no âmbito jurídico.³⁸

Nessa perspectiva, se considera o reconhecimento indivisível. Por óbvio, ninguém pode ser filho as vezes sim e as vezes não, porque o ato jurídico é indivisível. Da mesma forma que não pode ser subordinado a um termo ou condição, diz-se que é nulo, e por fim, irrevogável, ou seja, só há o que se falar em anulação quando houver vício de manifestação de vontade ou material.

³⁶ BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

³⁷ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 781.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit., 1998, p. 31.

Como assegura Bertoldo Mateus: “uma vez declarada a filiação por sentença, o filho é *erga omnes*, assim adquire o estado de filiação jurídica, que é sua classificação social, e simultaneamente integra sua personalidade, constitui sua condição na sociedade.” Por isso, prossegue o autor, “ Não se pode conceber que um indivíduo seja filho de tal pai, ao mesmo tempo, em relação a determinadas pessoas não seja”³⁹.

A autor afirma ainda que o reconhecimento faz com que uma situação que exista de fato possa adentrar o mundo jurídico, uma vez que tem natureza declaratória, e mesmo que a filiação afetiva seja declarada muito tempo depois do nascimento, ela completa o tempo decorrido em que falhou esse reconhecimento.⁴⁰

Quando se trata de reconhecimento voluntário, e acerca dele é possível observar algumas teorias. Para uma parte da doutrina, trata-se de uma confissão, que seria na verdade um meio de prova destinado a comprovar um fato. Para outros doutrinadores, nada mais é do que um ato declarativo que expressa um direito.

Ressalta-se, que alguns doutrinadores que entendem que no reconhecimento voluntário há um ato de poder, tendo em vista que a lei atribui à vontade do genitor o poder de criar o estado legal de filiação, fornecendo então a força de escolha ao genitor.

Ademais, a maioria dos autores identifica o reconhecimento voluntário como um ato jurídico, que apesar de ter caráter declarativo nasce de uma realidade biológica, de um fato verídico.

“O reconhecimento voluntário apresenta características já consagradas pela doutrina. Podemos apresentar algumas delas: o reconhecimento é um ato voluntário, outra característica do reconhecimento voluntário é ser constitutivo de estado. É verdade que o reconhecimento voluntário tem efeito retroativo à data da concepção.”⁴¹

Evidencia-se, portanto, que o reconhecimento voluntário é o ato livre e pessoal; torna-se simples e pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

³⁹ OLIVEIRA, Mateus Bertolo. *Alimentos e Investigação de paternidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 220.

⁴⁰ *Ibid*, p. 504.

⁴¹ OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 235.

Para Caio Mario:

“... o reconhecimento feito espontaneamente pelo pai é equiparado à sentença judicial, e, uma vez neste estejam presentes os pressupostos válidos, por se terem realizado todas as condições de sua perfeição jurídica e averbado o ato declaratório na certidão de nascimento, integra-se o nome na pessoa do filho, corporifica-se em seu patrimônio, e constitui, erga omnes, um direito entrosado na sua personalidade.”⁴²

Assim, o reconhecimento voluntário gera efeitos e consequências contínuas no tempo, não podendo ser anulado por mera vontade posteriormente, tendo em vista ser o reconhecimento espontâneo ato incontroverso.

Dessa forma, por entender que o reconhecimento voluntário tem força de sentença, entende-se também que é irrevogável. É possível ver casos em que mesmo que o exame de DNA tenha tido resultado negativo, o pai que reconheceu voluntariamente o filho, não se eximiu de suas obrigações, justamente pelo caráter definitivo do seu reconhecimento. Conforme depreende o seguinte julgado:

“APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILHA HÁ ALGUNS ANOS. ALEGAÇÃO DO AUTOR DE QUE TERIA SIDO INDUZIDO EM ERRO QUANDO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO APENAS NAS HIPÓTESES DE COMPROVAÇÃO DE ERRO OU FALSIDADE DO REGISTRO. AUSÊNCIA DE VÍCIO CAPAZ DE NULIFICAR O REGISTRO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO E CONSCIENTE. ATO JURÍDICO IRREVOGÁVEL NOS TERMOS DO ARTIGO 1.609, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL. VINDICAÇÃO CONTRÁRIA AO QUE CONSTA DO REGISTRO CIVIL. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROTEÇÃO DA FORMAÇÃO DA IDENTIDADE DA MENOR. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO FEITO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Evidencia-se a manifesta falta de interesse processual do autor o pedido de anulação do registro civil e exoneração de alimentos de filha, porquanto, registrou a criança de forma voluntária e consciente, sendo essa declaração de paternidade, ato jurídico irrevogável, a teor do que prescreve o artigo 1.609, inciso I, do Código Civil.”⁴³
(TJSC, Apelação Cível nº 2014.024131-7, de Curitiba, rel. Des. Saul Steil, j. 26-08-2014)

Percebe-se que esse entendimento do Tribunal de Santa Catarina consolida o entendimento defendido acerca dos efeitos do reconhecimento de paternidade voluntária. De modo que se considera o reconhecimento um ato irreversível, e segundo o entendimento do

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva, Op. cit., 2010. p. 181.

⁴³ BRASIL. TJSC. 3ª CC. Apelação Cível nº 2014.024131-7. Relator: Saul Steil. Santa Catarina, 26 de agosto de 2014.

Desembargador Saul Steil, só se admite negação da paternidade se for comprovado que houve indução ao erro ou a falsidade.

Outra questão que deve ser pontuada é o fato do filho ainda não ter em sua certidão o nome do pai. O fator nome é muito importante e gera consequências jurídicas bem relevantes. Há casos em que o filho nunca usou o nome do pai, porém isso não descaracteriza a posse de estado. Sob esse prisma, ainda que não seja imprescindível o nome, posto que outros elementos também revelam a paternidade, dificilmente se encontrará fator mais relevante do que aceitação do filho pelo nome do pai.

Não se pode ignorar também, que a inclusão do nome do pai no registro de nascimento é o fator principal que autoriza o pedido de alimentos. Portanto, o filho reconhecido, mas sem alimentos, dificilmente conseguirá sobreviver dignamente, o que torna imperioso, quando do reconhecimento voluntário, sejam logo fixados os alimentos, a fim de garantir a sobrevivência do alimentando.

Nesse contexto, o reconhecimento de paternidade gera efeitos patrimoniais. Filhos reconhecidos são equiparados aos demais, podendo gozar de direito hereditário, requerer alimentos, pleitear herança e propor ação de nulidade de partilha. Caso o filho reconhecido venha a falecer antes da partilha e do autor da herança, seus herdeiros o representarão, por direito de transmissão.

Quanto aos efeitos no campo da afetividade, observa-se que a legislação e a doutrina aceitam e concedem efeitos jurídicos às relações que eram, até então, sequer reconhecidas pelo direito. Isso ocorre porque, como bem pontuado por Pontes de Miranda:

“... pelo trato teórico e prático, as regras jurídicas são objeto de pensamento e momentos da vida. Pensadas e vividas, através de gerações, podemos observar como se transformam e em que se diferenciam”⁴⁴

Evidencia-se, portanto, que a grande consequência do reconhecimento de paternidade foi a sedimentação dos direitos e princípios tutelados no direito de família, como por

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Direito de família: Direito parental. Direito protetivo.* Tomo IX, 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 177.

exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, que é tomada como base para o reconhecimento de outros direitos fundamentais. Dessa forma, todo ser humano, por ser portador de direitos e garantias individuais, tem direito ao reconhecimento de paternidade assegurado, corroborado pelo fato de poder demonstrar em juízo as evidências da paternidade por meio das provas admitidas.

3.4 Princípios tutelados ao caso

O primeiro princípio a ser tratado é o da dignidade da pessoa humana, que está disposto no art. 1º, III, da CRFB. Deve-se entender por dignidade da pessoa humana a garantia de que cada pessoa natural será tratada como algo insubstituível, que deve ser reputada como um fim em si mesmo, tendo cada pessoa responsabilidade pelo sucesso de sua própria vida.⁴⁵

Dessa forma, incube ao juiz e aos demais sujeitos do processo garantir respeito ao princípio da dignidade humana, assegurando o valor de cada personalidade atrelada ao processo. É preciso ressaltar que os titulares dos interesses em conflito são pessoas reais cujas vidas serão afetadas pelo resultado do processo, e que, por isso mesmo, tem o direito de estabelecer suas estratégias processuais de acordo com aquilo que lhes pareça melhor para suas próprias vidas.

Dessa forma, é inadmissível tratar as partes como se fossem objetos do trâmite processual ou meros dados estatísticos, afinal, o poder judiciário tem um fluxo grande de processos, e por vezes essa relação pode estar banalizada. Porém em cada processo e, principalmente em processos no direito de família, as questões tratadas são de grande relevância afetiva, por isso precisa-se levar em conta as vidas que serão decididas a cada sentença dada. Logo, cabe ao juiz assegurar que tal sentença será fixada sem que haja injustiças.

⁴⁵ A palavra dignidade do artigo 1º, III, da CRFB é empregado, na lição de José Afonso da Silva como “atributo intrínseco da pessoa humana, como valor de todo ser racional, independentemente de forma como se comporte”. Para o constitucionalista “instituir dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito importa, ainda, em consequência, não apenas o reconhecimento formal da liberdade, mas a garantia de condições mínimas de ordem econômica, não se tolerando, pois, profundas desigualdades entre os membros de uma sociedade” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 549).

O texto da Constituição Cidadã, mediante a instituição de seus valores, princípios e regras, representou um marco no que tange as mudanças ocorridas ao longo do tempo na sociedade brasileira, que sempre foi sedenta de valores nesse sentido. Desse modo, houve o rompimento com dispositivos discriminatórios encontrados em Constituições anteriores.

Além do reconhecimento de novas figuras e instituições familiares, a CRFB instituiu também a dignidade da pessoa humana como centro ideológico de seus dispositivos, ressaltando a sua importância para o ordenamento jurídico. No entanto, esse princípio não aparece no rol dos direitos e garantias fundamentais mas sim como princípio e valor fundamental elencado na Carta Constitucional vigente.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana é reforçado no primeiro artigo da Constituição Federal e claramente baseado no Estado Democrático de Direito. Logo, a preocupação com os direitos humanos na justiça social fez com que o constituinte consagrasse a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.⁴⁶

Por todo o exposto, esse princípio pode ser considerado manifestação primeira de valores defendidos pela CRFB, que traz para a sociedade o sentimento de valorização do ser humano em sua essência e não como peça de um jogo. Essa referência faz impossível interpretar essa norma de maneira apenas intelectual mas precisa ser experimentada no plano afetivo.

Por fim, trata-se de uma representação de um epicentro axiológico da ordem constitucional de efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e sobre a sociedade em si, por balizar suas normas não apenas nos atos estatais, mas em todas as relações privadas que se desenvolvem na convivência humana.

Pode ser considerado o mais universal dos princípios, pois através dele outros são inspirados, e conseqüentemente através dele se irradia todos os demais conceitos de liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2007, p. 419.

Dessa feita, observa-se que os princípios constitucionais tem grande importância no que tange o desenvolvimento do processo. Instruindo a ordem normativa constitucional, sem qualquer nível hierárquico entre os demais, faz-se imprescindível analisar o devido processo legal com seus consectários lógicos do contraditório e ampla defesa.

O princípio do devido processo legal representa a garantia constitucionalmente assegurada de que ninguém será condenado sem a igualdade de armas e ampla defesa de invocar e mostrar as razões de seu direito.⁴⁷

Segundo Alexandre Câmara:

“... o devido processo legal pode ser visto sob duas óticas: formal e substancial, material. A formal é aquela que soma as garantias processuais do jurisdicionado. Já a material, significa o processo justo, o jurisdicionado deve obter do Estado um processo absolutamente justo. Ambos devem ser vistos conjuntamente. Dessa forma, o processo justo é aquele que observa as garantias mínimas do indivíduo”.⁴⁸

Sob esse prisma, o devido processo legal em sentido formal, compreende a forma do processo, ou seja, fixa as regras de direito para ser processado e processar, obedecendo as normas previamente estabelecidas por meio de um processo legislativo.

Assim, as normas não poderão conter vícios de inconstitucionalidade, pois a Constituição determina as regras do ordenamento jurídico, devendo toda a atuação do judiciário ficar submetida aos princípios e normas expressos na CRFB, que constitui fundamento de validade de todo direito.

Desse modo, o princípio em tela assegura a todos um processo com a certeza de que todas as suas etapas serão cumpridas, sem riscos de cerceamento de defesa. Assegura também, a certeza de que se as regras não forem cumpridas o processo será considerado nulo, por se tratar de um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico.

Evidencia-se, portanto, a relevância do devido processo legal na contemporaneidade do direito processual, levando-se em conta a realidade processual pátria, onde a sociedade espera

⁴⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Op. cit., p. 251.

⁴⁸ Ibid, p. 255.

uma jurisdição atuante e o respeito devido tanto à legalidade quanto à legitimidade, uma vez que a lei muitas vezes é descumprida.

Ao analisar o um dos principais princípios responsáveis para o desenvolvimento saudável do processo, não se pode ignorar que o princípio do livre convencimento do magistrado está, também intimamente ligado ao deslinde de ações de investigação de paternidade.

Pode ser considerado princípio de categoria fundamental no campo do processo civil brasileiro por informar toda a parte decisória que por lapsos pode se afastar do que esta disposto em manuais.

Nos antigos Códigos de Processo Civil, era previsto:

“... na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes. Mas quando a lei considerar determinada forma como da substancia do ato, o juiz não admitira a prova por outro meio”⁴⁹.

É evidente que preservava-se a figura de um juiz alheio ao resultado do processo, visto que o mesmo tentava interferir o mínimo possível, para que as partes pudessem se manifestar provocando iniciativas postulatórias e ate mesmo probatórias. Nesse contexto, o juiz foi se tornando cada vez mais afastado do processo e conseqüentemente cada vez mais afastado no resultado efetivo da lide.

Sob essa perspectiva, criou-se uma camada confusa entre o que pode se chamar de imparcialidade equilibrada do juiz e sua total omissão e desinteresse, uma vez que se tinha a figura de um magistrado não mais como um julgador mas como alguém que estava alheio ao conflito e que precisava decidir a partir de pouca inteiração.

Por outro lado, com o surgimento do novo Código de Processo Civil, que traz em seu artigo 371 a retirada da palavra “livremente” no que interessa aos limites de decisão do

⁴⁹ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2017.

magistrado, o que abre margens para discussões acerca da própria existência do princípio do livre convencimento motivado.⁵⁰

Dessa forma, de acordo com o novo ordenamento, todos os sujeitos precisam estar convencidos de que as provas que foram produzidas foram determinantes para o convencimento do Juiz, por isso, não se pode mais afirmar que o Juiz é o único destinatário das provas.

O professor Alexandre Câmara afirma: “a avaliação que as partes fazem das provas é evidentemente levada em consideração quando se verifica se vale ou não a pena recorrer contra alguma decisão”⁵¹.

Nesse contexto, atualmente defende-se a natureza pública do processo, e dessa forma passou-se a encarar a figura do magistrado no processo de uma forma inovadora, ao passo que passou a se distanciar da definição de um juiz sem ser sujeito do processo como sinal de uma prestação jurisdicional de qualidade.

Sendo assim, o novo modelo processual impõem uma cooperação ainda maior entre o juiz e as partes, que devem atuar em conjunto e de forma participativa na construção do resultado satisfatório do processo. Dessa forma, não seria compatível hoje, o modelo de Juiz passivo e neutro que antes se limitava a valorar as provas que as partes produzissem.⁵²

Evidencia-se, portanto, que o juiz agora não se encontra acima dos litigantes, de forma que atua como uma parte tão interessada no deslinde do processo como qualquer outra, e por isso deve valorar as provas e argumentos observando princípios e buscando a resolução justa e cooperativa da demanda.

Por fim, o princípio do livre convencimento do magistrado resume a liberdade do juiz que tende a interpretar argumentos e apreciar provas de acordo com seus princípios e valores no limite dos direitos constitucionais concedidos às partes.

⁵⁰ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2017.

⁵¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Op. cit., p. 200.

⁵² Ibid, p. 21.

Dessa forma, segundo Chaim Perelman:

“... ainda que se procure mitigar o trabalho do Juiz na decisão judicial, é certo se constatar que sua atuação livre é imprescindível para aplicação do direito e da justiça. O juiz não é um autômato: concede-se-lhe um poder de apreciação, condição de seu poder de decisão. A qualidade que se exige dele é ter discernimento, ou seja, ser capaz de apreciar os diferentes aspectos de um problema, de pensar o pró e o contra. Se a justiça pudesse dispensar o julgamento, se se pudesse mecanizá-la, as máquinas poderiam dizer o direito de uma forma muito mais rápida e muito menos onerosa do que o homem. Mas as máquinas não têm discernimento, sendo por isso que, em todas as situações delicadas, o recurso ao juiz é indispensável.”⁵³

⁵³ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*, traduzida por Maria Ermantina Almeida Galvão, são Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 515.

4. O EXAME DE DNA NO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1. Sacralização do exame. 4.2. Falibilidade e os índices de erro

O exame de DNA é o mais importante em sede de provas nas ações de investigação de paternidade, pois permite apontar a paternidade com a menor margem de erro. A ciência, ao longo do tempo, foi evoluindo, e começou a se despontar apenas no início do século XX, com as provas genéticas sanguíneas.

Para Salmo Raskin,

“... o estudo detalhado do DNA, têm se proporcionado à Medicina Legal e aos profissionais do Direito valiosos elementos na investigação da paternidade e maternidade. Pouco a pouco, foram desaparecendo os métodos empíricos para dar lugar aos métodos modernos, com tecnologia de ponta, como é o caso do DNA, sem perder de vista o horizonte dos provas testemunhais. Esteve sempre no domínio da prova a dificuldade maior das ações investigatórias de paternidade”.⁵⁴

Diante dos estudos mais recentes da biomedicina, podemos afirmar que a espécie humana possui 46 cromossomos arranjados aos pares, sendo que 23 desses são de origem materna, e os outros 23 de origem paterna. Cada cromossomo é composto por moléculas de DNA, colocadas em seqüência única para cada indivíduo. E esse faz de cada um, uma pessoa única, pois carrega o código genético do indivíduo, que são chamados de genótipos.⁵⁵

Dessa forma, a determinação da paternidade pode ocorrer por meio da utilização de cinco grupos sanguíneos diferentes, por números de alelos e pela exclusão. Assim, toda técnica que utiliza a análise do DNA é mais garantida, sendo portando inquestionavelmente a melhor técnica pericial na determinação de existência de vínculo biológico, em ações de investigação de paternidade é o exame de DNA.⁵⁶

Como já analisado, a caminhada evolutiva dos estudos científicos acerca da descoberta do exame de DNA, é imprescindível expor, agora, seu conceito e relevância no âmbito da investigação de identidade genética.

⁵⁴ RASKIN, Salmo. *Manual prático do DNA para investigação de paternidade*, Curitiba: Juruá, Vol. 1, 1999, p. 37.

⁵⁵ *Ibid*, p. 21.

⁵⁶ *Ibid*, p. 20.

O DNA, como é sabido, é formado por uma cadeia de vários nucleotídeos, que formam uma seqüência única em cada ser humano. Contém vários genes que ficam organizados nos cromossomos, e esse são responsáveis pelas características humanas. Dessa maneira, cada informação de característica está contida em dois genes, que podem ser chamados de pares de alelos, um advindo do pai e outro da mãe.⁵⁷

Todo ser humano recebe duas informações para cada característica genética. Uma que vem da mãe, através do óvulo, e outra proveniente do pai, através do espermatozóide, ambas células germinativas. Portanto, cada genitor colabora com 50% das informações genéticas do filho concebido, que se combinam uma a uma, como um quebra-cabeça.⁵⁸

Nesse contexto, pode-se dizer que o exame de DNA consiste na análise das informações genéticas que o filho herdou da mãe e do suposto pai. Na prática, após conferida a contribuição materna do DNA do filho, é necessário verificar a contribuição paterna. Caso o suposto pai possua informações genéticas transmitidas ao filho, o resultado de sua contribuição deverá ser apresentado em termos de probabilidade de paternidade, porque trata-se de análise bastante limitada. Porém pode acontecer de nem todas as informações genéticas serem analisadas.

Nessa perspectiva, o direito de paternidade tem o exame de DNA como divisor de águas, vez que esta imprimiu autêntica revolução na questão da paternidade. Dessa forma, o que, antes, era uma incógnita sobre a origem do homem, hoje, é desvendada, com certeza, e relativa facilidade, e é essa possibilidade de conhecer a verdade biológica, que torna o exame de DNA a prova mais valorada nas investigações de paternidade.

A “era DNA”, acarretou uma alteração na rota das lides que orbitam em torno da descoberta do vínculo genético, até então munidas de provas indiretas. Ocorre que, diante de toda essa valoração que o exame de DNA ganhou, preocupa, sobremaneira, a divinização⁵⁹ da prova pericial de DNA.⁶⁰

⁵⁷ Ibid, p. 20.

⁵⁸ Ibid, p. 20.

⁵⁹ Termo empregado por Sérgio Gischkow Pereira no acórdão proferido na Apelação Cível nº 595074709, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. 03/08/1995, RJTJRS, Vol. 175, p. 596.

⁶⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 409.

Dessa forma, antigamente alguns tribunais começaram a entender que o exame era prova direta e inequívoca, colocando-a como prova superior em relação às outras. Conforme o seguinte julgado:

“Investigação de Paternidade - Prova - Exame de DNA - Exclusão da paternidade –

Ausência de outras provas capazes de desconstituir o resultado - Prova superior e incontestável para o convencimento do julgador. - Em investigação de paternidade, a prova pericial científica concernente ao exame de DNA constitui prova direta, e quando seus resultados forem categóricos na exclusão da paternidade, deve ser considerada prova superior e incontestável na formação do livre convencimento do julgador, mormente quando as demais provas não forem capazes de desconstituir o seu resultado.” (TJMG, Apelação Cível nº 1.0000.00.125626-2/000, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. ABREU LEITE, j. 25.05.99, publicação da súmula em 16.06.99)

Por entendimentos nesse mesmo sentido, boa parte da doutrina e também em alguns tribunais, começaram a questionar e a repensar o exame de DNA, que já era visto como prova absoluta.

4.1 Sacralização do exame

A gerada “certeza absoluta” da prova genética de DNA desencadeou uma distorção na investigação judicial do vínculo genético quanto à valoração do campo probatório: o juiz se tornou homologador de laudos periciais.⁶¹

Diante da valoração excessiva atribuída ao exame, foi possível constatar um afastamento das provas que antes eram utilizadas, como as provas documentais e testemunhais e por isso em inúmeros casos o magistrado passou a observar o resultado do laudo em detrimento do conjunto probatório trazido ao processo.

Não obstante esse rumo, o mito da certeza absoluta do resultado da prova de DNA e da posição principal do exame no campo probatório está sendo, aos poucos, desmitificada⁶². Sob

⁶¹ Para Luiz Edson Fachin, nesses casos resta claro que é o laudo que exclui ou não a paternidade. Dessa forma, a ciência passa a fornecer tinta para que o magistrado desenhe sua decisão. (FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996)

⁶² Nesse sentido: I– Pode o magistrado exigir o exame fingerprint – DNA tão somente naqueles casos em que após colher exaustivamente todas as provas admissíveis, não conseguir formar seu convencimento sobre a pretensão deduzida”. (BRASIL, 4ª Turma do STJ, Recurso Especial nº 182.040/MS, Relator Min. BUENO DE SOUZA, dju 18.12.98, p. 366)

esse prisma, depois de todo quadro de expectativa criado em torno do reconhecido avanço científico, reflexões começaram a surgir no sentido de projetar o critério de valoração das provas na busca judicial pela paternidade.

Não se pode negar que por mais confiável que seja o exame, apenas em um amplo contexto valorativo pode se discutir um direito tão relevante como o de filiação. Trata-se de um direito indisponível onde sempre haverá o risco de praticar injustiças incorrigíveis e de afrontar o texto constitucional ao entregar o julgamento da causa a um perito.

Com a distorção permeada pelo exagero e pela confiabilidade cega no resultado do exame de DNA, ocorreu a divinização da prova, a ponto de ser deferida a conversão em diligência nas ações de investigação de paternidade, por ser considerada absoluta e única a considerar a verdade biológica entre pai e filho.

Logo, o que antes era deduzido por força de lei e por provas indiretas que juntas formavam o estado de convicção do magistrado, agora passou a ser baseado em apenas um laudo objetivo, inspirado na força da perícia genética em DNA.⁶³

Segundo Baracho,

“A faculdade judicial de aceitar esse tipo de prova, não é apenas do pronunciamento científico. O sistema probatório do DNA, como prova de filiação, é compreendido por muitos como dotado de infalibilidade. Essa prova científica, de grande complexidade, exige grande rigor processual para as decisões judiciais. A prova do DNA não se pode duvidar, é um instrumento valioso, mas não se deve abusar de sua interpretação.”⁶⁴

Sob esse prisma, é perigoso substituir o juízo de valor que participa o convencimento de um magistrado por uma prova cujo resultado permite margem de erro, e embora haja liberdade probatória em demandas dessa natureza, às luzes na livre investigação e do livre

⁶³ Nos ensinamentos de Raskin: “até o advento do teste em DNA, não era possível garantir com absoluta certeza se um indivíduo era ou não filho biológico de um determinado casal. No entanto, com o advento das técnicas que analisam o DNA, este problema ficou definitivamente resolvido, já que agora é possível, não só excluir os indivíduos falsamente acusados, mas também obter probabilidade de inclusão extremamente próximas de 100%. Ou seja, é possível através do teste de DNA, afirmar que um indivíduo é, com certeza, o progenitor de determinada pessoa” (RASKIN, Salmo. Op. cit., p. 57) .

⁶⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais”. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: dna como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 133-150.

convencimento do juiz, a ciência tem feito o papel decisivo e pontual, o que não se pode negar que é restritivo, uma vez que ela declara a verdade biológica para que o juiz apenas homologue.

De forma sucinta, Fachin pontua:

“Na determinação da paternidade, a adoção da liberdade da prova pericial trouxe uma dominante tonalidade: ou o laudo exclui a paternidade, ou o laudo afirma a paternidade. A ciência, muitas vezes relegada pelo direito, passa a fornecer as tintas para que o magistrado desenhe sua decisão: este é o filho, diz o perito; aquele deve ser o pai, decreta o juiz.”⁶⁵

Dessa forma, alguns Tribunais entendem que deve-se repensar a confiança cega depositada no resultado do exame. O Desembargador Sérgio Gischkow Pereira, proferiu o seguinte excerto:

“Prova testemunhal suficiente para a procedência da ação. A prova testemunhal não desapareceu do direito brasileiro. 2. Situação em que descabe deferir prova pericial solicitada somente em apelação, por vários argumentos. **Necessidade de repensar a verdadeira sacralização e divinização de que se esta a revestir a prova técnica em investigações de paternidade.** Fatores que podem provocar erros periciais, mesmo pelos sistema HLA E DNA.” (TJRS, 8ª CC, Apelação Cível nº 595074709, Relator Sérgio Gischkow Pereira, julgado em 03/08/1995)

Porém, não é isso que ocorre em algumas turmas julgadoras ainda hoje, que por entenderem o exame de DNA como sempre correto, descartam a apreciação de demais provas produzidas. Logo, pode-se observar decisões que expressam a confiabilidade exacerbada em apenas um meio de prova, ignorando o conjunto probatório que instrui o processo.⁶⁶

Por outro lado, alguns autores começaram a unificar nesse sentido. O autor Zeno Veloso conclui que se deve alertar a população para os grandes riscos e perigos que se corre com esta confiança cega, irrestrita, absoluta, nos testes genéticos. Assegura ele: “A veneração, a sacralização, a divinização do DNA é atitude desarrazoada, que tem causado transtornos e desvios. A questão ainda está envolvida de muita incerteza e insegurança”.⁶⁷

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 74.

⁶⁶ Embora se reconheça o exame de DNA como prova robusta da paternidade biológica, cumpre ressaltar que tal exame não esvazia o campo probatório da ação de investigação de paternidade, permanecendo relevante a produção das chamadas provas indiretas. (ALMEIDA, Maria Christina de. “Prova do DNA: uma evidência absoluta?”, Revista Brasileira de Direito de Família, Rio de Janeiro, 1999, Vol. 2, p. 143).

⁶⁷ VELOZO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*, São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 13.

O autor afirma que o teste de DNA não pode ser visto como único e poderoso meio de prova, mas apenas como mais um elemento de prova e a consequência natural dessa confiança aos resultados colhidos em perícias genéticas já vem sendo sentida em diferentes erros periciais provocados por alguns laboratórios habilitados para a realização de laudos judiciais de paternidade.⁶⁸

O perito médico Alfredo Gilberto Boeira, propõe uma revisão crítica do perfil de DNA como prova judicial. Aduz que cientistas mais audaciosos começaram a estudar a metodologia utilizada e seu embasamento teórico e estatístico e como consequência disso puderam constatar que a técnica apresenta inúmeras inexatidões. Visto isso, fica claro que retiram o caráter absoluto da tipagem de DNA, sendo assim sugerem mais prudência nas conclusões extraídas desse procedimento.

Afirma, ainda, que a determinação do DNA, em casos forenses, pode ter efeitos irreversíveis, levando um inocente à prisão ou imputando-lhe filho alheio, e que diante de um tribunal, o que importa é uma evidencia inquestionável, sem margem de erro, o que não é o caso do DNA, garante.⁶⁹

Como já examinado, não se pode ignorar todos os outros meios de prova, acreditando na infalibilidade do exame de DNA. Ademais, São inúmeros os fatores que podem influenciar e comprometer os resultados ditos absolutos do exame pericial de DNA, até mesmo conduzindo a erros completos.⁷⁰ Sob esse prisma, o eminente Ministro Carlos Alberto Direito concluiu em sua ementa:

“Dano moral. Embargos de declaração. Prova pericial. Livre convencimento do Juiz.

1. Estando o acórdão recorrido fundamentado suficientemente, enfrentando as questões postas nas apelações, não há o que falar em omissão, a justificar os declaratórios, que, assim, foram corretamente rejeitados.

2. Precedentes da Corte que o ‘juiz, sem duvida alguma, não está vinculado às conclusões do laudo pericial: é-lhe lícito apreciar livremente a prova realizada nos autos (Cod. de Pr. Civil, arts. 436 e 131, primeira parte)’.

⁶⁸ Ibid, p. 13.

⁷⁰ BOEIRA, Alfredo Gilberto. *O Perfil de DNA como Prova Judicial - Uma Revisão Crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, Vol. 84, p. 29.

3. O laudo pericial não é o único elemento de convicção do juiz, que “não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (Art. 438, CPC).

4. Recurso Especial não conhecido.” (STJ, 3ª Turma, REsp. nº 197.906, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, Publicado no DJ em 06/09/1999)⁷¹

Evidencia-se, portanto, que muito embora a análise de que o exame de DNA seja entendido como prova de maior importância nas ações investigatórias de paternidade, não se pode considerá-la infalível e tampouco absoluta, a ponto de tornar o julgador prisioneiro de seus resultados, sendo uma única prova de resultado objetivo. Dessa forma, é imperioso que os julgadores não desprezem o conjunto dos outros elementos de prova.

4.2 Falibilidade e os índices de erro

Tem crescido exponencialmente notícias de falhas e enganos por erros técnicos, como a troca de amostras e tradução errada. Rejeições constantes de laudos errados, trabalhando com tábuas populacionais importadas de outros países, sem qualquer correlação com a população brasileira, têm tido efeito perverso de imputar a paternidade à alguém que não deveria ter ou de privar alguém de identificar o seu verdadeiro pai

Existe uma série de falhas que podem ser listadas quando se trata de exame de DNA, são elas:

- (i) falhas técnicas em qualquer etapa do exame;
- (ii) fraudes, desde a troca dos materiais até alteração do resultado; e
- (iii) o caráter limitado da perícia; situações particulares; os parâmetros utilizados nas contas matemáticas para o cálculo da probabilidade.

⁷¹ No caso em tela, o eminente Ministro Carlos Alberto Direito, entendeu que não se pode valorar o exame de DNA em detrimento do conjunto probatório. Ao juiz é dado o direito de apreciar livremente a prova produzida, não podendo ser o laudo pericial o único elemento de convicção. Por outro lado, o grau de confiabilidade do DNA não exclui a possibilidade de erro, não pela técnica em si, mas pela própria realização em função da falibilidade humana.

Quando o suposto pai estiver morto é possível:

- (i) a decomposição do material genético;
- (ii) a incidência de fatores físicos; e
- (iii) contaminação por bactérias e fraude na exumação.⁷²

Isso porque, quando se fala em um exame laboratorial, ainda que se trate de um exame que represente a mais nova tecnologia empregada pela biogenética, será ministrado por seres humanos. Desse modo, não há o que desconsiderar que a coleta, a manutenção, transporte, manuseio e manipulação serão de responsabilidade de pessoas, e por isso serão normalmente serão passíveis de falha.

Como já analisado, não se nega que a descoberta do DNA e a conseqüente realização do exame traduzem-se no meio de descoberta de maneira ímpar, alto grau de certeza, da origem genética do ser humano e de se apontar com maior exatidão a paternidade discutida na demanda.

As afirmações de infalibilidade do exame de DNA trazem dúvidas quanto ao resultado que está ligado a sua manipulação e não quanto ao poder de informação que o laudo traz consigo. Não se questiona a utilidade do método empregado mas sim as possíveis falhas, que são mais freqüentes do que se cogita. Por isso, destaca-se a necessidade do exame ser realizado em laboratórios bem equipados e compostos por profissionais qualificados.

Observa-se portanto, que as hipóteses concretas que não podem ser ignoradas de falibilidade e possíveis fraudes podem e devem ser consideradas pelas partes interessadas. Dessa forma, diante da valoração da prova pericial em ações dessa natureza, é necessário

⁷² Maria Seleste Cordeiro acredita haver fraude em processos periciais onde há a realização de exame de DNA, principalmente quando esses processos precisam ser realizados a partir da exumação de cadáveres. Segundo ela, o trâmite para realizar a exumação possibilita uma série de erros e falhas. (CORDEIRO, Maria Seleste. *Quem são os pais? O DNA e a filiação, proposta de solução ou início de dilemas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 203-216).

dirimir todas as dúvidas existentes, ainda que para isso seja necessária a conversão em diligência, conforme se depreende do brilhante julgado:

“Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA) em confronto com as demais provas produzidas. Conversão do julgamento em diligência.

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

Recurso especial provido.” (STJ, 3ª Turma, REsp. nº 397.013/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 11/11/2003, DJ 09/12/2003, p. 279)

No julgado acima, a Ministra Nancy Andrichi reconheceu a possibilidade de erros durante a realização do exame, bem como mencionou a hipótese de erros humano durante o manuseio do material a ser analisado pela pericia. Nesse sentido, o entendimento mostrou-se irreparável, tendo em vista o alto grau de complexidade do caso e a cautela que exige a demanda.

Os erros podem ser de várias espécies, como a dificuldade de se controlar a técnica, a falsa identificação dos examinados, a troca de amostras, o uso de marcadores genéticos inadequados ou insuficientes, os produtos com prazos vencidos e as falhas na leitura, na interpretação e na transcrição dos resultados, levando tais equívocos a uma exclusão ou a uma inclusão indevida. Enquanto as técnicas atuais não tiverem caráter de certeza absoluta, atingindo cem por cento de veracidade, elas continuarão a ser um meio de exclusão e não de identificação. Ou seja: a exclusão é categórica e a inclusão probabilística.⁷³

Desse modo, indubitavelmente não se pode considerar infalível e absoluta a prova pericial de DNA, tornando o julgador prisioneiro de seus resultados, é um erro que deve bravamente ser evitado, sendo uma imprevidência sem tamanho substituir o juízo de valor de

⁷³ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015, p. 200.

um magistrado por uma única prova, mesmo se produzida conforme as regras de segurança adotadas internacionalmente, cujo resultado como já comprovado permite margem de erro.

Foi relatado o caso de um processo de investigação da ascendência genética em que a sentença foi contrária ao exame (este afirmava ser a ascendência, e a sentença negou) em um artigo publicado no jornal Norte-Americano The Washington Post em 21 de agosto de 2005. Verificou-se nesse caso, que o laboratório responsável pelo exame, um dos maiores dos Estados Unidos, que realiza mais de cem mil exames de DNA por ano, tinha apenas cinco funcionários com a missão de comparar os dados e estabelecer a determinação das paternidades biológicas. Isso levou o juiz a considerar a grande probabilidade de erro humano.⁷⁴

Outro ponto que não se pode deixar de mencionar é a preocupação no que tange as condições dos laboratórios que são escolhidos para a realização da perícia de DNA. Atualmente no Brasil, existem laboratórios particulares e os formados pelos governos estaduais e universidades sem apresentar competência prévia, não passando por exames de qualidade externa e, ainda, se utilizando de mão-de-obra de universitários, como ocorre no caso do Hospital Universitário Pedro Ernesto, no Rio de Janeiro.

Não é raro encontrar laboratórios brasileiros cujo responsável técnico não preenche os critérios básicos de qualidade, que incluem treinamento de no mínimo três anos em laboratório de genética forense. Infelizmente, conclui o doutor Luiz Fernando Jobim: “o Judiciário não tem ainda capacidade para avaliar exames de DNA, que deveriam ser iguais em todos os laboratórios, mas não o são”⁷⁵.

Para Genival França:

“Os laboratórios devem ser submetidos a controle de qualidade, que conte com banco de dados de frequência populacionais, que em casos de exclusão confira com outros dois tipos de exames genéticos diferentes e que em casos de inclusão conste no relatório o índice de paternidade individual para cada sistema, o índice de

⁷⁴ Boletim IMDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família”, n° 41, Ano 6, Novembro/Dezembro 2006, p. 5. <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/>>-Acesso em: 15 de abril de 2017.

⁷⁵ JOBIM, Luiz Fernando. “Teste de DNA”. Folha de São Paulo, artigo publicado em 26 de fevereiro de 2002, p. 5.

paternidade combinado de todos os marcadores, a probabilidade de paternidade em porcentagem e a maneira utilizada para calcular a probabilidade de paternidade”.⁷⁶

O autor sedimenta que o controle de qualidade tem de ser periodicamente exigido para que não se venha a acreditar em todo e qualquer resultado de uma prova tão delicada, mormente levando-se em conta a pouca experiência nacional neste setor e a precariedade dos serviços que nos faz vítimas da sua vulnerabilidade. Cresce exponencialmente o número de exames discordantes em casos como o analisado, mesmo quando feitos por laboratórios mais qualificados.

Há laboratórios que são classificados como aptos a realizar o exame pericial, o que torna a perícia em uma prestação de serviço comum, trazendo como conseqüências, como em todo ramo comercial, a busca maior lucro possível, o que evidentemente reflete na utilização de material e mão-de-obra de qualidades que deixam a desejar.

Não obstante todo o despreparo dos laboratórios brasileiros para a realização de tal perícia, não há como negar a existência da pressão de certas empresas interessadas nas vendas dos serviços, as quais não se cansam de exaltar a excelência dessa técnica como propostas infalíveis e precisamente exatas. Dessa forma, observa-se que contexto mercantil que o exame se encontra deturpa a imagem real do exame de DNA, fazendo com que cada vez mais pessoas acreditem “cegamente” em seu resultado.

Para a bióloga Anete Trachternberg, os laboratórios brasileiros

“não sofrem qualquer tipo de fiscalização” e vêm importando há alguns anos número inferior de sondas, necessárias para um teste bem feito, e assim agem, “por uma questão meramente econômica, e deixam-se de lado a qualidade técnica do exame e a metodologia exigida”⁷⁷.

Diante do cenário atual do país, não é difícil encontrar laboratórios com reagentes imprestáveis, produtos com prazos vencidos, equipamentos com defeito, evidências de descuido na coleta de amostras e comprovados erros na organização dos arquivos e na transcrição dos laudos, fatos esses advertidos há muito tempo. Ademais, o que mais preocupa

⁷⁶ FRANÇA, Genival Veloso. Op. cit., p. 200.

⁷⁷ MADALENO, Rolf. Op. cit., 2011, p. 409.

é que cada laboratório cria sua própria metodologia ou inventa padrões de coincidências. Isso permite duvidar ainda mais da confiabilidade do exame de DNA realizado por alguns laboratórios.⁷⁸

Outro fator que não se pode deixar de lado é a capacidade técnica dos peritos que realizam o trabalho. Da mesma forma em que é possível comprovar a existência de laboratórios de grande capacidade técnica, existem outros onde tal aptidão não é encontrada. Porém, esse tipo de preocupação não toma espaço para discussões para maioria dos julgadores que, talvez por estarem atarantados com o grande volume de processos a dar andamento, sequer analisam a competência dos *experts* indicados para a realização dos testes de DNA.

Evidencia-se, que é imprescindível que a prova pericial precisa ser produzida de acordo com a lei, sendo observado se os procedimentos estão conformes com as normas técnicas, além de ser certificada a idoneidade dos trabalhos. No entanto, no Brasil não existe qualquer forma de controle do Executivo ou Judiciário sobre os mais de quarenta laboratórios escolhidos para realizar cientificamente os testes genéticos em DNA.

Por fim, a experiência do uso do teste de DNA como instrumento probatório é muito interessante não somente pela sua importância intrínseca, mas porque demonstra como uma prova científica **aparentemente** indubitável pode se revelar, rica de incertezas, contendo o perigo de erro ou de mal-entendidos quando, da fase de entusiasmo inicial, se passa àquela de reflexão crítica segundo a metodologia científica mais rigorosa.

Mostra-se imperioso, por razão de princípios científicos, que os referidos testes possam sempre ser analisados em todos os seus aspectos, principalmente quando se vai tomar uma decisão tão grave, já que não se pode ainda ter uma segurança incontestável quanto aos recursos metodológicos utilizados, à competência do perito e à qualidade do laboratório, mostrando-se prudente que os Tribunais não acreditem cegamente no resultado do exame apresentado. Estes resultados devem ser sempre avaliados com muito rigor e cautela.

⁷⁸ GIORGIS, José Carlos Teixeira. “A recusa ao exame de DNA e o novo Código Civil”. Disponível pela internet, no site <http://www.espacovital.com.br/artigogiorgis5.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

5. DA CONTRAPROVA

Diante de todo o exposto, quando se fala no laudo de exame de DNA e seus possíveis erros, pode-se observar também que por vezes a baixa do índice de paternidade pode beirar a 50% em alguns casos, o que faz com que o investigador continue sem ter conclusões sobre a paternidade pretendida. Nesses casos é muito comum que o juiz determine de ofício ou a requerimento da parte a realização de outra perícia, para dirimir suas dúvidas visto que a matéria não foi suficientemente esclarecida.

Como já observado, existem hipóteses concretas de falibilidade e de fraude que jamais poderiam deixar de ser observadas. Dessa forma, a realização da contraprova significa não só um direito constitucional do investigador, como também um meio de defesa do investigado⁷⁹, o que torna imperiosa sua necessidade em casos em que ainda paire alguma dúvida.

Ocorre que, o deferimento da contraprova ainda não é matéria sedimentada pelos Tribunais, tendo em vista que alguns indeferem a realização da contraprova nos processos de investigação de paternidade por entenderem mero inconformismo das partes. Há casos em que o juiz já se encontra convencido e não reconhece a necessidade de um novo exame, que a princípio será custeado pelo Estado para produzir a mesma prova duas vezes, conforme se depreende do seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA COM RESULTADO NEGATIVO. PEDIDO DE CONTRAPROVA. POSSIBILIDADE. ASSEGURADA POR DECISÃO IRRECORRIDA A RESERVA DE MATERIAL HEMATOLÓGICO PARA NOVA PERÍCIA E DISCUSSÃO TÉCNICA DOS ASSISTENTES.

Se a determinação de contraprova e a reserva de material hematológico restou determinada por decisão irrecorrida, não há que se discutir a legalidade da nova perícia a ser produzida pelos assistentes técnicos para discussão técnica. RESERVA DE MATERIAL PARA CONTRAPROVA. PLEITO E DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE NOVA COLETA. IMPOSSIBILIDADE. LABORATÓRIO DESIGNADO PELO JUÍZO. IDONEIDADE. COLETA DO MATERIAL GENÉTICO SEM VÍCIOS DE PROCEDIMENTO. Sendo idôneo o laboratório responsável pelo exame de DNA e inexistentes irregularidades na coleta

⁷⁹ “Art. 5- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de abril de 2017)

do material, inclusive com reserva deste para futura e possível contraprova, não subsistem razões jurídicas ou fáticas a autorizar o deferimento da pretensão da agravada em ver renovada a coleta.” (TJSC, Agravo de Instrumento nº 2013.060543-9, de Chapecó, Rel. Des. Edegar Gruber, j. 09-06-2014)

Deve-se ter em mente, sempre que se tratar de um caso envolvendo exames de DNA, seja para esclarecer a autoria de um crime ou em uma demanda investigatória, que questões deverão ser analisadas inúmeras vezes se preciso for. Essa reflexão possui aspectos mais críticos como:

- (i) os dados oferecem suporte às conclusões?
- (ii) as conclusões apresentadas estão em concordância com outras informações sobre o caso?⁸⁰

MEGALÇO, ainda sustenta que:

“O fato de duas ou mais amostras terem o mesmo perfil para um grupo de marcadores genéticos em especial não significa, obrigatoriamente, que elas possuam a mesma origem (mesmo doador). Quando a tipagem genética de amostras é igual, torna-se necessário expressar numericamente a significância deste evento. O número de marcadores empregados, a presença de subestruturas na população e a mistura de amostras podem interferir nos resultados. A expressão estatística dos resultados deve basear-se na presença ou não de misturas de material biológico, como é frequentemente observado, por exemplo, em casos de abuso sexual”

Para responder estas questões, é imprescindível que o laudo pericial seja revisado, bem como verificar se os procedimentos para garantia da qualidade foram devidamente executados, e por fim, certificar que os técnicos responsáveis são qualificados para este tipo de perícia científica. De acordo com o resultado desta revisão, pode-se realizar a produção de contraprova.⁸¹

⁸⁰ MELGAÇO, Mary Christina Pitta Pinheiro de Souza; et. al. “Perícias em DNA: a coisa certa pode ser feita de forma errada? Um estudo de caso hipotético”. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10285>>. Acesso em: 15 set. 2010.

⁸¹ MELGAÇO, Mary Christina Pitta Pinheiro de Souza. DNA e Paternidade: "Falsa Exclusão". Revista de Direito da Defensoria. 12. 1998.< <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9579-9578-1-PB.pdf>>.. Acesso em 10 de junho de 2017.

Como já visto, as situações onde se discute a possibilidade da contraprova estão relacionadas à verificação de investigação científica inapropriada pelo laboratório responsável, onde se cogita as possibilidades de falhas e fraudes, ou à necessidade da utilização de marcadores genéticos adicionais para a obtenção de índices estatísticos aceitáveis.

Dessa forma, ao indeferir o pedido de produção de nova pericia, o Juiz deve se basear em elementos sérios para criticar e rebater o exame já feito, ou seja, não pode o juiz proibir que seja feito outro exame com base apenas nos gastos para tal. Assim, se houver o mínimo de questões a serem dirimidas ainda, será necessária a contraprova.

Não se pode deixar de constatar também, que a realização da contraprova não trará prejuízo às partes. Pelo contrário, poderá oferecer maior segurança jurídica ao processo, para um embasamento quanto ao convencimento do magistrado proporcionando a produção de uma sentença justa, que não corre o risco de condicionar pessoas aleatórias a viverem como pai e filho, por exemplo.

Alguns julgadores entendem que, por se tratar de um direito relevante, deferir a realização da contraprova é o ato mais prudente, afinal, julgar o processo com base no resultado de uma prova pericial, pode ser perigoso no que tange aos índices de erro já comentados. Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. EXAME DE DNA QUE DEMONSTRA A IMPOSSIBILIDADE DO PAI REGISTRAL DO AUTOR SER SEU PAI BIOLÓGICO. LAUDO PERICIAL DO EXAME DE DNA REALIZADO COM O HERDEIRO DO APONTADO GENITOR QUE RESULTA NEGATIVO. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE O PEDIDO DE ANULAÇÃO PARCIAL DO REGISTRO CIVIL DO AUTOR E IMPROCEDENTE O PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. APELO AUTORAL.

O pedido recursal autoral baseia-se na anulação da sentença, insistindo o autor na tese da juntada aos autos da análise do resultado do exame do material genético colhido na apelada, sua suposta irmã, bem como para que seja oportunizada a produção da contraprova do exame de DNA realizado com o herdeiro apelado. Considerando que a hipótese se trata de matéria de alta relevância, vez que vinculada ao estado da pessoa, resta incontroversa a necessidade de verificação de todos os meios possíveis e legalmente amparados para a busca da verdade real. Recurso a que se dá provimento com fulcro no art. 557, §1º- A do CPC para anular a sentença e oportunizar ao autor a produção de contraprova, bem como determinar a juntada aos autos do laudo do exame da amostra do material genético colhido da

apelada, Érica Faria de Souza.” (TJRJ, 14ª CC, Apelação Cível nº 0027704-02.2008.8.19.0002, Rel. Des. CLEBER GHELLENSTEIN, j. 29.08.11)

Dessa forma, entende-se que, havendo dúvidas quanto a realização ou até mesmo resultado eficaz do exame, a contraprova precisa ser deferida. Quanto ao argumento de que a prova pericial na maioria dos casos é custeada pelo Estado, nada mais pertinente que ela seja realizada às expensas de quem a requereu.

Ainda existe uma controvérsia latente entre Tribunais de todo país, no que tange o deferimento da contraprova. Por óbvio, cada caso deve ser analisado em sua peculiaridade, porém é irrefutável o argumento de que o conhecimento da paternidade é direito altamente relevante e que merece ter suas questões dirimidas por inteiro até a declaração da existência ou não de vínculo afetivo.

6. CONCLUSÃO

As questões apontadas no trabalho indicam que a formação da família na história da humanidade deu-se em diversas etapas, mas foi o casamento a instituição que padronizou, na modernidade, as relações entre homens e mulheres, expressando-se no sistema do Código Civil brasileiro de 1916 como uma aglutinação formal de pessoas, unidas por objetivos e padrões morais relevantes.

A verdade biológica tornou-se critério jurídico para a definição da paternidade após o advento da chamada nova família. No ordenamento jurídico pátrio, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 a ação de investigação de paternidade não era de ampla e indistinta utilização por todos aqueles que não conheciam sua filiação.

Desse modo, com a Constituição de 1988 foi proclamada a completa igualdade entre filhos independentemente de sua origem e a partir desse momento, foi possível notar a necessidade pela busca da verdade real da filiação.

Este fato representou uma substancial modificação no que tange a ação investigatória de paternidade, que cresceram exponencialmente diante do fato de que o filho poderia ter declarado seu direito de paternidade, bem como exigir seus direitos provenientes dela. Em função disso, a produção de provas que antes já era presente nas ações criminais, ganhou notável relevância no direito de família, implicando na defesa da utilização de todos os meios probantes.

O papel das provas na investigação de paternidade e se tornou incontestável, pois se tornaram as responsáveis pela determinação da filiação. Sendo certo afirmar que a procedência de uma ação investigatória emana quando as provas são inequívocas e conseqüentemente conduzem o magistrado ao seu convencimento completo e sua posterior declaração da verdade da filiação.

Constatou-se também, que parte da doutrina e jurisprudência após o surgimento dos exames no DNA ignorou a existência de outros meios de prova além da prova pericial.

Podendo-se observar alguns casos em que após o resultado do laudo o magistrado proferia sua sentença sem analisar o conjunto probatório que apresentava o processo.

Ao passo que, verificou-se a existência de outros juristas, que não o idolatram como um milagre, a única salvação das demandas, mas percebem a gravíssima situação existente no ordenamento jurídico brasileiro, decorrente da confiabilidade cega no resultado do exame e da sacralização, bem como da ausência de regulamentação deste exame pericial.

Como não há regulamentação nem fiscalização dos laboratórios e profissionais, é preocupante o conhecimento de que erros na realização do exame acarretam decisões injustas, sob o ângulo do absolutismo, que não observa o exame pericial como parte do conjunto probatório.

Outro ponto abordado é a existência do fator econômico e social que não pode ser ignorado, vez que impõe a competitividade no mercado da biomedicina, o que acarreta a busca desenfreada pela vantagem financeira entre os laboratórios e clínicas, que competem pela arrecadação em prol do serviço de qualidade prestado. Por se tratar de exame custoso e altamente técnico, os laboratórios tem investido em tecnologias mais acessíveis, o que torna duvidoso o serviço prestado.

Hoje em dia, a biomedicina se baseia em um conjunto de teorias, que podem ser verdadeiras e confiáveis em determinado contexto, ao passo que podem ser reformuladas ou refutadas por novas teorias que estão prontas para serem testadas. Desse modo, é correto afirmar que a ciência é um conjunto de teorias que foram desenvolvidas para o teste, isto porque as teorias que não puderem ser testadas não serão consideradas como teoria.

Embora o processo científico busque continuamente a verdade, não alcançará a certeza da perfeição, pois o pesquisador lida com o desconhecido, depara-se com dúvidas e incertezas. Dessa forma, não existe um conhecimento absoluto, vez que tudo tende a ser modificado com a evolução da ciência, como assim o foi com o DNA.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Christina de. “Prova do DNA: uma evidência absoluta?”, Revista Brasileira de Direito de Família, Rio de Janeiro, 1999, Vol. 2.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais”. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: dna como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2007.

BOEIRA, Alfredo Gilberto. *O Perfil de DNA como Prova Judicial - Uma Revisão Crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, Vol. 84.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

CORDEIRO, Maria Seleste. *Quem são os pais? O DNA e a filiação, proposta de solução ou início de dilemas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 1958.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. 6.

JOBIM, Luiz Fernando. “Teste de DNA”. Folha de São Paulo, artigo publicado em 26 de fevereiro de 2002.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Direito de Família, aspectos polêmicos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Direito de família: Direito parental. Direito protetivo*. Tomo IX, 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Mateus Bertolo. *Alimentos e Investigação de paternidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*. 18ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Vol. 5.

_____. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*, traduzida por Maria Ermantina Almeida Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RASKIN, Salmo. *Manual prático do DNA para investigação de paternidade*, Curitiba: Juruá, 1999, Vol. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade, A Doutrina e Jurisprudência - Atualizado de acordo com o Código Civil*, 10ª ed., Curitiba: Juruá, 2010.

TARTUCE, Flávio. “As verdades parentais e a ação reivindicatória de filho”. In: *Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões*. (pp. 29-49). Belo Horizonte: IBDFAM, Vol. 04. Jun/Jul 2008.

TARUFFO, Michele. Palestra proferida na IV Jornadas de Processo Civil: homenagem ao Professor Nicola Picardi, Porto Alegre, 30 nov. 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990. Vol. 1.

VELOZO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*, São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Direito de família*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Sites Consultados:

< <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo626.htm>> Acesso em: 20 de maio de 2017

Boletim IMDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família”, nº 41, Ano 6, Novembro/Dezembro 2006, p. 5. <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

Boletim nº 61 do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 2010, p. 1. <<http://en.calameo.com/read/0002906551b071cfb70a9>>. Acesso em 10 de junho de 2017

BRASIL. STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 182.040/MS, Relator Min. BUENO DE SOUZA, dju 18.12.98, p. 366)

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23 de maio de 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23 de maio de 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23 de maio de 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm> Acesso em: 01 de maio de 2017.

BRASIL. TJSC. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível 2014.024131-7. Relator: Saul Steil. Santa Catarina, 26 de agosto de 2014

GIORGIS, José Carlos Teixeira. “A recusa ao exame de DNA e o novo Código Civil”. Disponível pela internet, no site <<http://www.espacovital.com.br/artigogiorgis5.htm>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ARTIGO%20-%20Neoprivatismo.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2017

<http://www.academia.edu/8754870/Maria_Berenice_Dias>. Aceso em: 31 de maio de 2017

<http://www.cnpt.embrapa.br/biblio/do/p_do44.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2017

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de abril de 2017.

http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3f13dc31-9052-4471-81db-b0a972d52345. Acesso em: 31 de maio de 2017.

Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2017.

MELGAÇO, Mary Christina Pitta Pinheiro de Souza. DNA e Paternidade: "Falsa Exclusão". Revista de Direito da Defensoria. 12. 1998. <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9579-9578-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 de junho de 2017.

MELGAÇO, Mary Christina Pitta Pinheiro de Souza; et. al. "Perícias em DNA: a coisa certa pode ser feita de forma errada? Um estudo de caso hipotético". Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10285>>. Acesso em: 15 set. 2010.

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf. Acesso em 10 abril de 2017.

TELLES, Bolivar da Silva. "O Direito de Família no ordenamento jurídico na visão codificada e constitucionalizada", in <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf>. Acesso em 10 abril de 2017.