

Maria Christina de Almeida

Advogada, Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR
Presidente do IBD FAM/PR e Professora de Direito Civil da Faculdades do Brasil

1. A prova científica da paternidade

O momento atual pelo qual passa a perquirição do ato procriador, tem em seu contexto o revolucionário exame pericial do DNA (sigla de ácido desoxirribonucléico). Com ele, a complexidade da elaboração dos meios de prova na pesquisa da filiação ficou bastante abrandada diante da sua precisão quanto ao resultado científico da paternidade.

Os exames periciais disponíveis às ações de investigação do vínculo genético antes do DNA, que eram o de tipagem sanguínea e do sistema HLA, possuíam margem de acerto que atingiam, no máximo, o percentual de 95% de probabilidade. Com o DNA, a margem de segurança é de 99,9999%, quer na exclusão, quer na inclusão da paternidade.

Hoje o DNA converteu-se no principal método de identificação humana, tornando os demais sistemas empregados, em um único lance, obsoletos e ultrapassados. Assumi, também, um valor diferenciado em relação às provas periciais dantes utilizadas e, até mesmo em relação às provas processuais cabíveis nas ações de determinação da filiação.[1]

A utilidade prática do avanço trazido pelos estudos científicos acerca do DNA é de duas ordens: 1) é possível individualizar uma pessoa pela análise de seu DNA e, 2) é possível reconhecer num indivíduo o padrão de DNA em seus ascendentes e em seus descendentes. Para Salmo Raskin[2], até o surgimento do DNA, era impossível determinar com precisão, se um indivíduo era filho biológico de um determinado casal. No entanto, o avanço da ciência acabou com esse tipo de dúvida. O surgimento desse exame tornou-se um fator decisivo para a definição da paternidade.

Por um lado o avanço foi científico, iniciado com as pesquisas do inglês Alec Jeffreys que, em 1985, descobre as impressões digitais do DNA ao notar que certos trechos de sua configuração exibiam polimorfismo, ou seja, ocorriam no genoma em mais de uma forma. Quando vários indivíduos sem parentesco tiveram suas sequências repetitivas analisadas, Jeffreys observou que não ocorria uma repetição no padrão de DNA de cada um. A variação observada foi de tal ordem que Jeffreys chegou à conclusão de que cada indivíduo na população exibia um padrão único. Por isso ele chamou este padrão de "DNA Fingerprinting", ou, impressões digitais do DNA, em analogia com as digitais já conhecidas[3].

Transportando tal constatação científica para a questão da paternidade em casos de identidade incerta de um suposto pai, as evidências conferidas pelo teste de DNA podem servir para excluir (100%) um homem de ser o pai biológico de determinado indivíduo ou, se este homem não for excluído, servir como base para calcular a probabilidade (99,9999%) de que ele realmente seja o pai biológico.

A descoberta sobre o padrão único de sequências do DNA representou uma verdadeira revolução na esfera da ciência biomédica. Jeffreys tinha tanta certeza de que os padrões de DNA eram únicos que publicamente desafiou outros cientistas a demonstrar que 2 indivíduos que não fossem gêmeos idênticos, exibissem o mesmo padrão de fragmentos de DNA. [4]

Por outro lado, o avanço foi jurídico na proteção inconteste da filiação. O art. 227 da Constituição Federal[5] anunciou uma nova fase para o direito da criança e do adolescente, seguido pela Lei 7.841/89, que revogou, expressamente, o art. 358 do Código Civil o qual, por força constitucional, já se achava tacitamente revogado, pela Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que em seus arts. 3º, 4º, 17, 20, 26 e, mais notadamente, no art. 27, patenteou o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, e ainda, a Lei 8.560/92, que concede legitimidade ao Ministério Público para averiguar a paternidade (averiguação oficiosa).

Ambos os avanços - científico e jurídico - integram o momento de reflexão do qual este trabalho faz parte. Para finalizar esta parte do escrito, buscamos os ensinamentos do Professor Luiz Edson Fachin[6] que diz: "Curioso é o nosso tempo: quando a declaração da paternidade era cercada de cuidados e obstáculos (às vezes intransponíveis, no plano jurídico), princípios e regras foram edificando o direito à paternidade praticamente sem limites. Ter pai, é hoje um direito inquestionável".

Em consequência, inevitável o encontro das conquistas no campo biomédico e jurídico, posto que caminham lado a lado na tentativa de construção de um novo caminho, renovado pelas reflexões e descobertas que lapidam, a cada dia, o liame das relações jurídicas na sociedade, máxime na seara das relações paterno-filiais. Não é demais lembrar que a formação do Direito Objetivo deriva, necessariamente, da evolução natural da sociedade.

2. O conjunto probatório no estabelecimento da filiação

No domínio da prova reside a maior dificuldade das ações de investigação de paternidade. Inobstante a autonomia proporcionada pelo Código de Processo Civil ao Juiz no campo probatório, o problema colocado ao julgador - O Grande Outro[7], reside no seguinte ponto: como demonstrar relacionamento sexual e a necessária relação de causa e efeito entre esse fato e a concepção da criança?

O tema da prova da filiação ganha relevo, seja por causa do advento no campo da medicina genética do exame de determinação de paternidade pelo método do DNA, seja pela crescente preocupação do legislador e dos tribunais com os direitos da criança e do adolescente, já anteriormente referidos. Prova documental, testemunhal e depoimento pessoal são quase sempre impossíveis, ou de difícil constatação da verdade dos fatos. No campo pericial, o desenvolvimento científico facilita a busca da verdade real não mais fictícia. Com esta prova, passamos da filiação jurídica, que derivou da presunção iuris tantum do Código Civil, para a filiação biológica trazida pela precisão científica do exame pericial do DNA.

A incerteza da paternidade é tão antiga como a humanidade. A concepção ocorre no interior do corpo da mulher e não admite testemunhas. Em consequência, embora a mulher esteja sempre 100% certa de que as suas crianças são biologicamente suas (com exceção de trocas no berçário, que são um fenômeno novo na história da humanidade, já que no passado virtualmente todos os partos eram domésticos), o homem tem muitas vezes de lidar com a incerteza da paternidade[8].

Por tudo isso, a causa de pedir na Investigação de Paternidade é complexa, sendo que o investigador não poderá alegar somente o fato da geração, mas sim, necessita fundamentar suas alegações iniciais em uma ou todas as casuisticamente previstas em lei (363 do Código Civil) e buscar a prova da procriação fisiológica, porque a verdade biológica tem prevalência[9].

Ao julgador resta o recurso às provas presuncionais ou conjecturais. Do conjunto da prova sempre é possível concluir, dentro do humanamente admissível, pela certeza ou convencimento judicial que, é sabido, nem sempre é preciso coincidir com a certeza material. Esta, as mais das vezes, nas questões processuais de qualquer natureza é inacessível, porque o juiz irá convencer-se pela prova, que não passa de reconstituição dos fatos do mundo. Pela falibilidade de qualquer dos meios de prova, até mesmo os científicos, resta a certeza moral. A certeza material é, via de regra, inacessível. Resta a subjetiva do julgador[10].

Vemos que a formação do conjunto probatório nas ações de investigação de paternidade se faz a partir da simbiose dos fatos que integram a causa petendi, que é formado da enumeração da lei (363 Código Civil) e da busca na comprovação do ato gerador, este já com respaldo no avanço científico da prova. O exame conjuntural da quaestio formará o livre convencimento do juiz para embasar a decisão.

E, para que esta simbiose aconteça de forma adequada, o profissional do Direito não pode ficar à margem das contribuições oferecidas pelas outras ciências nas investigações judiciais que se processam na busca da verdade real[11].

Inconteste que as ações investigatórias hoje constituem matéria de grande interesse entre médicos e juristas, face a coligação necessária entre ambas as ciências na busca apurada da verdade biológica da filiação. Todavia, há que se observar a posição da lei processual civil como instrumento hábil ao alcance da verdade dentro do processo, não se podendo olvidar que nas ações onde controvertem as partes acerca do vínculo genético, todas as provas admitidas em processo, tanto as orais quanto documentais, também, os indícios e as presunções, servem para fazer prova a respeito dos fatos controvertidos.

No que pertine às provas a serem produzidas para o estabelecimento do vínculo genético, resta indubitável que todas as novidades científicas, principalmente quando surpreendentes, como é o caso do DNA, suscitam polêmicas, mais ainda quando alteram a normalidade já existente.

Inobstante ainda se encontrarem, nas disputas judiciais e no critério de valoração das provas onde o vínculo genético é questionado, discussões acerca do emprego irrefutável ou não deste sistema, deve-se ter em mente que a descoberta de novas técnicas científicas deve propiciar aos operadores do Direito elementos objetivos na busca da verdade biológica. O desenvolvimento da genética humana não deve causar receio, deve sim, ser conhecido e admitido para o efeito de se determinar, em sede jurisdicional, a realização das provas biológicas.

O domínio da prova continua sendo, portanto, o ponto mais delicado das investigatórias de paternidade. A procedência ou improcedência do pedido sempre fora calcada em presunções ou indícios, condutores da verdade processual. Nunca, antes do exame pericial do DNA, falou-se em verdade real da filiação. As provas documentais, testemunhais e orais não conduzem, e jamais conduzirão, à revelação da verdade objetiva. Permanecerão tais provas no limbo da revelação indiciária e presumida do vínculo genético.

Faz-se mister abrir espaço para a relevância ímpar do valor probatório do exame pericial do DNA o que, todavia, não exclui o dever de cautela do juiz na apreciação de questão tão delicada e importante como o vínculo de filiação: um dever judicial exercido mediante a análise minuciosa de todas as provas existentes e capazes de conduzir à verdade acerca da paternidade investigada.

Aliás, a figura do juiz encontra espaço de crucial importância nas ações investigatórias de paternidade, haja vista o esforço vigoroso das partes em apresentar argumentos e provas com o escopo de formar o convencimento do magistrado pela existência (investigante) ou inexistência (investigado) do vínculo de filiação.

3. O exame do DNA: valoração e limites

O caminho para chegar-se ao decisum vem sofrendo desvios a partir do DNA. É que esta prova trouxe a verdade científica inquestionável ao processo que demanda a descoberta da paternidade, fazendo as outras provas, até então relevantes ao deslinde da causa, perderem espaço no caderno processual. Para alguns, houve um nivelamento sistemático acerca da prova na investigação de paternidade, admitindo o DNA como absoluto e irrefutável, rejeitando qualquer outra modalidade de prova, ou aceitando-o acima das outras como "o senhor da verdade".

É certo que o peso do instrumento pericial do DNA revela-se em sua insignificante margem de erro defendida pelos especialistas da área médica, oferecendo ao julgador um elemento sólido para a construção da verdade e atribuindo ao mesmo um peso determinante entre as provas processuais trazidas pelas partes. [12]

Em cotejo com as outras provas processuais, o DNA dos indivíduos envolvidos no litígio acaba por receber um valor diferenciado, agraciado como método pericial capaz e único a desvendar a verdade real, deixando para trás o longo caminho das presunções e indícios que o Direito de Filiação percorreu.

Contudo, é preciso cautela na utilização desta prova. Não que se esteja aqui negando o seu valor de estabelecer os critérios científicos de probabilidade da paternidade, mas o que se almeja é uma reflexão sobre o momento processual pelo qual passam as investigações de paternidade e seu conjunto probatório.

A compreensão da quadra de valores que norteia o direito contemporâneo da filiação pressupõe, a seu turno, situá-los no exame crítico que o próprio Direito Civil está recebendo neste final de século [13].

É o momento para repensar a verdadeira sacralização e divinização[14] de que se reveste, nos tempos atuais, o exame pericial do DNA, como se fosse uma prova milagrosa capaz de pôr termo a todos os problemas pertinentes à investigação de paternidade. É evidente que o exame pericial é útil e se mostra relevante no contexto probatório. Seria absurdo negá-lo, mas há que se estabelecer uma distância baseada no critério da razoabilidade entre reconhecer o exame como prova importante que traduz a evidência da paternidade, e transformar tal reconhecimento em divindade infalível, com poder de dar por encerrada toda e qualquer discussão.

Absurdo é ignorar-se todos os outros meios de prova situando a prova técnica na seara infalível, do senhor da verdade. Além disto, inúmeros fatores podem comprometer e prejudicar os resultados ditos inquestionáveis do exame pericial do DNA, até mesmo conduzindo a erros completos. Os próprios cientistas reconhecem isto[15].

A importância atribuída à tomada de posição cautelosa e reflexiva diante da prova pericial do DNA, da forma como vem sendo recebida e defendida pelos Tribunais, tem razão de ser por constituir uma forma de evitar o risco da acomodação da Justiça em relação à redução do contexto probatório das investigações de paternidade à prova pericial do DNA, desprezando o critério valorativo das demais provas. O exame científico da paternidade não pode desviar o caminho da instrução probatória, fazendo do Juiz um mero homologador de laudos periciais.

A prudência na apreciação dos fatos e das provas há que ser retomada para afastar a prejudicial confortável segurança da prova biológica. Por certo, essa dualidade de angulações se põe em conflito, pois nem sempre o comportamento imita a biologia e, também, nem sempre a justiça se encontra no juízo estribado exclusivamente na lógica racional. Na presumida certeza da prova produzida pelo DNA, diminui-se, aparentemente, o risco do erro. Entretanto, a exagerada confiança neste tipo de prova poderá acabar sendo a própria configuração do equívoco[16].

Notas do texto:

[1] A sustentação do valor desta prova é firmada por Eduardo de Oliveira Leite, "O exame do DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação". In "Repertório de Doutrina sobre Direito de Família". São Paulo, RT, 1999, p. 191/192: "O surgimento do exame do DNA revolucionou o Direito e, sem dúvida, representa a contribuição mais espetacular conhecida neste meio desde a descoberta das impressões digitais e dos grupos sanguíneos. (...) A 'rainha das provas' suplantou todas as perícias hematológicas empregadas até então no debate judiciário civil e penal; o desenvolvimento da genética na última década abriu novos horizontes para a pesquisa científica, para as intervenções no campo biomédico e no campo das práticas jurídicas, que nos interessa mais particularmente".

[2] RASKIN, Salmo. "Não há fiscalização sobre os exames de DNA". Entrevista publicada no Jornal Zero Hora, Porto Alegre, de 19/06/99.

[3] RUMJANEK, Franklin David. "DNA Identidade e Paternidade", Rio de Janeiro, Espaço Único, 1997, p. 13.

[4] RUMJANEK, op. cit., p. 29.

[5] "Por força deste preceito constitucional da nova ordem democrática brasileira, todos os preceitos legais do Código Civil brasileiro que versavam sobre 'Filiação Legítima', 'Legitimação' e 'Reconhecimento dos Filhos Ilegítimos', artigos 337 a 367 e ainda o 379 teriam de ser considerados imediatamente, materialmente inconstitucionais, por ofenderem abertamente o novo imperativo constitucional brasileiro".

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. "Breve estudo do Direito Comparado". In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "Direitos de Família e do Menor". Belo Horizonte, Del Rey, 1992, p. 56.

[6] FACHIN, Luiz Edson. "A nova filiação - crise e superação do estabelecimento da paternidade". In "Repensando o Direito de Família", Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 132.

[7] Expressão psicanalítica utilizada por Rodrigo da Cunha Pereira, "A culpa no desenlace conjugal". In "Repertório de Doutrina sobre Direito de Família". São Paulo, RT, 1999, p. 326. Comenta o doutrinador que no casamento, quando se depara com o cotidiano, e o véu da paixão já não encobre mais os defeitos do outro, constata-se uma realidade completamente diferente daquela idealizada. Pensa-se até que houve engano na escolha do cônjuge ou companheiro e começa-se a atribuir-lhe a culpa pelo fracasso do casamento. Instala-se então o litígio conjugal para procurar um culpado. Não tendo capacidade para resolver seus próprios conflitos, as partes transferem essa responsabilidade para um Juiz, na esperança de que ele, o "Grande Outro", para usar uma expressão psicanalítica, venha apresentar a solução mais adequada. E o amor, quem diria, foi parar na justiça.

[8] PENA, Sérgio Danilo. "Engenharia Genética - DNA: a testemunha mais confiável em determinação de paternidade". In "Repensando o Direito de Família". Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p.343

[9] Cabe uma reflexão acerca deste entendimento e como ponto de partida para ela trazemos o trabalho do Professor Luiz Edson Fachin, desenvolvido numa linguagem também poética, ao nosso ver. É a obra "Da Paternidade: relação biológica e afetiva". Belo Horizonte, Del Rey, 1996. E o que se lê acerca dos mais avançados estudos acerca do vínculo parental trilha o seguinte caminho: filiação jurídica - filiação biológica - filiação afetiva.

[10] MOURA, Mário Aguiar. "A causa de pedir na investigação de paternidade". Artigo publicado na Revista dos Tribunais 534/36.

[11] Aqui vale citar o posicionamento do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, perante a Quarta Turma do STJ no julgamento do Recurso Especial 4987/RJ, em 4 de junho de 1991: "Na fase atual do Direito de Família, em defesa dos legítimos interesses da criança, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real. A boa realização da justiça não permite se deter 'em sutilezas de ordem formal'. Da lógica à vida, dos autos aos fatos: o saber não se instala na verdade formal, antes requer exercício dialético com o mundo e a razoabilidade".

[12] O caminho da valorização do DNA é trilhado por Gustavo Tepedino, "A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional". In "Temas de Direito Civil". Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p.401: "A tudo isso somam-se os avanços científicos em matéria de genética, em particular a extraordinária descoberta da metodologia de impressões digitais de DNA (ácido desoxirribonucléico) que permitem determinar a paternidade com confiabilidade absoluta e desvirilizam, em muito, a necessidade das presunções neste campo".

[13] FACHIN, Luiz Edson. op.cit. (6), p. 132.

[14] Estes termos foram empregados pelo jurista Sérgio Gischkow Pereira, no julgamento da Apelação Cível 595074709, 8ª Câmara Cível, TJ/RS, julgada em 03.08.95. A ementa do acórdão é a seguinte: "1. 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 que se está a revestir a prova técnica em investigação de paternidade. Fatores que podem provocar erros em perícias, mesmo pelos sistemas HLA e DNA".

[15] Do teor da entrevista ao médico Salmo Raskin (2): "O teste é feito por seres humanos, que são falíveis, embora a metodologia científica tenha uma margem de acerto de 99,99%. Há muitas diferenças entre laboratórios, profissionais e controles de qualidade. Pode haver erro na manipulação das amostras ou na interpretação dos resultados. A interpretação de um teste de DNA envolve profundos conhecimentos de genética e estatística. Não há fiscalização nem regulamentação sobre o funcionamento dos laboratórios. Existe apenas uma norma do Conselho Federal de Medicina que exige de cada laboratório um médico responsável especializado em genética".

[16] FACHIN, Luiz Edson. op.cit. (9), p. 76.

Bibliografia:

FACHIN, Luiz Edson. "A nova filiação - crise e superação do estabelecimento da paternidade". In "Repensando o Direito de Família", Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

_____. "Da paternidade: relação biológica e afetiva". Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

LEITE, Eduardo de Oliveira. "O exame do DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação". In "Repertório de Doutrina sobre Direito de Família". São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MOURA, Mário Aguiar. "A causa de pedir na investigação de paternidade". Artigo publicado na Revista dos Tribunais 534/36.

PENA, Sérgio Danilo. "Engenharia Genética - DNA: a testemunha mais confiável em determinação de paternidade". In "Repensando o Direito de Família". Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. "A culpa no desenlace conjugal". In "Repertório de Doutrina sobre Direito de Família". São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

RASKIN, Salmo. "Não há fiscalização sobre os exames de DNA". Entrevista publicada no Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 19/06/99.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. "Breve estudo do Direito Comparado". In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "Direitos de Família e do Menor". Belo Horizonte, Del Rey, 1992.

RUMJANEK, Franklin David. "DNA Identidade e Paternidade". Rio de Janeiro, Espaço Único, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. "A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional". In "Temas de Direito Civil". Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

Fonte: [Escritório On-Line](http://www.escriptorioonline.com)

In: www.escriptorioonline.com