

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**ASPECTOS POLÊMICOS DA FILIAÇÃO**

Natalia Figueiredo Formagio

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**ASPECTOS POLÊMICOS DA FILIAÇÃO**

Natalia Figueiredo Formagio

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a Orientação da Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, Ana Laura Teixeira Martelli

Presidente Prudente/SP  
2012

# **ASPECTOS POLÊMICOS DA FILIAÇÃO**

Monografia de Curso de Direito aprovado  
como requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito

Ana Laura Teixeira Martelli  
Orientadora

Kamila Nunes  
Examinador

Giselle C. B. Marcato  
Examinador

Presidente Prudente, 11 de Junho de 2012

*Dedico o presente trabalho aos meus amados pais, Gildo Formagio e Marcia Figueiredo Formagio, minha eterna gratidão e amor infinito...*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus, o senhor de todas as coisas, que sem a sua proteção, não teria forças para concluir tal trabalho, devido às adversidades da vida.

Agradeço a minha Orientadora, Ana Laura Teixeira Martelli, com sua graça, simpatia e paciência me ajudou na realização do presente trabalho.

À minha família, preciosa, que sempre me deu apoio e amor. Me deu uma base forte, educação, amor e força, é onde eu encontro o meu porto seguro, composta pelas pessoas que mais amo na vida.

Agradeço à minha majestosa banca, composta por Kamila Nunes e Gisele Marcato, examinadoras escolhidas à dedo, que hoje se fazem presentes para assistir e julgar o meu Trabalho de Conclusão de Curso.

## RESUMO

O presente trabalho aborda as questões polêmicas com relação à filiação, um dos temas mais debatidos no momento, em consonância com a evolução da ciência, por método dedutivo baseado em pesquisas em doutrinas e jurisprudências, com o fim de apresentar os principais posicionamentos sobre o seu reconhecimento judicial, os meios de provas cabíveis e os efeitos da sentença em outras ações e a coisa julgada.

Destaca a evolução histórica de tal direito da personalidade e os tipos de filiação, decorrentes do vínculo genético ou afetivo. Trata da abolição do preconceito de filhos havidos dentro do matrimônio ou fora dele com o passar dos anos e a evolução da ciência nos meios de prova, desde os indícios de relações sexuais e fidelidade até o exame pericial de DNA e seu potencial probatório.

Tais posicionamentos apresentados mesclam entendimentos dos Tribunais, doutrinadores e legislador, abordando os principais temas polêmicos e atuais frente à evolução da sociedade, parâmetros pré-estabelecidos e equivocados. Porém, sem a pretensão de abordar toda a matéria referente a tal assunto, devido a sua extensão, mas apenas as mais relevantes que afetam tal direito, irrenunciável e inerente aos direitos de personalidade.

**Palavras-Chaves:** Direito. Filiação. Reconhecimento Judicial de Paternidade. Igualdade. Filiação socioafetiva e biológica. Indícios de paternidade. Meios de prova. Sentença.

## ABSTRACT

The present work considers the polemical questions relating to filiation, one of the most debated subjects at the moment, in correspondence with scientific developments, by means of a deductive method based on research in doctrines and jurisprudence, having as the aim to present the principal viewpoints surrounding its judicial recognition, the means of acceptable evidence and the effects of the sentence in other cases and the sentenced case.

It accentuates the historical development of the noted personality right and the types of filiation, due to genetic or affective bonds. It deals with the abolition of prejudice against children begotten in matrimony or out of wedlock during the passing years and the scientific development in the process of evidence, since the earliest sexual relations to the forensic DNA exam and its evidentiary potential.

Such presented viewpoints blend tribunal, endocrinologist, and legislator's understanding, approaching the central and current themes facing societal evolution, with pre-established and unequivocal guidelines. However, without the pretense of addressing all the material relevant to the subject, due to its vastness, but limited to the most relevant that affect such categorical and irrefutable and inherent as is the personality right.

**Key-words:** Law, Filiation, Lawful Paternal Recognition, Equality, Socioaffective Filiation and Biological Filiation, Paternal Evidences, Means of Proof, Sentence.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>2 FILIAÇÃO .....</b>	<b>2</b>
2.1 Histórico .....	2
2.2 Espécies de Filiação .....	3
2.2.2 Filiação Socioafetiva .....	3
2.2.3 Filiação Biológica .....	5
<b>3 RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PATERNIDADE .....</b>	<b>6</b>
3.1 Histórico .....	6
3.2 Conceito e Natureza Jurídica .....	13
3.3 Legitimidade Ativa .....	14
3.4 Legitimidade Passiva .....	16
3.5 <i>Exceptio Plurium Concubentium</i> .....	17
3.6 Coincidência das Relações Sexuais .....	17
<b>4 MEIOS DE PROVA .....</b>	<b>19</b>
4.1 Índícios e Presunções .....	20
4.2 Depoimento Pessoal e Prova Testemunhal .....	22
4.3 Prova Documental .....	23
4.4 Exame Prosopográfico e Odontológico .....	23
4.5 Prova Hematológica .....	24
4.6 Exame de DNA .....	24
<b>5 EFEITOS DA SENTENÇA .....</b>	<b>26</b>
5.1 A coisa julgada na Investigação de Paternidade .....	26
5.2 Dos Alimentos na Investigatória .....	27
5.3 Ação Anulatória da Investigação de Paternidade .....	28
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>31</b>

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>33</b>
---	-----------

# 1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, abordou-se a evolução história do direito de filiação, desde os primórdios das Constituições e Leis esparsas a respeito de tal assunto, com foco no reconhecimento da paternidade no passado até os dias de hoje.

A filiação socioafetiva, marcada pelo vínculo sentimental entre pais e filhos e seu reconhecimento, bem como a sua constituição e a filiação biológica, marcada pelo liame genético também é abordada, e mais a frente com os meios em que esta é provada.

O reconhecimento judicial da paternidade será abordado no Capítulo 2, com foco no aspecto processual, como também os indícios na falta de provas e as condições subjetivas que levam a suspeita da paternidade e de uma ação de investigação de paternidade são tratadas no Capítulo 3.

Mais a frente, no Capítulo 4, ingressando na Ação de Investigação de Paternidade, os meios de provas e sua evolução ao longo dos anos até o mais atual meio de prova e a indispensabilidade de tal perícia nas demandas dos dias de hoje, todos com conteúdos probatórios diferentes, suficientes para declarar a paternidade e inerentes a tal ação.

Os efeitos da sentença, com vistas na coisa julgada, alimentos e ação Anulatória, uma vez que nem sempre quando se declara a paternidade, é possível que tal ação seja imutável, levando em conta os aspectos científicos, possibilidades do alimentante e anulação da mesma pela falta de provas suficientes em ações antigas ou negligência na realização do exame de DNA, debatidas no Capítulo 5.

## 2 FILIAÇÃO

No presente capítulo, tratar-se-à do Histórico e evolução das Filiações no Direito Brasileiro e as Espécies, como a socioafetiva e a biológica.

### 2.1 Histórico

No início do século, o Código Civil de 1916 classificou os filhos como sendo legítimos, ilegítimos e legitimados. Os filhos nascidos na constância do casamento eram os chamados legítimos. Ilegítimos eram aqueles havidos fora do casamento, por pessoas que não eram casadas, não podiam casar-se ou em concubinato. Legitimados eram assim chamados os filhos que não eram legítimos, mas com o casamento, passaram a ser.

Essa distinção entre os filhos foi superada com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, parágrafo 6º:

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

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Assim, qualquer distinção da prole foi considerada Inconstitucional, e todos os filhos passaram a ter os mesmos direitos que os demais, independentemente do matrimônio.

Da mesma forma, quanto o Reconhecimento da Filiação e a Investigação de Paternidade sobre os filhos havidos fora do casamento, a Lei 8.560 dispôs em seu artigo 1º as formas do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.

Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

A Lei 7.841 de 10 de outubro de 1.989 corroborou o texto Constitucional e colocou fim ao artigo 358 do Código Civil que distinguia filhos adulterinos e incestuosos dos demais. Unificou todas as classificações e pôs fim a distinção entre os descendentes.

O Novo Código Civil de 2.002 (BRASIL, Lei 10.406. Art. 1.596. Institui o Código Civil. Brasília, de 10 de janeiro de 2.002), mais especificadamente em seu artigo 1.496 recepcionou o dispositivo Constitucional e colocou fim à discussão quando dispôs que: “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Em suma, o direito brasileiro caminhou rumo à abolição da distinção entre os filhos oriundos do casamento ou não e trouxe tratamento paritário entre toda a prole.

## **2.2 Espécies de Filiação**

A filiação pode ser dividida em Socioafetiva, que é aquela que se configura pelo vínculo afetivo e a biológica, que é aquela decorrente do vínculo genético.

### **2.2.1 Socioafetiva**

A filiação sócio afetiva está intimamente ligada ao Princípio da Dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 5º, §2º da Magna Carta. Tal princípio pode limitar a aplicação de determinados preceitos, pois faz parte da Constituição Federal e assim não pode ser desrespeitada.

Os princípios consagrados no Direito de Família trouxeram igualdade entre as filiações sócio afetivas e genéticas, uma vez que ambas possuem o mesmo amparo jurídico de família, sendo proibida qualquer distinção entre os filhos.

A adoção ou filho de criação, uma das formas de se exteriorizar tais princípios, uma vez que o vínculo entre pais e filhos não são os genéticos, mas os afetivos, uma vez que é estipulado um tratamento igualitário entre todos, sendo genéticos ou não.

O reconhecimento espontâneo dos pais em cartório não carece de um vínculo genético, uma vez que somente esta ação configura uma adoção, pois exprimiu o interesse de ser pai ou mãe.

Welter (2010, p. 65) explicita seu entendimento:

Como por exemplo desse jeito de ser-em-família, pode ser lembrado o caso da mãe solteira, que contrai casamento ou união estável, cujo cônjuge ou convivente reconhece, voluntariamente, a paternidade responsável do filho de sua consorte. Este cônjuge ou companheiro pratica um ato humanitário, já que outorga a um ser humano um direito ao mundo afetivo, motivo pelo qual não só exerce a função de pai, como, principalmente, a circunstância, o jeito de ser-pai, transformando-se em tutor no mundo afetivo de seu filho, cujo direito é irrevogável, irrenunciável, irretroatável, indisponível, imprescritível, inegociável, intangível.

Deste modo, a paternidade sócio afetiva é irrevogável, pois não poderá ser alegado que não são pais biológicos, pois evidenciaram o animus de serem pais mesmo tendo ciência de tal condição, não podendo ser alegada posteriormente para fins de extinção do vínculo de parentesco por afinidade, salvo de conduta de caráter ilícito. Assim, não se pode alegar também o curto lapso temporal, já que não é um ato procedimental, mas sim uma condição do mundo afetivo.

Na V Jornada de Direito Civil foram discutidos algumas questões relativas à paternidade sócio afetiva, e assim ficou consolidado:

Art. 1.593. O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

Tal questão, já consolidada na atual doutrina e jurisprudência, confirma que os filhos, ligados pela afetividade ou vínculo biológico, possuem os mesmos direitos, de integrar uma família em todos os sentidos e dos direitos patrimoniais.

### 2.2.2 Biológica

A filiação biológica tem como base o vínculo genético entre pai e filho, ou seja, aquele que é decorrente de relações sexuais mantidas entre pai e mãe.

A filiação biológica nos dias de hoje é facilmente descoberta, uma vez que o exame pericial de DNA nos permite, com quase absoluta exatidão se o possível pai é mesmo o pai biológico.

Com base no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe uma garantia aos filhos:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

O exame pericial de paternidade é necessário para a descoberta de tal filiação, pois traz um grande reserva de certeza pelo magistrado e a procedência da demanda, conforme inteligência do Supremo Tribunal de Justiça

### **3 RECONHECIMENTO JUDICIAL DE PATERNIDADE**

Temos dois tipos de Reconhecimento dos filhos, como o Voluntário que deriva da vontade de assumir o filho e o Judicial, que emana de Devido Processo Legal e produção de provas.

#### **3.1 Histórico**

O reconhecimento, sendo judicial ou não, sofreu mudanças ao longo dos anos, como será tratado à seguir.

##### **3.1.1 Ordenações Filipinas**

Vigiam na época em que o Brasil era colônia de Portugal as Ordenações Filipinas, que foram ratificadas no ano de 1.643. Essa legislação regulava direitos acerca dos bens, pessoas e relações.

Havia uma grande diferença entre os filhos ilegítimos de nobres e filhos ilegítimos de plebeus no tocante à sucessão dos bens. Os filhos ilegítimos dos plebeus tinham a faculdade de concorrer com os filhos legítimos na herança, ressalvado ainda a terceira parte dos bens da herança que o pai poderia resguardar para quem quisesse. No caso dos nobres, o tratamento quanto à sucessão não era o mesmo, como disciplinava o Livro IV, Título 92: “Se algum homem houver ajuntamento com alguma mulher solteira, ou tiver uma só manceba, não havendo entre eles parentesco ou impedimento que não possam ambos casar, havendo de casa uma d’ellas filhos, os taes filhos são havidos por naturaes. E se o pai for peão (plebeu), sucerder-lhe-ão e virão à sua herança igualmente com os legítimos, se os o pai tiver. E não havendo filho legítimos, herdarão os naturaes todos os bens e herança do pai, salvo a terça, se o pai tomar, da qual poderá dispor como lhe aprouver”.

Os filhos advindos de incesto, adutério e sacrilégios tinham direito a ampla investigação de paternidade para fim alimentar somente, pois no campo hereditário, não tinham direito aos bens deixados pelo ascendente. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (Instituições de Direito Civil, vol. V, 2004, p. 198): “Não se

proibia, entretanto, a investigação de paternidade, nem havia lei que se opusesse a que os filhos naturais fossem instituídos herdeiros testamentários”.

O filho espúrio somente seria reconhecido como tal ou poderia demandar reconhecimento com liberdade de prova, ou seja, investigação de paternidade, somente para efeito dos alimentos, pois na herança, não concorreria com os demais herdeiros legítimos.

A Constituição do Império de 25 de março de 1.824 trouxe em seu conteúdo o Princípio da Igualdade, o que cessou os privilégios que alguns herdeiros tinham sob outros. Segundo alguns estudiosos, tal Princípio confrontava com o preceito das Organizações Filipinas e para dirimir esta discussão, foi editada a Lei 463 de 2 de setembro de 1.847, que estendeu os mesmos direitos hereditários dos filhos naturais dos plebeus aos filhos naturais dos nobres, porém deve ser reconhecido por meio de escritura pública ou testamento para concorrer à herança.

Os referidos dispositivos, como se vê, feriram o Princípio constitucional da igualdade, pois distinguia ainda a filiação dos nobres e plebeus. Na época, houve discussões na doutrina e divergência nos entendimentos. Por fim, o posicionamento que vigorou é que a filiação será provada por escritura pública ou testamento e a carência do direito de pedir alimentos apenas poderia derivar de disposição expressa. Ou seja, a filiação será provada por um destes meios assim como o filho teria o direito de pedir alimentos ao pai.

Mais tarde, foi reconhecido o direito de reconhecer a paternidade por diversas maneiras, como o registro de nascimento, por confissão espontânea, nos casos em que haja paternidade natural, escritura pública ou diverso documento que viesse do pai e tratasse da paternidade.

Porém os filhos incestuosos, adulterinos e de filiação espúria tinham direito à investigação de paternidade e direito aos alimentos, como os outros tipos. Porém, quando se tratava de sucessão, esses filhos não estavam incluídos.

### **3.1.2 Código Civil de 1.917**

Na elaboração deste Código Civil, o legislador se preocupou em abolir as distinções entre os filhos legítimos e ilegítimos dos plebeus e nobres, porém os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.

Dessa forma, o Código proibiu o reconhecimento judicial ou extrajudicial da paternidade e investigação da maternidade para os filhos incestuosos e adulterinos. Portanto, nesse mesmo código, perdurou o entendimento que os filhos advindos de relações extraconjugais somente poderiam intentar a investigação de paternidade com o fim dos alimentos, pois em sede de herança, não tinham esse direito.

### **3.1.3 Constituições de 1.034 e 1.937**

As duas Constituições não aboliram o não-reconhecimento dos filhos espúrios. Questionava-se se as referidas Constituições teriam revogado o Código Civil no que concerne ao reconhecimento dos filhos ilegítimos.

Na época, o Ministro do STF, Filadelfo Azevedo defendeu que o Art. 126 da Constituição de 1.937 teria revogado sim o Código Civil e que os filhos ilegítimos teriam os mesmos direitos e deveres que os legítimos. Embora o entendimento tenha sido aceito, não foi o entendimento que prevaleceu, pois somente poderia facilitar o reconhecimento se este mesmo existisse dos filhos ilegítimos.

### **3.1.4 Legislações do Trabalho e da Previdência Social**

O legislador, em busca da mudança da distinção da filiação, cooperou para a mudança em diversas leis trabalhistas, em que incluíam no benefício todos os filhos, sem qualquer tipo de distinção entre eles. Orlando Gomes e Nelson Carneiro,

Reconhecimento dos filhos adulterinos, v.1, p. 146: “que a evolução se processa à margem do Código Civil, em leis esparsas e especiais, que todavia denotam desenvolvimento firme e uniforme no sentido de suprimir a distinção entre ilegítimos reconhecíveis e irreconhecíveis, equiparando todos aos filhos legítimos.”

### **3.1.5 Decreto-Lei 4.737 de 24 de setembro de 1.942**

Havia uma discussão sobre os filhos tidos pelo cônjuge desquitado, se eram adulterinos ou naturais.

Os liberais aceitavam a tese que filhos desquitados eram considerados naturais, pois com o desquite, cessa os efeitos do matrimônio. Portanto, homem ou mulher que mantivesse relações sexuais com outra pessoa livre e desse ato gerasse um filho, não praticaria adultério, em vista de não estar casado. Assim, o filho havido nessas condições não era adulterino, mas natural. Os conservadores adotaram um entendimento contrário.

O Estado acatou a teoria Liberal, reconhecendo e possibilitando a declaração da filiação do filho tido fora do matrimônio depois do desquite.

O filho adulterino poderia ser reconhecido em Ação de investigação de paternidade e ser reconhecido voluntariamente somente após o desquite, morte e anulação do casamento.

### **3.1.6 Lei 883 de 21 de outubro de 1.949 e suas alterações**

Tal lei foi sancionada para dirimir as controvérsias entre a interpretação do Decreto-Lei 4.737/42, que dispunha sobre o Reconhecimento dos filhos adulterinos dos desquitados.

Visou expandir o entendimento que não somente o filho do desquitado poderia ter a paternidade reconhecida, mas também todos os filhos tidos fora da constância do casamento, ou seja, ilegítimos.

Dispôs que o filho adulterino tinha o direito à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado e de ingressar com Ação de alimentos contra o pai, sob segredo de justiça, conforme Lei 883 de 1949 em seu artigo 1º:

Art. 1º Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação.

Art. 2º O filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.

Art. 3º Na falta de testamento, o cônjuge, casado pelo regime de separação de bens, terá direito à metade dos deixados pelo outro, se concorrer à sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma desta Lei.

Art. 4º Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo, de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo.

Art. 5º Na hipótese de ação investigatória da paternidade terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta interposto recurso.

Art. 6º Esta Lei não altera os Capítulos II, III e IV do Título V, do Livro I, parte especial do Código Civil (arts. 337 a 367), salvo o artigo 358.

Art. 7º No Registro Civil, proibida qualquer referência a filiação ilegítima de pessoa a quem interessa, far-se-á remissão a esta Lei.

Art. 8º Aplica-se ao reconhecido o disposto no art. 1.723, do Código.

Art. 9º O filho havido fora do matrimônio e reconhecido pode ser privado do amparo social, assegurado por esta Lei nos mesmos casos em que o herdeiro excluído da sucessão, ou pode ser deserdado (arts. 1.595 e 1.744 do Código Civil).

Art. 10. São revogados o Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942, e os dispositivos que contrariem a presente Lei.

Art. 11. Esta Lei entrará em vigor na data da sua publicação.

A Lei 6.515 de 1.977 acrescentou parágrafos aos artigos 1 e 4 e alterou os artigos 2 e 9 da Lei 883/49.

As alterações trazidas pela Lei 6.515/77 acarretaram o direito à filiação do filho adulterino mesmo na constância do casamento do pai ou mãe, sendo reconhecido por meio de testamento cerrado. Independentemente da natureza da filiação, os filhos terão igualdade de condições no direito à herança.

Em 1.984 passou a vigor a Lei 7.250, que dispunha que o filho havido fora do casamento teria direito à Ação de investigação de paternidade contra o suposto pai após decorrido o lapso temporal de 5 anos após a separação de fato deste.

### **3.1.7 Constituição Federal de 1.988**

A Constituição Federal de 1.988 tratou de emendar integralmente todas as diferenças e desigualdades referentes à filiação que antes perdurava na Constituição de 1.917.

Nossa Constituição congregou a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1.948 e o “Pacto de San José de Costa Rica” e ampliou o conceito de Direito de Família, tais como a adoção, união estável e filiação.

No tocante à filiação, estatuiu o Art. 227 que os filhos, advindos ou não da relação do matrimônio, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, impedidas quaisquer designações discriminatórias concernentes à filiação.

A Lei 7.841 de 1.989 revogou expressamente o Art. 358 do Código Civil, que não reconhecia os filhos incestuosos e adulterinos. O Supremo Tribunal de Justiça se posicionou, repudiando qualquer discriminação incompatível com o desenvolvimento jurídico e evolução social.

### **3.1.8 Lei 8.069 de 13 de julho de 1.990 (ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente)**

O ECA conferiu ao Estado assegurar a realização dos direitos da criança e adolescente, dando-lhes todos os direitos inerentes à pessoa humana, embasado nos princípios da igualdade e da paternidade responsável. Entre os direitos dispostos na lei, encontra-se o do reconhecimento do estado de filiação que pode ser exercitado a qualquer momento contra os pais sem restrições.

Também deu legitimidade ao Ministério Público para zelar os direitos e garantias inerentes à essas pessoas, cabendo a eles tomarem as medidas judiciais cabíveis, tais como acompanhar as ações de alimentos, nomeação de tutores e curadores, destituição do pátrio poder e também a legitimidade para propor a Ação de investigação de paternidade.

### **3.1.9 Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1.992**

Essa Lei tratou da investigação de paternidade de filhos gerados fora no casamento e trouxe duas novas formas de reconhecimento da paternidade, como o escrito particular e a manifestação expressa e direta perante juízo, qualquer que seja, cível ou criminal, em sede administrativa ou judicial.

Trouxe inovações na legitimação do Ministério Público, quando houver indícios de paternidade, este poderá intentar a ação em favor do menor.

### **3.1.10 Código Civil de 2.002**

No atual Código, há uma presunção relativa ou *iuris tantum* de paternidade embasada no Princípio do *pater is est quem nuptias demonstrant*, disposto no Art. 1.597. Ou seja, há presunção de filiação toda criança nascida na constância da sociedade matrimonial.

Esta presunção é considerada relativa, o legislador tomou liberdade para atribuir valores probatórios a certos fatos, presumindo que o marido é o pai da criança nascida durante o relacionamento. Porém essa presunção, por ser relativa, admite prova em contrário.

Porém somente origina fins no campo de registro civil, pois na união estável, a segurança em relação à paternidade é por meio da investigação de paternidade e enquanto a mulher casada pode registrar o filho sozinha, a companheira da união estável deve contar com o comparecimento do convivente.

O legislador excluiu a presunção de paternidade na união estável pela não documentação ou registro desse relacionamento. A Constituição Federal estabeleceu o Princípio da igualdade entre os filhos, porém ainda persiste a diferença de efeitos jurídicos dos filhos extra matrimoniais e matrimoniais. Os advindos da união estável não admitem presunção, embora a doutrina e jurisprudência a presuma, inclusive dispensando a investigação de paternidade.

### 3.2 Conceito e Natureza Jurídica

Enquanto que o Reconhecimento Voluntário da Paternidade ocorre no Registro do nascimento do filho, de maneira querida, desejada, o Reconhecimento Judicial é caracterizado de forma diversa, por meio das vias judiciais. Segundo Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado: direito de família, parte especial, p.73) discorre sobre a maneira em que ocorre o reconhecimento judicial da paternidade: “O reconhecimento judiciário, ou forçado, é o que resulta da sentença na ação que os ilegítimos têm contra os pais, ou contra os seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação”.

O autor da Ação de Investigação de Paternidade busca na sentença a declaração de que é filho do réu. A Ação de Investigação de Paternidade faz parte das chamadas Ações de estado, em que há busca-se resolver problemas acerca do sobre o *Status Personae*, pois visam obter em juízo a existência de um vínculo de filiação não pacificado.

Caio Mário da Silva Pereira, em seu livro Reconhecimento da Paternidade e seus efeitos, p. 52 conceitua as ações de estado na ótica do reconhecimento da paternidade: “que visam ao acertamento do estado da pessoa, seja para afirmá-lo, quando ela não lhe está na posse, seja para contestá-lo, quando um terceiro quer privá-la das vantagens de um estado em que se acha, sem a ele ter direito e particularmente as que tem por objeto a fixação da relação jurídica de paternidade, distinguindo-se entre as positivas, ou ações de vindicação de estado, como por exemplo, reclamação da filiação legítima (Artigo 350 do Código Civil) , e negativas, ou de contestação do estado, como por exemplo, a repudição de paternidade legítima (Artigo 339 do Código Civil), referidos com filiação nas relações de casamento ou fora dessas relações.”

Por isso, a Ação de Investigação de Paternidade faz parte do rol das ações de Estado, pois tem o objetivo de afirmar uma relação de paternidade.

Conforme afirma Cruz (2001, p. 75):

A obtenção dessa afirmação não constitui um direito novo, como querem alguns estudiosos de direito, mas uma declaração que visa acertar uma relação entre o investigante e o investigado até então existente no plano fático (relação fática), conformando-a no plano jurídico (relação jurídica), com efeito, retrooperante desde o nascimento.

Portanto, devemos considerar esse tipo de ação de natureza jurídica declaratória e não constitutiva, pois caso se declare a paternidade, os efeitos devem retroagir desde a data do nascimento do investigante e apenas se declarará um direito que já existia desde a concepção.

### 3.3 Legitimidade Ativa

O filho, por ser o único com legitimidade ativa para propor a Ação de Investigação de paternidade é o sujeito que decide a continuidade ou desistência da ação. Caso o filho venha a falecer antes de propor o feito, o direito de ingressar com a ação se extingue. Porém, intentada a ação e falecido o filho, o direito de ação passa aos seus herdeiros, como dispõe o artigo 1.606 do Código Civil.

O Direito do filho investigante é embasado em diversas leis e sofreu alterações no que concerne à distinção entre filhos, concedendo direitos iguais a todos os filhos, independentemente se foi concebido por incesto, adultério ou pelo matrimônio.

Foram criadas e editadas diversas leis, entre elas a Constituição Federal, em seu Artigo 227, §6º que garantiu os mesmos direitos para os filhos havidos dentro e fora do matrimônio e proibiu qualquer distinção entre eles. Assim, em 1948 também foi criado o “Pacto de San José da Costa Rica” que corroborou o disposto na Constituição Federal e concedeu igualdade entre todos os filhos.

A lei 7.841 de 1.989 revogou expressamente o dispositivo no Código Civil que não possibilitava o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs em seu Artigo 27: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o Segredo de Justiça”.

Entretanto, surgiu uma controvérsia acerca do interesse do Ministério Público ou outros legitimados que não o investigante na Ação de Investigação de Paternidade. Não seria esse direito personalíssimo? Até que limites?

O doutrinador Cruz (2008, p. 138), dirimiu essa controvérsia dispondo que

Podemos constatar que a justificativa teve como fonte inspiradora o Código Civil português e, nessa legislação (artigo 1.864 e seguintes), o Órgão do Ministério Público é legitimado extraordinariamente para propor ação de investigação de paternidade, quando se verificar no assento de nascimento somente o reconhecimento materno.

Assim, o legislador pátrio, não observando que até então o reconhecimento da filiação era direito personalíssimo do investigante (ECA: art. 27), desertou esse direito e nitidamente copiou as disposições da legislação estrangeira referida, legitimando o Ministério Público para a promoção da Ação de Investigação de Paternidade, podendo dizer que o reconhecimento de estado de filiação perdeu a sua característica de personalíssimo.

A respeito da indisponibilidade, o legislador garante a todos os filhos o direito de ter sua filiação declarada, não podendo renunciar a esse direito por motivos torpes ou irrelevantes.

A imprescritibilidade garante ao investigante a qualquer tempo propor medidas judiciais para o reconhecimento da filiação. Porém os filhos também têm o direito de desistir da ação se assim o quiser, não perdendo o direito de ação posterior.

Contempla Veloso (1997, p. 154):

O investigante pode desistir da ação proposta, extinguindo-se o processo, sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, VIII). Tal desistência não importará renúncia ou disposição do direito. Embora homologada, o autor pode ingressar com nova ação investigatória contra o mesmo réu, e a qualquer tempo, pois tal ação é imprescritível.

Porém tal anotação não engloba a representante legal do investigante menor, pois a mesma não possui a titularidade da ação e por esse motivo, não tem a faculdade de desistir da ação.

Atualmente surgiram controvérsias acerca da imprescritibilidade da Ação de Investigação de Paternidade quando o filho investigante já possui registro. Há julgados que reconhecem a decadência do direito, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação Cível 7000677526-6. Relator Des. Rui Portanova. J. 27/11/2003. INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. DECORRIDO PRAZO DECADENCIAL DE 04 (QUATRO) ANOS DO IMPLEMENTO DA MAIORIDADE DO INVESTIGANTE. APLICAÇÃO DO ART. 1.614 DO CCB.

*Há de ser diferenciada a situação do filho que teve reconhecimento da paternidade registral daquele que não o teve. Havendo paternidade registral, o direito de ação em relação à investigatória decai no lapso temporal de 04 (quatro) anos do implemento da maioridade do investigante. Diversa será a situação do investigante em cujo registro de nascimento inexistente reconhecimento da paternidade. Existência de vínculo afetivo do filho com o pai registral demonstrado pelo teor do registro de óbito deste, onde constou o investigante como um de seus filhos. Cheque datado em 1985, emitido pelo investigado para pagamento de alimentos, quando o investigante contava com 21 (vinte e um) anos, demonstra anterior conhecimento deste quanto ao vínculo ora apontado. Decurso do prazo decadencial pela inércia do investigante. Mantida a sucumbência. Afastada a litigância de má-fé. APELO E RECURSOS ADESIVOS DESPROVIDOS, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR.*

Apelação Cível 70004055000. Relator Des. Rui Portanova. J. 02/05/2002. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXISTÊNCIA DE PAI REGISTRAL. DECADÊNCIA DA AÇÃO. Art. 178, par. 9º, VI, do Código Civil. ECA, art. 27. Constituição Federal – art. 227, parágrafo 6º. *Não se pode sopesar na mesma igualdade a situação de filho registrado daquele que não tem o registro, com relação ao pai. São situações diferenciadas. Não se pode concluir que todas as pessoas, estão habilitadas a propor investigatórias, sem qualquer limite temporal, pena de ofendido o princípio também, pena de ofendido o princípio de também válido da segurança jurídica, criando desassossego nas relações afetivas. Apelação Improvida.*

Entretanto, o mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

Embargos Infringentes 70003018421. Relator Des. Antonio Carlos Stangler Pereira. J. 09/11/01. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. *A ação de investigação de paternidade envolve o estado da pessoa. Diz com a personalidade. E como tal, é um direito indisponível e imprescritível. A constituição federal, no art. 227, parágrafo 6º, traz norma de eficácia plena que proíbe qualquer discriminação relativamente à filiação. Assim, é flagrante a inconstitucionalidade de regras – no caso do art. 178, parágrafo 9º, VI, do Código Civil - que disponham de prazos exíguos para a averiguação do estado da pessoa, da verdadeira identidade, da verdadeira paternidade, discriminando filho com pai registral daquele registrado somente pela mãe, o qual não encontra qualquer prazo para investigar sua paternidade.*

### **3.4 Legitimidade Passiva**

Conforme dispõe Bahena (2006, p. 90):

A legitimação passiva pertence ao ingitado pai. No caso de o suposto pai ser falecido, poderá ser intentada a ação de investigação de paternidade contra os seus herdeiros. O que não se admite, é que a ação investigatória

seja dirigida à viúva do investigado, até mesmo porque ela não é parte legítima para responder a ação.

Primeiramente, a legitimidade passiva pertence ao pai investigado, não podendo ser transferida á cônjuge. Caso o pai esteja falecido, a legitimidade passiva da ação será dos herdeiros legítimos e testamentários.

### **3.5 *Exceptio Plurium Concubentium***

Primeiramente, ao ingressar com a demanda de reconhecimento de paternidade, como a ação de investigação de paternidade, cabe ao autor instruir a ação com elementos suficientes para se presumir a paternidade. Porém, na contestação apresentada pelo réu, ora pai, este poderá alegar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do pedido do autor, segundo o artigo 333, II do Código de Processo Civil e neste momento há a inversão do *ônus probandi*.

O argumento mais utilizado para a improcedência da pretensão do autor é a alegação do *Exceptio Plurium Concubentium*, de que no momento da concepção do filho, a mãe se relacionou sexualmente com outros homens, fato que coloca em dúvida a paternidade alegada, bem como a conduta de boa-fé da genitora.

### **3.6 Coincidência das Relações Sexuais**

A coincidência está ligada ao momento da concepção do filho com o momento que o casal se relacionava sexualmente. Porém, como não tem como se obter prova direta de tal relacionamento sexual, já que as pessoas praticam tal ato em privacidade, então somente pode obter prova com base em vestígios, presunções. Também pode obter-se prova indireta testemunhal, de pessoas próximas que presenciaram tal relacionamento amoroso.

Tais alegações, testemunhos e indícios presentes nesse processo não são suficientes para imputar a paternidade alegada, se faz necessário a produção de

provas que levam à maior nível de certeza pelo juiz, como as tratadas no próximo capítulo.

## 4 MEIOS DE PROVA

A prova encontra-se disposta no Código de Processo Civil em seu Capítulo VI – das provas – à partir do artigo 332 até o artigo 443. Nesses artigos, o legislador transcreveu as disposições gerais das provas e os tipos de provas admitidos em nosso ordenamento jurídico.

Cintra, Grinover e Dinamarco, (2005, p. 347) definem “A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.”

Portanto, a prova no processo tem o objetivo de formar a convicção e o conhecimento do juiz, acerca dos fatos controvertidos e buscando resolver a lide.

A ação de Investigação de Paternidade é uma Ação de Estado, pois pleiteia em juízo a existência de um estado de filiação. Essa ação encontra-se disposta em Lei própria, qual seja, a Lei 8.560/1992, de natureza jurídica declaratória, haja vista que já existe biologicamente a filiação desde o nascimento do filho, e por esse motivo, não é condenatória ou constitutiva. Somente será desta última natureza caso a ação venha cumulada com o pedido de alimentos.

Se a petição de Ação de Investigação de Paternidade for cumulada com o pedido de alimentos, deve vir acompanhada com petição de herança ou com o cancelamento de registro posterior.

Protocolada a ação e recebida em juízo, compete ao réu ou aos terceiros interessados no processo, oferecerem resposta no prazo de quinze dias (Art. 297 do CPC). Se houver diversidade de réus, o prazo se contará em dobro. Saliente-se que a ausência de resposta não produz os efeitos da revelia, por ser uma ação de estado e portanto, indisponível, conforme o Art. 320 do CPC. Assim, o feito deverá prosseguir e as provas serão produzidas. Após a fase postulatória e saneadora, ingressaremos na fase instrutória ou de produção das provas em direito admitidas, como os exames periciais hematológicos, como o ABO, HLA e DNA.

Caso o réu não compareça para a coleta de material necessário para a produção das provas, estaríamos diante de uma presunção relativa de paternidade, conforme a Súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se a exame de DNA induz presunção *júris tantum* de paternidade”.

Há um projeto de Lei, ainda em trâmite na Câmara dos Deputados, dispondo a favor da presunção de paternidade em caso de recusa do suposto pai em realizar o exame pericial, com favoráveis pareceres:

Projeto de Lei 4.719/2001.

Altera a Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1.992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

*Art. 1º Esta lei estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético – DNA.*

Art. 2º A lei 8.560, de 29 de dezembro de 1.992, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2ºA:

‘Art. 2ºA. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Art. 3º Revoga-se a Lei 883, de 21 de outubro de 1.949.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Porém tal projeto de Lei vem sendo criticado em virtude dos Princípios Constitucionais da Constituição Federal, que garante a qualquer cidadão o direito de fazer ou deixar de fazer algo apenas em virtude de lei. Com isso, foi proposto outro Projeto de Lei que altera o Código Civil vigente:

Art. 1.601. O direito de contestar a relação de filiação é imprescritível e cabe, privativamente, às seguintes pessoas:

[...]

*§4º A recusa injustificada à realização das provas médico-legais acarreta a presunção da existência da relação de filiação.”*

“Art. 1.615. Os filhos têm ação contra os pais os seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação, sendo esse direito imprescritível.

§2º Nas ações de filiação são admitidas todas as espécies de prova, inclusive as biológicas;

*§3º Há presunção a relação de filiação diante da recusa injustificada à realização das provas médico-legais.*

[...]

#### **4.1 Indícios e Presunções**

Os indícios e presunções são considerados provas indiretas pois não há a produção das provas, mas sim uma aceitação íntima dos fatos alegados. Lopes (2002, p. 66 e 67) expressa o entendimento que:

[...] a partir de um raciocínio baseado em fato conhecido e provado, chega-se, dedutivamente, a outro fato (fato probando) (...). Com efeito, os indícios constituem sinais, vestígios ou circunstâncias que, isoladamente, são insuficientes para demonstrar a veracidade de uma alegação. Submetidos, porém, a análise e raciocínio do juiz, podem conduzir à prova pretendida.

A comprovação dos atos sexuais havidos entre a mãe do investigante e o investigado é um exemplo de indícios e presunções, que fazem parte das provas da Ação Investigatória e inclusive pode ser o único meio de se provar a filiação. Filho (1998, p. 183):

A prova da união sexual da mãe com o apontado pai, via de regra, é exclusivamente indiciária, deduzida do modo interativo dos encontros dos enamorados, através dos depoimentos das pessoas próximas e corroborada pela aparente honestidade da mulher e privativos contatos genitais entre ambos.

O Tribunal de Justiça de SC, no Acórdão 02.009187-7, 2ª Câmara Cível, expressou o seguinte entendimento:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS – RECUSA DO RÉU EM SUBMETTER-SE AO EXAME DE DNA – CONSEQUÊNCIAS – INDÍCIO – PRESUNÇÃO – COINCIDÊNCIA ENTRE A ÉPOCA DA CONCEPÇÃO E DAS RELAÇÕES SEXUAIS DA MÃE DO INDIGITADO PAI – PROVA TESTEMUNHAL CONVERGENTE PARA EXISTÊNCIA DO RELACIONAMENTO ÍNTIMO ENTRE O RÉU E A MÃE DO AUTOR – EXAME HEMATOLÓGICO NÃO EXCLUDENTE – *EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIUM* – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – PATERNIDADE RECONHECIDA – VERBA ALIMENTÍCIA FIXADA EM SEIS SALÁRIOS MÍNIMOS – INSURGÊNCIA DO ALIMENTANTE QUANTO AO VALOR FIXADO – REDUÇÃO ADMITIDA – EXEGESE DOS ARTS. 400 E 401 DO CC- Em tema de investigação de paternidade, coincidente o período de relacionamento íntimo entre o réu e a mãe do autor, mesmo que esporádico, e convergindo as provas testemunhais, por intermédio de depoimento de pessoas com estreitos contatos com as partes envolvidas, e com a indemonstração da *exceptio plurium concubentium*, é o que basta para presumir-se a paternidade reclamada. *É de livre arbítrio do magistrado a apreciação das provas, podendo, inclusive, utilizar-se de presunções e indícios coletados da prova testemunhal e documental que conduzam à certeza.* Assim, desnecessária é a realização do exame de DNA. *‘O exame pericial pelo método do DNA não é obrigatório, nem absoluto, mas útil ao descobrimento da verdade.* Demonstrado o réu, pois, desinteresse em realizá-lo, apesar de evidenciada a possibilidade financeira de patrociná-lo, tal comportamento depõe contra si próprio dentro do livre convencimento do julgador’ (AC 99.019679-1, de Itajaí, Rel. Des. Carlos Prudêncio). Na fixação dos alimentos, sejam provisionais ou definitivos, o critério a se observado é o previsto no art. 400 do CC, estabelecendo-as na proporção das necessidades do alimentado e dos recursos financeiros do obrigado.

## 4.2 Depoimento Pessoal e Prova Testemunhal

Essas modalidades são os meios orais de prova que possuem certa dificuldade em alegar os fatos, pois somente testemunhas bem próximas ao casal e seu convívio íntimo podem testemunhar em juízo acerca do relacionamento ou relações sexuais havidos entre eles. Bem como com quem a posse do filho se encontra e a filiação socioafetiva.

Porém a valoração dessa prova deve ser analisada com ressalvas, pois somente surtirá os efeitos absolutos e plenos o depoimento pessoal que assumir a paternidade. Caso contrário, o depoimento pessoal deverá ser analisado juntamente com os outros tipos de prova, em vista do pai investigado quase sempre negar a paternidade.

Os Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e Minas Gerais já se posicionaram acerca da procedência da ação de investigação de paternidade procedente com base nas provas testemunhais e depoimento pessoal. Seguem:

Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 66769600. Relator Desembargador Jesus Sarrão. Julgado em 30/06/1998.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – CUMULAÇÃO COM ALIMENTOS. PROVA TESTEMUNHAL SUDICIENTE. Se a prova testemunhal indica que o réu mantinha, por vários anos, um relacionamento amoroso com a mãe da autora, moça recatada de tenra idade, antes e após o nascimento do menor, e não está demonstrado que na época em que foi concebida procedia levemente, ou mantinha relações sexuais com outros homens, gerando dúvida quanto a paternidade invocada, deve esta ser reconhecida.”

“Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão 80435/1. Relator Desembargador Aluizio Quintão. Julgado em 05/12/1996.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA TESTEMUNHAL. *A prova testemunhal quando clara e coerente, sem contradições significativas entre os diversos depoimentos apresentados, é suficiente para embasar uma decisão que declare a procedência da investigação de paternidade e condene o réu à prestação de alimentos. A ausência do exame hematológico ou do exame de DNA, por si só, não invalida a decisão tomada a partir de um conjunto probatório consistente.*

## 4.3 Prova Documental

Podem ser provas documentais a certidão de batismo, cartas do suposto pai e da mãe do investigado discorrendo sobre a paternidade, ou demonstrando o relacionamento entre eles. O Superior Tribunal de Justiça proferiu entendimento sobre a dispensa da prova pericial e o acolhimento da pretensão

somente baseados na prova testemunhal e documental, como fica demonstrado a seguir:

Superior Tribunal de Justiça. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – *Declaração da paternidade em face de prova pericial, aliada às provas testemunhal e documental*. Incidência do Enunciado n.7 da súmula/STJ. Recurso desacolhido. A afirmação da paternidade feita pelo acórdão estadual com base na análise do conjunto fático-probatório, reportando-se ao laudo pericial (exame hematológico), aliado às provas testemunhal e documental, não pode ser desconstituída em sede de recurso especial, mercê do veto contido no Enunciado n.7 da súmula/STJ, por demandar reexame de fatos e provas. (REsp 212.117 – CE – 4ªT. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 10.09.2001).

#### **4.4 Exame Prosopográfico e Odontológico**

Esses exames consistem, respectivamente, em comparações de fotos entre o investigante e o investigado para averiguar a semelhança física entre eles e o segundo exame compara as arcadas dentárias entre ambos.

Como cita Oliveira (2001, p.113)

O exame prosopográfico, que consiste na ampliação de fotografias do investigante e do investigado, justapondo-as uma à outra, por cortes longitudinais e transversais, inserindo algumas partes de uma na outra (nariz, olhos, orelha, raiz do cabelo, etc.). Como efeito psicológico, a prova impressiona. Mas não tem préstimo científico ou jurídico, pois que a semelhança, ainda que notória, não induz relação de parentesco que autorize afirmar o vínculo jurídico.

#### **4.5 Prova Pericial Hematológica**

O exame Hematológico ou de sangue é dotado de confiabilidade pois analisa-se o tipo de sangue do filho investigado, que possui carga genética do sangue dos pais.

Há diversos tipos de exames, entre os quais são: eritrocitários (ABO, Rh, MNSs), cromossômicos, séricos e enzimáticos (HP e PGM) e leucocitários (HLA). Dentre eles, os que mais se destacam são o ABO e HLA, mais utilizados até hoje.

Esses exames foram muito usados antes da descoberta do exame pericial de DNA porém a probabilidade de acerto não é absoluta. Esse tipo de prova deve ser analisado conjuntamente com as demais provas do processo. O exame eritrocitário tem probabilidade de 62,7% de exclusão e 71,83% de inclusão de paternidade. O sistema eritrocitário e sérico dão a convicção de 73,1% de exclusão e 80% de inclusão da paternidade. O leucocitários associados aos eritrocitários dão a certeza de 99% de exclusão e 90% da inclusão e o sistema mais atual, ou seja, o HLA tem uma probabilidade de acerto de 90% a 97% da paternidade.

Saliente-se que exame pericial pelo sistema ABO, descoberto em 1.900 analisa o tipo sanguíneo do filho e do suposto pai, que pode ser o tipo A, B, O, AB, juntamente com o subgrupo M, N e MN e o fator Rh, que determina se o sangue é do tipo positivo ou negativo. Após a coleta do material, é analisada a semelhança ou não do sangue do investigante e investigado.

#### **4.6 Exame de DNA**

O exame pericial de DNA é o tipo mais moderno de todos os exames. Nesse exame, o grau de certeza da inclusão de paternidade é de 99,99999% e da exclusão da paternidade é de 100%.

Isso se dá em vista do DNA ser hereditário, ou seja, passa do pai biológico e mãe biológica para o filho biológico. Dessa maneira, é possível que se encontre um DNA parecido com outro, mas nunca são iguais, pois é único. O que difere o DNA de uma pessoa para a outra é o tamanho ou os chamados “polimorfismos”.

Atualmente o exame de DNA é considerado absoluto ou quase absoluto pela sociedade e alguns doutrinadores, porém existe margem de erro, que pode levar a uma paternidade equivocada e desse modo, não é absoluto.

A doutrina e jurisprudência são unânimes em considerar a ação de Investigação de Paternidade em ação de estado e desse modo, deve ter em vista a busca da verdade real. Portanto, esse meio de prova deve ser considerado não absoluto e devem ser respeitadas todas as provas exigidas no processo, respeitando o devido processo legal e contraditório.

Em 22 de março do ano 2.000, um projeto de lei para a normatização do exame de DNA foi criado, porém até os dias de hoje não retornou à Casa para a apreciação. Saliente-se que toda classe profissional possui a sua devida normatização para a realização do exame de DNA, exigindo que os profissionais devem estar aptos à realizar esse tipo de exame, no Termo de Responsabilidade Técnico.

## 5 EFEITOS DA SENTENÇA

A sentença da Ação de Investigação de Paternidade pode incidir efeitos sobre outras ações, como a seguir.

### 5.1 A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade

A sentença na ação de investigação de paternidade tem efeito ex tunc, ou seja, retroagem na data da citação, conforme o Art. 1.616 do Código Civil. Dessa decisão, cabe recurso de apelação com duplo efeito. Porém se tal ação for cumulada com a ação de alimentos, da sentença surtira o efeito devolutivo.

A sentença que decidiu pela improcedência da paternidade cabe ação rescisória baseada no art. 495, VII do Código de Processo Civil. A parte deve juntar aos autos documento novo, qual seja o exame de DNA com resultado positivo.

Há posicionamentos jurisprudenciais nesse sentido, como o Acórdão prolatado pelo TJ/GO nº. 300084/GO:

AÇÃO RESCISÓRIA – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA APÓS O TRANSITO EM JULGADO – POSSIBILIDADE – FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO NESSES CASOS. SOLUÇÃO PRÓ-VERDADEIRO STATUS PATER.

O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se documento novo para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico.

Quando se fala de Ação de Reconhecimento de Paternidade, divergências surgem, pois há autores e operadores do direito que entendem que o direito à filiação, paternidade, alimentos, etc. estão acima do formalismo processual da coisa julgada. Outros defendem a existência da coisa julgada em tais ações. Portanto, os Tribunais não pacificaram tal entendimento.

## 5.2 Dos alimentos na investigatória

Quando se declara a paternidade em tal ação, está apenas declarando e regularizando a situação fática que já existia e desse modo, faz do pai sempre pai, desde a concepção, portanto, seu efeito é retroativo e para todos.

Nas sentenças que reconhecem a paternidade em primeiro grau, o juiz, excepcionando o princípio dispositivo, poderá fixar alimentos para o filho, sem que a parte tenha pleiteado este pedido, força do Art. 7 da Lei de Investigação de Paternidade.

Isto ocorre graças ao Princípio da Dignidade da pessoa humana, que rege a prestação dos alimentos, pois o filho precisa de alimentos para sua sobrevivência e desse modo, mesmo que a ação tenha sido interposta pelo investigante pai ou Ministério Público, poderá ser fixada na sentença, ainda que recursal, pois o relator pode apreciar matérias que não foram suscitadas na apelação.

Tal ato *ex officio* é da faculdade do juiz, observando a possibilidade do pai de pagar alimentos e a necessidade do filho em recebê-los.

Os alimentos também podem ser fixados ao nascituro com o objetivo de obter subsistência na assistência pré-natal. Há também a possibilidade de fixar alimentos provisórios e provisionais no curso do procedimento, sendo o primeiro uma antecipação da tutela específica, quando há provas que comprovam o parentesco, como o exame de DNA, por exemplo, que comprova a paternidade, porém, outras provas deverão ser desenvolvidas no processo e assim, não causará danos ao investigante pela demora do processo. Os segundos são alimentos que serão pleiteados em ação cautelar, incidental a ação investigatória e exige os requisitos das cautelares, ou seja, fumaça do bom direito e perigo na mora, embasadas no mínimo de probabilidade da existência da paternidade.

Além dos alimentos, o magistrado determinará a inserção do sobrenome paterno no registro de nascimento do investigante, sendo uma faculdade do filho a opção pelo acréscimo no nome.

### 5.3 Anulatória da Paternidade

O reconhecimento da paternidade se faz por intermédio do registro público, que tem características irretratáveis e incondicionais. Porém, a coisa julgada deve ser relativizada, principalmente no que concerne à paternidade, uma vez que os meios de prova e exames periciais foram evoluindo com o passar dos anos e também pelo fato do registro público poder conter vícios de vontade, como a coação, erro ou dolo e em ambos os casos, a busca da verdade real se faz por meio da ação anulatória.

Com a descoberta do exame pericial com base em dados genéticos, como o DNA, a jurisprudência concorda com o retorno do filho a juízo, quando o resultado da primeira demanda foi improcedente por falta do exame pericial ou quando a certeza do exame não atingiu resultado significativo para comprovar a paternidade, uma vez que tal improcedência não significa a inexistência do vínculo familiar. Portanto, a coisa julgada, marcada pela imutabilidade das decisões, não pode incidir sobre tais casos, pois não se origina de um juízo de convicção, mas sim de uma deficiência probatória e negligência do investigado.

O Supremo Tribunal de Justiça firmou o entendimento, no REsp 826.698/MS, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, defendendo que se há conflito entre o interesse do Estado na resolução dos conflitos marcado pela imutabilidade da coisa julgada e o direito fundamental à identidade, que é um direito da personalidade, deve invocar o princípio da proporcionalidade, uma vez que o retorno ao Judiciário não fere a coisa julgada, mas sim, trata-se de uma nova realidade para a descoberta da paternidade que deve se adequar ao direito.

O artigo 113 da Lei dos Registros Públicos dispõe: “As questões de filiação legítima e ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma do assento”.

Assim, ficou consolidado que a paternidade, uma vez declarada, poderá conter vícios e dessa forma, cabe ação anulatória em que se busca a anulação ou modificação do registro civil.

Esse assunto tem trazido muitos entendimentos controvertidos na doutrina, principalmente no que tange às ações julgadas improcedentes em razão da falta de provas quando o exame pericial genético de DNA ainda não era realizado.

Há doutrinadores, que são contra tal relativização da coisa julgada, sob o argumento de que seria atentar contra a segurança legal e o Estado Democrático de Direito.

A I Jornada de Direito Civil, no seu Enunciado 109 CJF/STJ, apontou: “A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigado.”

O que se extrai de tal entendimento, conforme manifesta Diniz (2002, p. 408):

Sem embargo, diante da quase certeza do DNA, dever-se-ia, ainda, admitir a revisão da coisa julgada para fins de investigação de paternidade, em casos de provas insuficientes, produzidas na ocasião da prolação da sentença, para garantir o direito à identidade genética e à filiação, sanando qualquer injustiça que tenha ocorrido em razão da insuficiência probatória.

Tal questão é controvertida também na atual jurisprudência, conforme fica demonstrado a seguir.

Ação Negatória de paternidade cumulada com anulação de registro civil. Realização de exame com outra metodologia (GSE) e não pelo DNA. Coisa Julgada. Reexame da matéria. Impossibilidade. Descabe discutir questão relativa à paternidade biológica quando já houve decisão judicial transitada em julgado em ação de investigação de paternidade julgada procedente, sob alegação de que o exame pericial realizado na época (GSE), não foi pelo DNA, metodologia moderna e com maior grau de precisão, sob pena de afronta ao princípio da coisa julgada, sobretudo quando a procedência da demanda veio calcada em outros elementos de prova. Recurso improvido (TJRS – Apelação Cível 70017410762, 18-01-2007, 8ª Câmara Cível – Rel. Claudir Fidelis Faccenda).

Ação negatória de paternidade. Impossibilidade jurídica do pedido. Coisa julgada. Descabimento. O reconhecimento judicial da paternidade ocorrido no âmbito de ação de investigação de paternidade anteriormente ajuizada pela apelada contra apelante não pode ser suplantado por simples alegação de dúvidas. Ademais, a recorrente nem mesmo menciona existência de vício de consentimento, e ainda, não se pode ignorar que a demanda investigatória de paternidade já transitou em julgado. Incidência do disposto no art. 1.610 do CC. Precedentes. Processo extinto, fulcro no art. 267, V e VI, do CPC. Recurso desprovido. (TJRS – Apelação Cível 70018492934, 15-3-2007, 8ª Câmara Cível – Rel. José Ataídes Siqueira Trindade).

Em entendimento antagônico:

Investigação de Paternidade – Acolhimento de preliminar de coisa julgada – Ação anterior, ajuizada em 1988, julgada improcedente em face de exame hematológico realizado pelo sistema HLA, excluindo paternidade – Sistema que jamais atingiu foro de cientificidade – Hodierno avanço da ciência

impondo-se a relativização da coisa julgada em ações de estado – Preliminar afastada – Prosseguimento do feito determinado com a realização de exame de DNA – Recurso provido. (TJSP – Apelação Cível 448.361-4/9, 25-7-2006, 3ª Câmara de Direito Privado – Rel. Caetano Lagrasta).

Rescisória – Sentença – Investigação de Paternidade – demanda anterior proposta pelo suposto filho julgada procedente – Contatadas falhas na realização do exame pericial, que deu ensejo ao reconhecimento, realizado por profissional sem habilitação – Coisa julgada relativizada – Sentença rescindida, improcedente e investigatória (TJSP – Ação Rescisória 292.713-4/5, 6-12-2006, 5ª Câmara de Direito Privado – Rel. Francisco Casconi).

O Estatuto das Famílias traz a possibilidade do cônjuge, companheiro ou esposa impugnar a qualquer tempo o registro civil do filho, com exceções, como reza do artigo 76: “I – em se tratando de inseminação artificial heteróloga, salve a alegação de dolo ou fraude; II – caso fique caracterizada a posse do estado de filho”. Este último se refere à paternidade socioafetiva, já discorrida no item 2.2.2.

## 6 CONCLUSÃO

Conclui-se do presente trabalho que o preconceito e diferença no direito dos filhos antigamente, desde os primórdios da sociedade foram se modificando. Na atualidade, tal diferença foi extinta e ainda o filho possui a faculdade de coibir o pai aos alimentos e registro da certidão de nascimento, independente do vínculo amoroso dos pais, e que tal ação é de estado, que declara a paternidade e não a constitui, pois o filho é filho desde o nascimento.

Os meios de prova no processo também evoluíram, já que a sentença era baseada em indícios, presunções, coincidência das relações sexuais. Hoje, é possível o acesso a justiça para a realização dos exames periciais, em busca da verdade real para a convicção do juiz e a conseqüente declaração dos vínculos de parentesco. Tais exames periciais são indispensáveis em ações em que se discute a paternidade, sob pena de não fazer coisa julgada pela falta de provas.

A investigação de paternidade é declaratória, porém possibilita fase recursal. Há posicionamentos diversos na doutrina e jurisprudência quanto a coisa julgada, alguns defendem que a paternidade, os direitos e obrigações inerentes à ela não estão sujeitos à coisa julgada e ainda, posicionamentos são traçados sobre as provas de antigamente e atuais na comprovação de paternidade, observando ainda, a constituição de paternidade socioafetiva, que não se constitui por vínculos genéticos, mas sim, amorosos entre pais e filhos, que é irrevogável.

Os alimentos são direitos do filho desde a sua concepção, mesmo na fase fetal e são fixados no momento do reconhecimento da paternidade voluntária ou judicial. No reconhecimento judicial, os alimentos são fixados na própria sentença da ação de investigação de paternidade, cabendo até o juiz fixá-los *ex officio* ou a pedido da parte. Os alimentos provisórios e provisionais poderão serem concedidos antes mesmo da sentença, cumpridos os requisitos.

A possibilidade e faculdade do filho, observados os posicionamentos quanto a coisa julgada não podem ser descartados, uma vez que uma falha na realização do exame, ocultação do suposto pai e falta de provas não fazem coisa julgada e o conteúdo probandi ultrapassado não é suficiente para comprovar a

segurança a filiação e desta forma, a coisa julgada e possibilidade de anulação da paternidade declarada vem se modificando de forma a se adequar a realidade atual.

## BIBLIOGRAFIA

BAHENA, Marcos. **Investigação de paternidade**. Leme: Imperium, 2006.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**. 17 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES, João Batista. **A prova do direito processual civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos e Investigação de Paternidade**. 3 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

WELTER, Pedro Belmiro. **Coisa Julgada na Investigação de Paternidade**. 3.ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

WELTER, Pedro Belmiro. **Coisa Julgada na Investigação de Paternidade**. 3.ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.