

A PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

SUMÁRIO

1.O casuísmo na evolução histórica da filiação. 2. A disciplina da paternidade presumida na codificação civil. 3. A perfilhação pela "adoção à brasileira". 4. As forma de impugnação da paternidade presumida. 5. A impugnação da paternidade: breves visões do direito comparado. 6. A paternidade presumida na união estável. 7. Conclusões. 8. Bibliografia.

1. O CASUÍSMO NA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FILIAÇÃO

Determinados fenômenos, alguns de razoável importância, passam despercebidos pela comunidade jurídica, como se o aprimoramento dos institutos de direito se dessem, na sua maioria das vezes, por meros reflexos do estágio de desenvolvimento das sociedades organizadas.

Assim é que, nos registros históricos de nosso direito criminal, nos deparamos com a Lei nº 5.941/73, propiciando a redação do art. 594 do Código Processual Penal, denominada de "Lei Fleury", editada em benefício de um ilustre cidadão brasileiro, condenado em primeiro grau, que buscava o benefício da liberdade no período de julgamento de seu recurso de apelação (desde que primário e com bons antecedentes), quando a regra, até então em vigor, mandava recolher-se à prisão para tanto. Inserida no sistema com sucesso, a novel regra veio gerar seus regulares efeitos em benefício de terceiros - atônitos mas agradecidos.

Fenômeno semelhante encontramos no direito de filiação brasileiro.

Em plena vigência do art. 358 do Código Civil, proibitivo do reconhecimento da filiação adulterina e incestuosa, bem como da Lei nº 3.200/41, editada no governo Vargas em nome da proteção da família legítima¹, a história brasileira é marcada pela forte presença do jornalista e empresário Assis Chateaubriand, proprietário de um verdadeiro império da mídia, titular do não menos conhecido "Diários Associados".

Possuía o mesmo uma filha, de nome Teresa, gerada fora de seu casamento, tornando-se, entretanto, inviável juridicamente seu reconhecimento paterno. Por influência junto à esfera central de decisões, mesmo com o controle da imprensa pelo governo, Chateaubriand é atendido, sendo expedido em Setembro de 1942 o Decreto-lei nº 4.737/42, que propiciava o reconhecimento do filho nascido fora do matrimônio, *verbis*:

"Art.1º. O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação."

Solucionado o primeiro impasse, tendo o ilustre jornalista efetivado seu "desquite", acabou por perfilhar Teresa, para espanto da mãe. Restava o segundo, qual seja, a impossibilidade de ter a guarda da filha reconhecida para si, o que lhe era vedado pela redação do art. 16 da Lei nº 3.200/41, que concebia o exercício do pátrio poder para aquele genitor que "primeiro reconheceu o filho"².

Entrando para a história do Judiciário brasileiro como "Lei Teresoca", destinada por Vargas especialmente à Chateaubriand, é editado o Decreto-lei nº 5.213/43, que terminava com eventuais obstáculos à guarda da menor:

"Art.1º. O art. 16 do Decreto-lei nº 3.200/41, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.16. O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz entender doutro modo, no interesse do menor."

Somente com o advento da Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) tivemos alteração na redação do art. 326, § 1º do Código Civil, passando a reger que, na hipótese de culpa recíproca na separação litigiosa, os filhos menores ficarão sob o poder maternal. Tal disposição foi repetida no art. 9º da Lei nº 6.515/77 - a lei do Divórcio.

Desta feita, podemos concluir que, apesar do rigor absoluto da norma do art. 358 do Código Civil, impeditivo do reconhecimento da filiação adúltera e

¹ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 6, p. 04.

² Fernando Moraes, *Chatô, o rei do Brasil*, p. 409.

incestuosa - que perdurou com abrandamentos até nossa atual Constituição Federal - o casuísmo infiltrou-se em nosso sistema legislativo, para impor sua faceta tropical de violação consentida, para espanto e felicidade dos interessados.

2. A DISCIPLINA DA PATERNIDADE PRESUMIDA NA CODIFICAÇÃO CIVIL.

O regime da paternidade presumida, instituído em diversas codificações civis do mundo ocidental, por inspiração do direito civil francês contemporâneo, teve sua primeira menção na Lei das XII Tábuas do antigo direito romano, em 462 a.C., onde verifica-se a *legitimidade* de um filho póstumo, se veio esta a nascer no décimo mês após a dissolução do matrimônio³.

Em nosso Código, o art. 338 explica a natureza *presumida* da concepção dos filhos, concedendo aos mesmos a qualidade de *legítimos*, no âmbito do casamento civil, desde que nascidos dentro de um determinado e certo prazo, como se denota:

"Art.338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

- I- Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal(art.339).
- II- Os nascidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, desquite, ou anulação."

Segundo Luiz Edson Fachin, a presunção de paternidade - a de que o pai é o marido da mãe - liga-se a outra presunção, qual seja, a de concepção, deduzindo-se que o filho foi concebido na constância do casamento.⁴

O dispositivo de lei acima demonstrado, desta feita, veio a consumir determinados prazos, correspondentes à concepção *presumida* do filho no seio do casamento. De acordo com Carvalho Santos, a lei estabeleceu um critério, fundado na observação antiquíssima de que a gestação do feto humano não pode se consumir antes de 180 da concepção, e nem se protrair além do décimo mês.⁵

³ Lei das XII Tábuas, Tábua Quarta, n. 4.

⁴ Luiz Edson Fachin, *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p. 38.

⁵ Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, p. 329.

No entanto, é o próprio autor acima quem suscita uma problemática, aparentemente sem solução, extraída da disciplina jurídica da paternidade presumida: como solucionar o caso de uma mulher viúva, que vem a convolar novas núpcias antes de decorridos os dez meses estipulados pela proibição do inciso XIV, do art. 183, do Código Civil, caso seu filho venha a nascer após os 180 dias da celebração do segundo casamento ? A quem será atribuída a presunção de paternidade no caso vertente? Ao falecido marido ou ao segundo ?

Tal problemática, denominada por Carvalho Santos de *conflito de presunções*, tentou ser solucionada pela redação do novo Código Civil brasileiro, em seu art.1.598, *verbis*:

"Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no **inciso II do art. 1.523**, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste; do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o **inciso I do art. 1597.**"

O novo Código inova quando, no início da redação deste dispositivo, faz a ressalva "*salvo prova em contrário (...)*", possibilitando que o segundo marido da viúva possa demonstrar judicialmente que o filho nascido de sua esposa foi concebido na constância do segundo casamento desta, muito embora antes dos 10 (dez) meses da viuvez.

Tal ressalva visa reforçar a idéia de que a paternidade presumida do finado marido é *juris tantum*. O que vale dizer que, na hipótese do segundo marido não conseguir demonstrar a concepção do filho nestas novas núpcias, a paternidade do mesmo se consumará em favor daquele primeiro, desde que dentro dos 300 (trezentos) dias que sucederem à sua morte (**art. 1.523, II**).

O âmago da inovação prende-se no fato da nova legislação civil não enumerar, para o segundo marido, as hipóteses de prova da concepção do filho, deixando um leque aberto para que demonstre sua paternidade biológica.

Pelo sistema do atual Código, denominado de "cerrado", as possibilidades de contestação da paternidade - que no período pré-constitucional era entendido como

impugnação da *legitimidade* da prole - estão vinculadas a três circunstâncias: **a)** impotência absoluta (*generandi*) do marido, **b)** inexistência de relações sexuais no período de concepção (por ex. trabalho do cônjuge em local distante, ou cumprimento de pena criminal), **c)** separação judicial ou de fato dos cônjuges no período de concepção.

É como mencionava Clóvis Beviláqua:

"Assim, somente o marido poderá contestar a legitimidade do filho de sua mulher. E esse seu direito restringe-se aos casos seguintes: - a) se, por moléstia ou outra qualquer causa, se achava, no tempo da concepção, incapaz de realizar a fecundação; b) se, na mesma época, a ausência tornava impossível a aproximação dos cônjuges."⁶

Por ocasião da edição do atual Código Civil, a ciência biomédica não havia atingido índices seguros de comprovação do vínculo biológico de paternidade, conformando-se a ciência jurídica com uma paternidade calcada na "moral familiar", que era a *paternidade jurídica*, independente de quem tivesse contribuído com o material genético.

A paternidade presumida subsiste no novo Código Civil, tendo sido absorvidos dados históricos relevantes, como a inseminação artificial - homóloga ou heteróloga - a par dos dados demonstrativos da gestão mínima e máxima do ser humano (seis e dez meses, respectivamente), como se observa:

"Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos :
I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
IV - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido."

⁶ Clóvis Beviláqua, *Direito da família*, p. 314.

Constatamos uma nova roupagem dada ao art. 338 do atual Código Civil, mais complexa e atualizada, e até mesmo contrastante, eis que o inciso IV acima trata de uma matéria que o moderno direito de família acaba de defrontar-se - a destinação jurídica dos embriões excedentários.

3. A PERFILHAÇÃO PELA "ADOÇÃO À BRASILEIRA".

É uma prática disseminada nas nossas relações familiares a denominada "adoção à brasileira", que consiste no ato do padrasto levar a cabo o registro de nascimento de um filho de sua nova companheira ou esposa, sem que haja vínculo biológico entre ambos. Em geral, tais atos são explicados pela conotação protetiva e afetiva que envolve tais parentes por afinidade na linha reta.

A par de constituir-se num delito específico (art.242 Código Penal), a jurisprudência atual é uníssona no sentido de conceder a absolvição àqueles que assim procederam, desde que imbuídos de boa-fé.(TACrSP, RT 600/355).

Analisando o tema, Eduardo de Oliveira Leite assegura:

"Se examinarmos a jurisprudência brasileira sobre o assunto, é facilmente constatável a inócuência de pronunciamentos condenatórios, sendo abundantes e, praticamente dominantes, os acórdão absolutórios."⁷

Tal prática - registrar como seu filho alheio - era tratado penalmente como crime de falsidade ideológica. A Lei nº 6.898/81 alterou o dispositivo em curso, dando nova redação ao artigo 242 do Código Penal, que passou a prescrever, *verbis*:

"Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:
Pena- reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único- Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

⁷ Eduardo de Oliveira Leite, *Temas de direito de família*, onde o autor menciona inúmeros arestos a respeito do tema.

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena."

Desta feita, prevista a remissão judicial por lei, tal prática constitui-se num fato caracterizador de extinção da punibilidade, elencado no art. 107, IX, de nossa legislação penal substantiva (perdão judicial).

Importante destacar que a "adoção à brasileira" vem a gerar um estado de filiação, em princípio, irreversível, estabelecendo, assim, uma relação de paternidade não-biológica, sem a presença, inclusive, da presunção de paternidade, lastreada no art. 338 do Código Civil. Ao aproximar-se da adoção civil - porém sem o devido processo legal - o termo de nascimento passa a sofrer os efeitos legais do art. 348 do atual Código, que veda a alteração do documento público, salvo se baseado em erro ou falsidade, assunto que é abordado na seqüência.

4. AS FORMAS DE IMPUGNAÇÃO DA PATERNIDADE PRESUMIDA.

Em princípio, a ação colocada ao dispor do marido para contestar a paternidade surgida da presunção, no casamento, é a *negatória*, prevista no art. 340 do Código Civil. Gustavo Tepedino refere-se à existência de três obstáculos, fixados pela atual legislação, para a quebra da presunção de paternidade, com base nesta demanda, a saber: **a)** quanto à legitimidade para a propositura da ação; **b)** quanto ao exíguo prazo; e **c)** quanto à *causa petendi*, taxativamente enumerada. E pontifica o civilista:

"Tais obstáculos não de ser revistados à luz da isonomia constitucional e da legislação especial, que mitigam o rigor da presunção, autorizando o filho, representado pela mãe, ou em nome próprio, após atingir a maioridade, a propor a contestação."⁸

Destaca-se, neste particular, que a paternidade surgida da "adoção à brasileira" não se enquadra nas hipóteses tratadas pelo art. 340 do Código, eis que aqui nos deparamos com uma perfilhação espontânea, sem qualquer vinculação

⁸ Gustavo Tepedino, *A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional*, p. 13.

necessária com o sistema presuntivo da paternidade. E o dispositivo em curso é direcionado para a refutação da paternidade surgida da presunção.

Por outro vértice, o art. 348 da codificação civil (que possui idêntica redação no novo Código, pelo art.1.604) é restritivo quanto à alteração do registro de nascimento, ao prescrever:

"Art. 348. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro."

Em verdade, o registro prova o nascimento e estabelece presunção de verdade em favor das declarações ali contidas, pois em favor dessa veracidade há a fé pública⁹.

A irrevogabilidade de um ato jurídico de nascimento é apontada, por Caio Mário da Silva Pereira, com um efeito, entre outros, seja o reconhecimento voluntário ou forçado, como assevera:

"[...] uma vez pronunciada a declaração volitiva de reconhecimento, ela se desprende do foro interior do agente, para adquirir a consistência jurídica de um ato perfeito. É neste sentido que alguns o dizem irretratável."¹⁰

A anulação de um ato jurídico tem como permissivo legal certos defeitos que maculam a sua eficácia, como o erro, o dolo, a coação, a simulação e a fraude, individualmente abordados entre os artigos 86 e 113 do Código Civil. No que tange à declaração de paternidade no registro público, encontramos outro elemento ensejador de nulidade: a falsidade.¹¹

Caio Mário destaca duas acepções de falsidade registral: a *material* e a *ideológica*. A primeira hipótese é exemplificada, pelo autor, quando o oficial de registro vem a forjar um assento, ou uma certidão falsa.¹²

⁹ Antônio José de Souza Levenhagen, *Código Civil*, p.217.

¹⁰ Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, p. 66.

¹¹ Luís Paulo Cotrim Guimarães, *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*, p. 145.

¹² Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 146.

Já a falsidade *ideológica* ocorre quando o ato é formalmente correto, mas o conteúdo é inverídico.¹³

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"O falso material envolve a forma do documento, enquanto o falso ideológico diz respeito ao conteúdo do documento." (STF, RTJ 105/960)

Não se pode olvidar que o ato de reconhecimento, pelo marido, de um filho de sua mulher, enquadra-se plenamente na hipótese de falso descrito como ideológico, enquadrando-se como uma exceção prevista pela parte final do art. 348 do Código Civil.

A legitimação para a propositura de uma demanda anulatória - ação declaratória de inexistência de filiação legítima - por comprovada falsidade ideológica, é dirigida tanto ao suposto filho como também a outros legitimamente interessados, como já entendeu o STJ em Recurso Especial (REsp 140579-AC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 18.08.1998).

Em se tratando de ação *negatória*, que visa refutar a paternidade resultante da concepção presumida (art. 338), muito embora o art. 178, §§ 3º e 4º do Código Civil preveja um prazo decadencial de 02 (dois) ou 03 (três) meses para sua interposição, a jurisprudência já vinha decidindo por sua imprescritibilidade (TJSP, Ap. Cível 90.330-1).

Neste diapasão, Bertoldo Mateus de Oliveira Filho assegura:

"Vale observar que a ação tendente a negar a filiação, ainda que decorrente do casamento, vem sendo recepcionada como **imprescritível** na jurisprudência."¹⁴

Acompanhando a tendência jurisprudencial dominante, o novo Código Civil regulamentou a ação negatória de paternidade em seu art. 1.601, tratando-a como uma ação **imprescritível**. No entanto, manteve a legitimação exclusiva da mesma ao marido, diferentemente da maioria das legislações civis estrangeiras.

¹³ Ob. cit., mesma página.

¹⁴ Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, *Alimentos e investigação de paternidade*, p. 167.

5. A IMPUGNAÇÃO DA PATERNIDADE: BREVES VISÕES DO DIREITO COMPARADO.

No estudo do direito comparado, podemos detectar uma tendência legislativa à facilitar a impugnação da filiação advinda do sistema presuntivo de paternidade. Assim, em diversas codificações civis verifica-se não somente uma maior amplitude das pessoas legitimadas a tanto - o filho, a mãe, etc. - como a redução das causas restritivas ao ajuizamento.

No atual direito argentino, pela nova redação do art. 258 do Código Civil, a paternidade presumida poderá ser impugnada por qualquer motivo, desde que se prove razoavelmente a impossibilidade de coabitação dos cônjuges no período de concepção.

O novel legislador argentino buscou combater os absurdo e as imoralidades que conduziam este regime, cercado de causas taxativamente enumeradas pela lei, como asseveram Bossert e Zannoni.¹⁵

No direito português, a contestação da filiação não é privativa apenas do marido, podendo ser intentada por outros igualmente legitimados, como a mãe, o filho e o Ministério Público. É como assenta o art. 1.839, nº I, do Código Civil lusitano, *verbis*:

"1. A paternidade do filho pode ser impugnada pelo marido da mãe, por esta, pelo filho ou, nos termos do art. 1.841, pelo Ministério Público."

Conforme dispõe o nº 2 deste artigo, o autor deverá provar que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido da mãe é improvável. Segundo Tomás Oliveira e Silva, esta é a regra geral sobre a impugnatória da paternidade.¹⁶

A legislação civil italiana, por seu turno, através do art. 235, admite que a ação contestatória da paternidade possa ser exercida tanto pela mãe, como pelo próprio filho, quando este venha a atingir a maioridade legal.

¹⁵ Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni, *Manual de derecho de familia*, p. 452.

¹⁶ Tomás Oliveira e Silva, *Filiação- constituição e extinção do respectivo vínculo*, p. 123.

No direito francês atual, com a reforma de 1972, aboliu-se o exclusivismo da impugnação da paternidade pelo marido, permitindo-se à mãe, em certas circunstâncias, tal legitimação (art.318). A jurisprudência posterior ampliou esta prerrogativa, possibilitando a qualquer interessado o ajuizamento da ação contestatória.¹⁷

Para que a mãe possa exercer seu direito de impugnação, entretanto, deverá ter dissolvido o primeiro casamento, casando-se com o verdadeiro pai da criança.

6. A PATERNIDADE PRESUMIDA NA UNIÃO ESTÁVEL.

Em se tratando de uma união informal, mesmo com característica de estabilidade, parece-nos forçoso afigurar-se a existência de uma paternidade presumida. O sistema da paternidade ficta, ou jurídica, traduzida pelo brocardo *pater is est quem justas nuptiae demonstrant*, foi calcado em valores familiares hoje já superados pela normatização de natureza constitucional - a filiação *legítima* advinda do casamento.

Efetivamente, a contestação da paternidade presumida era, em nosso direito pré-constitucional, e em última instância, a contestação da *legitimação* de uma determinada filiação, dentro de uma limitada esfera de liberdade jurisdicional¹⁸. E somente o casamento civil era capaz de fazer gerar proles *legítimas* - denominação essa, como se viu, abolida de nosso hodierno direito constitucional (art.227, § 6º).

A presunção, por seu turno, tal como se denota no art. 338 do Código, é lastreada em prazos mínimos e máximos de gestação do ser humano, tendo como marco do período presuntivo o início da convivência conjugal, o que é facilmente demonstrável no matrimônio civil pelo registro público.

No entanto, em se tratando de união estável, torna-se difícil ou quase que impossível a verificação do início de tal convivência, até mesmo pela necessária informalidade que permeia este vínculo. Mas não seria esse o único obstáculo à admissão do sistema presuntivo nas uniões estáveis.

¹⁷ Henri et Léon Mazeaud, *Leçon de droit civil*, p. 309.

Efetivamente, a própria Lei de Registros Públicos - Lei nº 6.015/73 - em seu **art. 59**, encontramos a exigência para o registro de filhos havidos *fora do casamento*, qual seja: a presença do pai ao Cartório, podendo ser suprida por procuração específica.

Ora, se a regra legal prevê tal formalidade - a manifestação voluntária do pai no ato registral - de nada valeria cogitar-se de *presunção de paternidade* na união estável, posto que a principal de suas conseqüências - a declaração da paternidade do filho - é vetada à mãe sem o comparecimento ou assentimento do seu companheiro.

Rodrigo da Cunha Pereira compartilha deste entendimento, ao assegurar que:

"No concubinato, ainda que a união estável seja de muitos anos, não se aplica esta regra, pois essa relação, por si mesma, não autoriza presumir a paternidade."

Conclui o autor que a união estável, uma vez caracterizada, tem apenas o condão de ser prova indicativa para a ação de investigação de paternidade, com base no art. 363, inciso I, do Código Civil, citando alguns julgados nesse sentido.¹⁹

Em posição contrária manifesta-se Nágila Maria Sales Brito, admitindo, pela natureza *juris tantum* da paternidade presumida, a aplicação de tal regra na união estável, onde o ônus da prova contrária poderá ser oponível pelo réu²⁰.

7. A PATERNIDADE PRESUMIDA NO PROJETO DE LEI Nº 4719/01.

Através do deputado Alberto Fraga (PMDB-DF), foi apresentado à Mesa da Câmara o Projeto de Lei nº 4719/01, que estabelece a *presunção de paternidade* no caso de recusa à submissão do pretense pai ao exame de identificação genética (DNA).

¹⁸ Vide as reitras hipóteses ensejadoras da ação negatória de paternidade do art. 340 do Código Civil.

¹⁹ Rodrigo da Cunha Pereira, *Concubinato e união estável*, p. 62.

²⁰ Nágila Maria Sales Brito, *Presunção de paternidade no casamento e na união estável*, in *Anais do IIº Congresso Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)*, p. 562.

A justificativa do Projeto pauta-se "na tentativa de colocar um fim na atitude de pretensos pais que negam-se a reconhecer seus filhos, prevalecendo, nesse caso, a proteção especial que se deve dar aos menores".

Com o devido respeito, tal Projeto de Lei traz em si uma conseqüência excessivamente drástica e ilógica, desconsiderando a importância da instrução probatória no devido processo legal.

Realmente, atribuir-se a paternidade jurídica a alguém, pelo único e simples fato de o mesmo recusar-se ao exame genético de DNA, sem o cotejamento com as demais provas existentes nos autos, seria uma afronta ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, insertos no inciso LV, art. 5º, da Carta Política.

Em que pese a importância do estabelecimento do vínculo jurídico diante do interesse do menor, despojado da proteção familiar paterna - brilhantemente defendido por Maria Celina Bodin de Moraes²¹, ao mencionar que o direito constitucional à integridade física do pai constitui-se em abuso se servir de causa para eximir a comprovação do vínculo genético - não seria adequado e nem jurídico o estabelecimento automático da paternidade pela mera recusa.

Como assevera o sempre festejado Zeno Veloso, "(...) não se pode prosseguir com esta confiança cega no exame do DNA. (...) Ele é um importante e poderoso meio de prova. Mas é, apenas, mais um elemento probatório."²²

Desta feita, a recusa do pretense pai ao exame genético não poderia converter-se, mecanicamente, numa cadeia de força, suficiente para levá-lo à condição de pai jurídico por presunção (diferentemente da presunção *pater is est* estabelecida no art. 338 de nosso atual Código Civil).

²¹ Maria Celina Bodin de Moraes, *Recusa à realização do exame do DNA*, in *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*, p. 194.

²² Zeno Veloso, *A dessacralização do DNA*, in *A Família da Travessia do Milênio - Anais do IIº Congresso do IBDFAM*, p. 199.

Tal fato, aliás, redundaria numa situação bastante cômoda para o julgador de primeiro grau que, verificando a recusa do pretense pai em sujeitar-se ao exame de impressões do DNA, acabaria por poder declarar como certa tal paternidade. Mas, com toda a certeza, não é esta a função do magistrado diante da lide posta em juízo, a teor do art. 130 do Código de Processo, que prescreve a atribuição do juiz, de ofício, ou à requerimento da parte, em determinar as provas necessárias à instrução do processo.

Por derradeiro, o Projeto de Lei ora em questionamento estaria contribuindo, perigosamente, para o alastramento da denominada *indústria de presunções*, violadora do princípio da ampla defesa constitucional, posto que a dedução ficta só se afigura, no sistema jurídico, ante a inexistência de elementos probatórios, e não se pode concluir que o exame genético seja a prova exclusiva e absoluta no procedimento investigatório.

.....