

Ação negatória de paternidade aforada por pai registral ou reconhecido judicialmente.

JORGE LUIS COSTA BEBER

Juiz de Direito – Blumenau – Santa Catarina.

Vice-Presidente do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção de Santa Catarina. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina.

É inegável que o Direito de Família é um dos ramos da ciência jurídica com maior evolução desde a promulgação do vigente Código Civil Brasileiro, sendo certo que a partir de 1º de janeiro de 1917, data em que entrou em vigor o referido Código, tanto o legislador ordinário como o constituinte sentiram a necessidade de modificar aquela primitiva codificação, adaptando o regramento substantivo às mutações sociais. E nem poderia ser diferente, pois não se pode conceber que um ordenamento de tamanha envergadura não esteja afinado com a realidade social em curso, cuja gênese dimana justamente do comportamento dos indivíduos coletivamente agrupados em sociedade.

A ordem jurídica necessita estar em constante transformação, amoldando-se aos anseios sociais. Não se pode imaginar uma legislação criada para se prolongar no tempo de forma hermética, excluída de qualquer alteração na sua incolumidade, ou, ainda, de interpretações mais avançadas, liberais e construtivas, decorrentes da própria e natural evolução da humanidade.

Não foi outra, aliás, a manifestação do Presidente do Tribunal de Cassação da França, por ocasião das comemorações do centenário do Código Civil daquele país, ao salientar que “*o juiz não deve dedicar-se obstinadamente a investigar qual foi, há cem anos, o pensamento dos autores do Código..., deve tratar de ver o que seria esse pensamento se o artigo fosse hoje redigido por eles.*”¹

Nesse contexto, através de um esboço histórico, é possível elencar, dentre outras, as seguintes modificações na matéria familiar prevista no Código inicialmente editado: a Emenda Constitucional de 1977, que ensejou a publicação da Lei 6.515/77, instituindo o divórcio no Brasil, rechaçando o primitivo conceito do vínculo matrimonial indissolúvel, insculpido nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967; a emancipação feminina e sua paridade jurídica no âmbito conjugal; a igualdade entre os filhos, qualquer que seja a respectiva origem; o reconhecimento da sociedade conjugal de fato como entidade familiar; a Lei 7.841/89, que afastou as exceções previstas pelo art. 358 do Código Civil, facultando aos filhos incestuosos e adúlteros o ingresso da respectiva ação perquiritória; o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela Lei 8.069/90,

acarretando profundas e viscerais modificações na matéria pertinente à infância e juventude e, finalmente, a Lei 8.560/92, que passou a disciplinar formas diversas de reconhecimento da paternidade.

Não obstante a inocultável morosidade para o amadurecimento e posterior alteração legislativa de muitos dos institutos acima referidos, é certo que o Brasil vem procurando adequar as normas do Direito de Família aos avanços sociais, sendo lícito concluir que em pouco tempo deverá o Congresso Nacional enfrentar temas ainda obscuros na seara jurídica, como a alteração de sexo e modificação do respectivo registro civil, ou, ainda, a união entre pessoas do mesmo sexo.

Mas, se é certo que não se pode negar a tendência natural e necessária de ajustamento da lei à realidade dos fatos e às necessidades sociais, não é menos correto afirmar que a norma também deve estar afinada com os avanços científicos envolvendo a matéria familiar, não só no tocante à bioética, tema ainda incipiente, mas sobretudo na questão genética, envolvendo as ações de investigação de paternidade e maternidade.

Nesse diapasão, duas questões merecem ser enfrentadas, ou seja, a ação negatória de paternidade proposta pelo pai registral e, por outro lado, a possibilidade de idêntica demanda ser aforada pelo pai reconhecido judicialmente, independentemente do prazo para respectiva pretensão rescisória.

Com efeito, o exame sangüíneo pelo Sistema DNA, sem qualquer sombra de dúvidas, facilitou sobremaneira a solução das ações perquiritórias, sendo meio eficaz para clarificar os meandros que cercaram o conúbio sexual responsável pela respectiva concepção.

Ayush Morad Amar², discorrendo sobre a eficácia do exame ora em comento, assevera que “...em face da viabilidade da determinação do DNA, os métodos de identificação empregados até hoje não têm mais razão de prosseguir”, arrematando, logo em seguida: “Para muitos, a investigação de paternidade pelos métodos ainda em vigor é até ofensiva diante do que representa a identificação pelo DNA.”

Fernando Simas Filho³, no mesmo sentido, comentando o grau de confiabilidade da citada espécie de prova científica (DNA), observa que tal exame “é definitivo, porque não deixa qualquer margem de dúvida. Ele é a resposta positiva aos sonhos de LANDSTEINER, e às manifestações nesse sentido por autores como AFRÂNIO PEIXOTO, ARNALDO AMADO FERREIRA, BARBIER, RACE, BREWER, OSWALDO PATARO MOREIRA e outros.”

E prossegue: “Esse exame pode ser efetuado determinando as seqüências de aminoácidos, em um par de alelos (*locus simples*), ou em diversos pontos e regiões dos cromossomos (*locus múltiplo*). No primeiro caso, é necessária a análise de diversos *locus simples*, para atingir a mesma potencialidade de dois *loci múltiplos*.”

“Em qualquer dos casos, o resultado é a exclusão ou a confirmação da paternidade, com 100% de certeza. A única diferença, é que no primeiro caso - locus simples - o resultado é fornecido em probabilidade de paternidade, com freqüência acima de 99%; no segundo caso, o resultado afirma ou nega a paternidade!”

Derradeiramente, proclama o citado geneticista: *“Freqüência acima de 99% (noventa e nove por cento), em se tratando de exame feito no DNA, é considerada universalmente como certeza científica!”*

O Tribunal de Justiça deste Estado, em várias decisões, já consignou a importância da prova obtida pelo Sistema DNA, impendendo transcrever, como ilustração, as seguintes passagens:

“A perícia do DNA (sistema de determinação de seqüência de aminoácidos codificados do DNA) e da tipagem HLA (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), é reconhecida de confiabilidade absoluta na determinação da paternidade mesmo após a morte do suposto pai...”⁴.

E mais:

“A identificação digital genética do DNA constitui valiosíssimo recurso na distribuição da justiça, rápida e justa, possibilitando considerável economia de tempo e dinheiro.”⁵

Destarte, diante da certeza que dimana do exame científico pelo Sistema DNA, reconhecida tanto na doutrina como na jurisprudência, não vejo como manter, em sede de ações declaratórias negativas, tanto da paternidade como da maternidade, o pensamento jurídico vigente há mais de oitenta anos atrás, época em que foi promulgado o vetusto Código Civil Brasileiro.

Reputo, pois, despidos de eficácia os artigos 338, 339 e 340 da lei substantiva vigente entre nós, máxime para impedir a declaração negativa almejada pelo pai registral, nos termos da primeira formulação acima expendida.

É que, na verdade, seja pelo desenvolvimento social, seja pela evolução jurídica, seja pelos avanços da ciência em matéria de hereditariedade genética, não há como continuar sustentando uma aparente verdade, decorrente de simples presunções legais, diga-se, relativas, como aquelas insculpidas nos artigos 338, 339 e 340 do Código Civil, em desfavor de uma prevalente verdade biológica.

Com efeito, a redação do art. 338 suso referido inicia com a expressão *“Presumem-se”*, ou seja, *“imagina-se”*, *“acha-se”*, *“supõe-se”*, o que evidencia não existir certeza absoluta acerca da concepção tutelada pela referida norma, admitindo prova em sentido contrário, mormente em matéria de tamanha relevância, envolvendo direitos fundamentais de proteção à família e à filiação.

Não bastasse isso, existe, atualmente, expresso comando legal que admite a investigação irrestrita do estado de filiação. Ele está previsto no art. 27 da Lei 8.069/90, sendo ainda de gizar que o art. 8º da Lei 8.560/92 estabelece

que os registros anteriores à data de sua vigência poderão ser retificados por decisão judicial.

Parece-me, então, diante das colocações até aqui expendidas, que a conjugação das normas constitucionais com as leis ordinárias que regulam o Direito de Família vigente afasta qualquer normativo pretérito com feição restritiva acerca da possibilidade de investigação plena da verdadeira paternidade. Logo, estimo que não só os artigos 338, 339 e 340 do Código Civil estariam revogados, mas também os artigos 344, 364 e 178, §§ 3º e 4º, inc. I, do mesmo Código, impendendo enfatizar que, não sendo admitida qualquer espécie de restrição ao estado de filiação, não há suporte jurídico para manutenção de prazos excessivamente reduzidos para obviar a respectiva negatória, que deve ser tida como imprescritível.

Seria justo, diante dos avanços da ciência, após comprovada cientificamente a falsidade do pretérito registro de nascimento, ser mantida as declarações nele contidas? Interessa ao Estado manter uma formalidade registral falsa em detrimento de uma verdade biológica?

Penso que não.

A lei deve prestigiar a verdadeira paternidade, independentemente dos motivos que levaram os pais registrais a fazer declarações falsas, razão por que antigos conceitos sobre a irrevogabilidade do ato de reconhecimento, a partir da vigência das leis 8.069/90 e 8.560/92, devem ser revistos.

Destarte, se o pai registral, por força da aparente estabilidade do relacionamento que mantinha com a mãe biológica, cônjuge ou companheira, supõe que o filho gerado por esta última é seu, e, nesta contingência, o registra em seu nome, poderá, segundo penso, pugnar pela respectiva anulação do assento, dès que cientificamente comprovado não ser ele o verdadeiro pai do rebento.

O que houve, desenganadamente, foi uma declaração de vontade não correspondente ao verdadeiro ato volitivo do pai registral, pois agiu de modo contrário ao que certamente agiria se conhecesse, na época do registro, a verdade sobre a concepção.

Ressalte-se, ainda, que o reconhecimento de filho nada mais é do que um ato jurídico *stricto sensu*, sendo certo que, partindo a respectiva declaração de uma verdade viciada, estaria ela sujeita a competente desconstituição por vício de consentimento, incidindo, no particular, a norma insculpida no art. 88 do Código Civil, independentemente do prazo decadencial, conforme já referido.

Gize-se, ainda, que a matéria ora em exame encontra respaldo no Direito Comparado, pois tanto o Direito Positivo francês (art. 399, 1ª parte) como o italiano (art. 263, 1ª alínea), reconhecem a legitimação do pai registral para

impugnar o respectivo reconhecimento, efetuado com base em vício de consentimento.

Assim, na hipótese por primeiro aventada, ou seja, a ação negatória aforada pelo próprio pai registral, não existe, atualmente, óbice que impeça sua propositura e conseqüente acatamento jurisdicional, dès que comprovado que o caráter declaratório do reconhecimento efetuado não condiz com a verdade biológica da respectiva concepção, o que necessariamente deverá ocorrer mediante prova científica (DNA).

Problema mais sério decorre da segunda questão suscitada, ou seja, a possibilidade jurídica da pretensão declaratória inversa detonada por quem foi judicialmente reconhecido como pai biológico.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 107.248, figurando como Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por unanimidade de votos, decidiu que, julgada a ação de investigação, reconhecendo a paternidade, não poderá o posterior exame pelo Sistema DNA reabrir a questão, através de uma ação declaratória negativa, mesmo que o respectivo laudo científico demonstre a falsidade biológica da paternidade judicialmente declarada.

A referida decisão arrimou-se, fundamentalmente, no instituto da coisa julgada, reputando insuscetível de modificação a certeza jurídica da paternidade por primeiro proclamada e alcançada pelo respectivo trânsito.

Sob o aspecto ortodoxo, diga-se, meramente processual, outra não poderia ser a decisão prolatada. As decisões judiciais, salvante as situações admitidas pela via rescisória e aquelas que não fazem coisa julgada material, devem ser tidas como imutáveis, sob pena de nefasta insegurança dos jurisdicionados e fragilização do próprio Poder Judiciário.

A questão, todavia, com a máxima concessão outorgada, merece ser abordada sob outro ângulo, constituindo, quiçá, a exceção que confirma a regra.

Com efeito, a causa de pedir de toda ação perquiritória deverá estar centrada na coincidência da concepção do investigante com o relacionamento sexual da mãe biológica e o suposto pai.

É imprescindível, pois, nos termos do art. 363 do Código Civil, que o investigante faça prova do relacionamento sexual, bem como da coincidência deste relacionamento com a concepção e, ainda, da exclusividade do envolvimento sexual da mãe biológica com o indigitado pai.

Sucedem que, em muitos casos, dependendo das circunstâncias, o conúbio sexual entre um homem e uma mulher se torna de difícil comprovação, máxime quando ambos tomam precauções para manter tal relacionamento na clandestinidade, evitando que outras pessoas dele tomem conhecimento ou mesmo presumam que ele exista.

Não é por outro motivo que tanto a doutrina como a jurisprudência passaram a aceitar a simples conjugação de indícios e presunções para investigar a paternidade.

Washington Barros Monteiro⁶, examinando esta questão, anota que o juiz não deve exigir prova direta das relações sexuais, pois ela é, na maior parte dos casos, absolutamente impossível. Deverá o julgador, então, “*se contentar com indícios e presunções, mais ou menos certos e seguros*”.

Na prática, mesmo diante da inexistência de qualquer exame sangüíneo, seja por ABO, HLA ou DNA, não havendo qualquer prova que configure a exceção *plurium concubentium* e estando mais ou menos evidenciado o relacionamento afetivo da mãe biológica com o investigado na época da concepção, costuma-se acatar a pretensão perquiritória detonada.

Ora, mas se via de regra a prova nas ações deste jaez é sempre indireta, circunstancial e indiciária, despida de excessivo rigor, calcada numa certeza relativa e não numa verdade absoluta, não se pode descartar a possibilidade de equívocos, com o reconhecimento de uma verdade jurídica em detrimento de uma verdade biológica.

Sabe-se, e isto é uma realidade para toda magistratura, que o exame pelo Sistema DNA, infelizmente, ainda é de difícil acesso para a maior parte das pessoas envolvidas nas ações de investigação de paternidade, sendo ainda de convir que o Estado pouco ou quase nada está fazendo para garantir a gratuidade do mencionado exame.

Suponha-se, então, que determinado investigado, litigando sob o manto da assistência judiciária, após transitada em julgado a decisão que lhe foi desfavorável, mediante a melhoria das suas condições financeiras ou mesmo através de empréstimos, alcance a quantia necessária para realização do exame pelo Sistema DNA, obtendo, cientificamente, um resultado negativo acerca da paternidade judicialmente declarada.

Não obstante já obtido o selo da coisa julgada, não me parece que aquela primitiva decisão deva permanecer incólume, pois não se pode conceber que as normas adjetivas se sobreponham a justa dição do Direito, que não pode ser contra os fatos, marchando na contramão da ciência.

Haveria verdadeira Justiça na hipótese suso referida? Seria moralmente aceitável compelir alguém a pagar alimentos e dividir os seus bens em favor de alguém cuja paternidade cientificamente foi excluída? Como compreender esta espécie de paternidade, cuja concepção não ocorreu por força de um ato sexual, mas através da “coisa julgada”?

Não tenho o menor receio em afirmar que também nesta hipótese, assim como em tantas outras ojerizadas no passado pelo legislador civil (divórcio, concubinato, igualdade de filiação, emancipação da mulher e paridade

dos cônjuges), impõe-se a urgente adaptação do Direito de Família aos avanços da ciência genética.

Se não existe exceção na regra que orienta a coisa julgada, salvante nas hipóteses já referidas (ação rescisória e sentenças de natureza formal), então deve ser ela criada através de legislação específica, reconhecendo a prova genética como absoluta nas ações declaratórias, positivas ou negativas, de paternidade ou maternidade, independentemente do trânsito da primitiva decisão, sendo tal comprovação isenta de qualquer prazo.

Não se está proclamando a falência do instituto da coisa julgada. Longe disto. Todavia, não se pode desconsiderar que a demanda declaratória, positiva ou negativa, para apuração da paternidade ou maternidade, ostenta uma singularidade inexistente em qualquer outra espécie de ação. É que, inegavelmente, somente nela (ação perquiritória), diante dos avanços científicos alcançados, é possível reconhecer a certeza absoluta da prova, sem margem de erros, como uma equação matemática, cujo resultado não poderá ser desprezado pelo julgador.

Não existe, no universo das ações judiciais conhecidas, nenhuma outra que possa ser decidida com a mesma certeza e confiabilidade. Toda a prova, como regra, é relativa. O exame sangüíneo por DNA, ao revés, proclama um resultado absoluto, inafastável, imutável por qualquer outra espécie probatória.

Esta particularidade, só por si, segundo estimo, seria suficiente para arrimar a exceção legal destinada a reverter a verdade jurídica equivocadamente alcançada, diga-se, mediante a conjugação de provas com peso infinitamente inferior ao exame genético.

Existe, entretanto, uma outra circunstância igualmente crucial para fortalecer o pensamento ora expendido, ou seja, a preponderância da matéria objeto da lide, envolvendo a própria personalidade, com reflexos no direito sucessório, além de outras formas de obrigações, dentre elas a alimentar.

Se o fim supremo do direito, segundo Ihering⁷, é a paz social, será impossível a obtenção de tal desiderato com base numa verdade jurídica falsa, contrária a uma prevalente verdade biológica, tudo em homenagem ao que se convencionou chamar de coisa julgada, ainda que proclamando uma gritante injustiça.

O regramento jurídico da família, segundo Sérgio Gischkow Pereira⁸, citando Miguel Reale, “*não pode insistir, em pernicioso teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sofrerá do mal da ineficácia.*”

Belmiro Pedro Welkter⁹, Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, através de trabalho publicado pela Editora Síntese, sustenta que a

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

Segundo o mencionado articulista, *“ocorre coisa julgada material na ação de investigação de paternidade quando produzidas todas as provas, documental, testemunhal e pericial, tendo em vista este superdireito natural, constitucional e indisponível de personalidade, o qual, segundo já nos manifestamos, é inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano.”*

E, mas adiante, citando Fernando Simas Filho, arremata: *“se é desumano não ter o filho direito à paternidade, injusto também é a declaração de uma filiação inexistente.”*

É necessário, pois, que a legislação processual atinente à espécie seja urgentemente revista, evitando, assim, a manutenção de decisões judiciais que aberram contra o bom senso e contra a natureza da existência humana, chancelando verdadeiras imoralidades.

O juiz, como se sabe, não deve subserviência à lei, mormente àquelas que se lhe afiguram injustas, incidindo, no particular, o pensamento de Viktor Cathrein¹⁰, expoente da concepção tomista do Direito Natural, para quem o conteúdo moral da norma de Direito é essencial, não podendo ela (a lei) prevalecer contra o valor ético apenas e tão-somente por razões de vigência técnico-normativas ou injunções fáticas. Daí as ponderações que realizou sobre a ação do juiz: *“Se a justiça da lei é apenas duvidosa, o juiz pode, em regra, decidir segundo a lei; se, ao contrário, a injustiça da lei é manifesta, não pode cooperar em sua execução. A ordem jurídica natural constitui o limite intransponível da ordem positiva.”*

(in, Trabalho publicado na Revista Ajuris, n° 73, pg. 201. Revista de Jurisprudência de Santa Catarina, n° 83/94, pág. 3. Revista do Ministério Público do Paraná.)

NOTAS

1. RJTJSP 151/15;
2. Investigação de Paternidade e Maternidade do ABO ao DNA. Cone Editora, pg. 169;
3. A Prova na Investigação de Paternidade, 4ª, ed. Juruá, 1995, pg. 113;
4. Ap. Cív. nº 48.433, de Sombrio, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJE nº 9.244, de 30.05.95, pg. 09;
5. Ap. Cív. nº 36.643, de Anchieta, rel. Des. Napoleão Amarante, DJE nº 8347, de 27.09.91, pg. 12;
6. Curso Direito Civil, 2º vol. 9ª ed., pg. 264;
7. A Evolução do Direito, trad. de Abel d’Azevedo; A Luta pelo Direito, trad. Tavares Bastos;
8. Tendências Modernas do Direito de Família, RT 628/19
9. Coisa Julgada na Investigação de Paternidade, Jornal da Síntese, setembro/98, nº 19, pg. 10;

10. Filosofia do Direito, Miguel Reale, 11^a ed, 1986, Saraiva, pg.484;