



estéril, como pensou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo acórdão foi corretamente reformado pelo Superior Tribunal de Justiça;¹⁴ afinal, o fato de a mulher não poder procriar é mera contingência, não descaracterizando os seus contornos intatos; por outro lado, no outrora transexual que, na aparência, se transmutou de homem em mulher, tem-se uma limitação imanente.

A solução simplista de afirmar que aquele que se sentir enganado sempre poderá pleitear, no prazo decadencial de três anos, em face do erro essencial em relação à identidade do cônjuge, a anulação do casamento,¹⁵ não se afeiçoa ao imperativo respeito aos demais valores constitucionais envolvidos. Esses valores principiam pela pessoa do outro cônjuge, pois também ele possui uma dignidade a ser respeitada, o que inclui o direito de expandir a sua personalidade ao lado da pessoa que melhor se ajuste aos seus sentimentos, à sua maneira de vida e aos seus referenciais de certo e errado. Lembre-se, ainda, que a todos é assegurado o direito à informação (CR/1988, art. 5º, XIV). O Estado, assim, não pode manter-se ao lado da malícia e do engodo.¹⁶

¹⁴ STJ, 3ª T., REsp. nº 678.933/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007.

¹⁵ Código Civil, arts. 1557, I e 1560, III.

¹⁶ Em sentido contrário, prestigiando a privacidade do transexual:

Epílogo

O reconhecimento do transexualismo enquanto patologia e a correlata necessidade de o Poder Público possibilitar, àqueles que dela necessitem, a realização gratuita da cirurgia de transgenitalização é medida necessária e imprescindível à preservação do núcleo duro da dignidade humana. Alteradas as feições anatômicas do órgão genital, é a dignidade humana, mais uma vez, que, à míngua de autorização normativa expressa, direcionará os órgãos jurisdicionais na apreciação do pedido de alteração, no registro civil das pessoas naturais, do prenome e do sexo originários. Na medida em que o registro reflete um referencial de informação e de publicidade, estando necessariamente lastreado nos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, será necessária a averbação, à margem do registro, de observação informando que as alterações foram promovidas por força de ordem judicial.

TJPA, 3ª Câmara Cível Isolada, Proc. nº 2007.30049340, rel. Des. Leonam Gondim da Cruz Júnior, j. em 05/03/2009, DJ de 09/03/2009.

3.3.2 Algumas notas sobre o (dispensável) art. 232 do Código Civil

Rodrigo Mazzei

Professor da Universidade Federal do Espírito Santo

Professor do Instituto Capixaba de Estudos

Advogado e Vice-presidente do Instituto de Advogados
do Estado do Espírito Santo

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família

Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1. A índole processual da norma

Através de trabalhos pretéritos¹, já defendemos que em determinados momentos foi positiva a inclusão no Código Civil de 2002 de alguns dispositivos com faceta processual, uma vez que, com a iluminação do *princípio da operabilidade*, a postura permitiu dar *efetividade* a questões de suma importância, tratadas na codificação civil. Apenas

para relembrar bom exemplo, destacamos a salutar inclusão do art. 479 no Código Civil² que, para afastar a resolução do contrato (art. 478³), permite a apresentação pelo *réu* de (*contra*) *pedido* para a *manutenção do pacto*, através da modificação da avença, em prestígio à importante diretriz da codificação de 2002, *princípio da conservação dos contratos*⁴, que decorre, como é curial, de toda uma nova concepção de

² Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

³ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

⁴ Não vacilamos em dizer que o *princípio da conservação dos contratos* reforça e dá novo impulso ao conhecido *princípio da força obrigatória dos contratos pacta sunt servanda*, na medida em que a conservação da avença implica em propiciar ambiente para seu cabal cumprimento, ainda que sofrendo revisão, com o fim de afastar situação de embaraço que se aloje na *dinâmica contratual*, mormente a onerosidade excessiva (como óbice para o cumprimento do convencionado). Daí porque, para nós, diretriz que dita a conservação dos contratos e que permite a revisão das convenções não é inimiga do *princípio da força obrigatória pacta sunt servanda*. Muito pelo contrário, cremos que tal diretriz é vetor de apoio para o fechamento do processo obrigacional, razão porque entendemos como correta a conclusão do Enunciado 22 da I Jornada de estudos sobre o Código Civil, deflagrada pelo Conselho da Justiça Federal (Enunciado 22: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”). Concordamos, assim, com Tartuce (2006, p. 96) quando afirma que a *conservação do contrato*, após sofrer revisão, possui relação direta com *manutenção* do que as partes convencionaram, com o *pacta sunt servanda*.

¹ 1. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais (ALVIM; ALVIM, 2005). 2. Aspectos panorâmicos do ‘tempo’ na ‘realização do direito’ (SILVA; MAZZEI, 2006). 3. Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do Código Civil (DELGADO; FIGUEIREDO, 2006). 4. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações (WAMBIER; RAMOS; SHIMURA, 2006).



funcionalização de importantes figuras de direito privado, entre as quais está o contrato.^{5,6}

Contudo, nem sempre as relações do Código Civil com as normas de processo inseridas no seu ventre foram boas, havendo deslizos que não podem ser esquecidos, merecendo críticas de doutrina abalizada que se debruçou sobre o tema.⁷ No presente ensaio, a nossa missão limita-se a firmar comentários críticos a um dispositivo em especial, qual seja: o art. 232 do Código Civil, ressaltando alguns pontos que, na nossa ótica, merecem a devida atenção. Com efeito, a arquitetura da norma demonstra, sem rebuscos, que sua aplicação é restrita aos processos judiciais, de modo a criar uma *presunção* de natureza *judicial*. Confira-se: “Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Da própria leitura do dispositivo, tem-se que há uma limitação ao alcance do art. 232, não sendo possível se projetar a norma para fora do processo judicial, o que, afasta, por certo, qualquer sustentação de que o legislador teria criado uma *presunção legal*⁸⁻⁹. Não se vê na norma conteúdo

de regramento material, mas – apenas e tão somente – a enunciação de *presunção* que poderá ocorrer em razão da negativa de participação em prova médica, a ser efetuada por ordem judicial. Nada mais! A regra sequer pode ser vista como *bifronte*, sendo exemplo de dispositivo *heterotópico*¹⁰⁻¹¹, dada a sua identidade visceral como norma de natureza processual.

Ao se vislumbrar a natureza processual e seu efeito (criar *indício* de raiz judicial), tem-se que não há qualquer utilidade prática na norma, pois, na realidade, apenas dita o óbvio: o juiz deve julgar o processo de acordo com as provas colhidas, levando em conta, na falta destas, os elementos de *presunção* que dispõe.¹² A inutilidade do dispositivo é tão flagrante que se fosse extirpado do Código Civil de 2002, nenhum prejuízo prático seria notado. Ao contrário, haveria uma profilaxia para afastar a regra que permite enleio, se o intérprete imaginar se tratar de *presunção legal*. De toda sorte, diante da possibilidade do artigo provocar embaraços, apresentamos singela contribuição para que os limites da

⁵ Note-se que há dispositivo semelhante, ao menos em parte, aplicável à lesão, consoante se infere do § 2º do art. 157 do Código Civil (Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. [...] § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito). Observe-se que, conforme o Enunciado 148 obtido na III Jornada de estudos sobre o Código de 2002 (promovida pela Conselho da Justiça Federal), deve o juiz atuar de maneira a privilegiar a conservação do contrato, aplicando a mesma inteligência na hipótese de *estado de perigo* (art. 156), nada obstante faltar no particular regra expressa em semelhança [Enunciado 148: Ao “estado de perigo” (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157”].

⁶ O reconhecimento da projeção processual do art. 479 e do § 2º do art. 157, do Código Civil, conjugada com a importância do princípio da conservação dos contratos, acaba por gerar um *poder-dever* do julgador, com atuação ativa no sentido de estimular a subsistência do acordado, mesmo que em diferentes condições. A constatação pode ser retirada em dois verbetes edificadas na já referida III Jornada do Conselho da Justiça Federal, a saber: Enunciado 149 - “Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002”; Enunciado 176 - “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

⁷ Sobre as boas e más relações do Código Civil de 2002 com o direito processual civil, recomendamos a leitura dos textos que formam a coletânea coordenada por Didier Junior e Mazzei (2006a), em especial os estudos *O novo Código Civil e o direito processual* (MOREIRA), *Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil* (CÂMARA) e *O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual* (THEODORO JÚNIOR). Confira-se ainda a obra solo: (DIDIER JÚNIOR; MAZZEI, 2006b).

⁸ Os exemplos de *presunção legal* do Código Civil de 2002 dispensam a existência de processo judicial para sua aplicação, decorrendo da simples relação material. No sentido, o art. 574 do Código Civil é exemplo frisante (art. 574. Se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado).

⁹ Com ótimos textos e próximos a nossa posição, vale a consulta de Barbosa Moreira (La negativa de la parte a someterse a una pericia medica: según el nuevo Código Civil brasileño) e Gisele Santos

Fernandes Góes (O art. 232 do CC e a Súmula 301 do STJ – *presunção legal* ou *judicial* ou *ficção legal*?). Pela importância, ambos textos fazem parte da presente coletânea, sendo integrantes também da obra coordenada por Didier Jr. e Mazzei (2006).

¹⁰ A expressão norma heterotópica é uma combinação do grego *héteros*, que transmite a idéia de diverso, outro, diferente, desigual, com o também grego *topikòs*, relativo a lugar. Da decomposição ultimada, tem-se que deve ser considerada como regra heterotópica a norma que está deslocada, ou seja, está em diferente (*héteros*) lugar (*topikòs*). Isso significa que quando o diploma legal for de índole material – como é o caso do Código Civil – e constar um dispositivo de caráter eminentemente processual, este terá natureza heterotópica, já que difere na essência dos demais artigos da legislação, estando, sob tal enfoque, deslocado. Todavia, nem sempre há uma transparência tão clara quanto à carga que é impregnada no dispositivo, sendo possível lhe extrair (simultaneamente) efeitos materiais e processuais. Neste tipo de norma o deslocamento não é total, já que há no seu núcleo um caráter híbrido que permite, ao menos em parte, a localização do dispositivo naquele diploma específico. A este tipo de regra com dupla faceta (material e processual), chamamos de normas bifrontes (aproveitamos aqui a expressão - *bifronte* - já trazida em estudo de Liebman (1962, p. 158) ao examinar as normas processuais contidas no Código Civil italiano de 1942. No Código Civil de 2002 a exemplificação é bem variada, sendo boa parte das normas com efeito processual de natureza bifronte, isto é, geram resultados a serem observados em processo judicial, apesar de manter no seu átomo também regulações de direito material. Exemplo que nos parece esclarecedor (e já anunciado no corpo do texto) pode ser extraído da conjugação do arts. 478 e 479 do Código Civil de 2002. Note-se que o art. 479 complementa a concepção do art. 478, com grande influência dos princípios do equilíbrio e da conservação do contrato em ambas normas, demonstrando a raiz material dos dispositivos. No entanto, em plano que advém de atividade processual, há no art. 478 uma remissão expressa aos efeitos da sentença, e no art. 479, por sua vez, se desenha previsão de atividade do réu muito próxima ao pedido contraposto. Há, sem dúvida, ponto de contato entre a norma heterotópica e a bifronte, pois em ambas há o deslocamento do foco do diploma em que estão inseridas, já que se examina direito processual em diplomas com índole de direito material (ou vice-versa). Entretanto, nas normas bifrontes – diante da hibridez do dispositivo – o mesmo artigo gera consequências materiais e processuais, de modo que sua posição geográfica, ao menos em parte, está simétrica à essência do instituto que está sendo regulado.

¹¹ Abordando o conceito de norma heterotópica, confira-se ainda Cunha (2003, p. 69).

¹² A conclusão que chegamos de inutilidade da norma foi corroborada pelo professor Didier Jr., em exposição sobre o tema, proferida na II Jornada de Direito Privado, ocorrida em Salvador, Bahia, em 17 de maio de 2006.



norma sejam traçados para fins de sua aplicação nas ações de perquirição de paternidade, ou maternidade, atreladas ao vínculo biológico.^{13,14}

2. A recusa da prova médica na ação de investigação de paternidade dentro da dinâmica processual

Às claras a recusa na feitura da prova médica gerará um quadro fático no processo que poderá ser traduzido como *indício*¹⁵, que, como tal, pode ser perfeitamente combatido

¹³ É fundamental registrar que o vínculo afetivo entre pais e filhos (e até dos parentes em geral) merecem muito mais prestígio do que o puro laço biológico entre eles que, apesar de relevante no plano do direito da personalidade, não é suficiente isoladamente para cortar a filiação fixada pela afetividade, sob pena de infringência ao disposto nos arts. 227 caput e §§ 5º e 6º, 226, § 4º, 229 e 230 da Carta Magna, que não toleram qualquer privilégio da filiação genética perante a filiação afetiva. No sentido: “No conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva, deve esta prevalecer, sempre que resultar da espontânea materialização da posse de estado de filho. O falecido pai do demandado registrou-o, de modo livre, como filho, dando-lhe, enquanto viveu, tal tratamento, soando até mesmo imoral a pretensão dos irmãos dele (tios do réu) de, após seu falecimento, e flagrantemente visando apenas mesquinhos interesses patrimoniais, pretender desconstituir tal vínculo” (TJRS, embargos infringentes nº 70004514964, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, j. 11/10/2002); “AÇÃO NEGATORIA DE PATERNIDADE AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO EXAME DE DNA. NEGACAO DA PATERNIDADE PRINCIPIO DA AMPLA DEFESA ANULACAO DA SENTENÇA Apelação. Ação negatória de paternidade cumulada com anulatória de registro civil. Sentença que julgou procedente o pedido, fundamentada em exame de DNA realizado sob o crivo do contraditório, pelo qual foi excluído o vínculo biológico entre os litigantes. Inocorrência de decadência, eis que versa sobre questão de estado, tocando a direito da personalidade, sendo portanto imprescritível o direito de questionamento do vínculo de paternidade. A jurisprudência já vem há muito reconhecendo que a proteção à família não deve se ater ao caráter biológico do vínculo familiar, mas também, e principalmente, ao caráter sócio-afetivo, de modo que, ainda que afastada a paternidade biológica, impõe-se o prosseguimento da instrução processual, a fim de se aferir a eventual configuração de paternidade sócio-afetiva. Sentença prolatada de forma prematura, tendo em vista que, estando pendentes de apreciação aspectos relevantes, o indeferimento do pedido de provas suplementares caracteriza *error in procedendo*. Provimento do apelo, anulando-se o *decisum* e determinando-se a devolução dos autos ao Juiz Natural, para prosseguimento da instrução processual. (TJ RJ). Apelação Cível nº 2005.001.44808, Rel. Des. Roberto Felinto, j. 01/02/2006). No tema, é obrigatória a leitura de excepcional texto de lavra de Lobo (2004, p. 505-530). Com visão mais ampla do panorama, é indispensável também a consulta de Welter (2003).

¹⁴ O dispositivo não está voltado apenas para as ações de investigação de paternidade (ou maternidade) em razão de vínculo biológico, dada a sua superfície ampla, pois pela redação no artigo a recusa à se submeter à perícia médica (sem indicar em que tipo de ação se desenvolveria) supre a prova que se pretende obter com o exame (sem indicar também qual a forma de perícia médica). O horizonte da norma é imenso, ao contrário da primeira impressão que se extrai. Tanto assim que – se levarmos a aplicação do art. 232 do Código Civil a *ferro e fogo* – em tese é possível invocar o preceito até mesmo no ambiente de liquidação de sentença, nos casos em que a prova médica é fundamental para se fixar os limites da indenização. Basta pensar na hipótese em que o autor de ação indenizatória, cujo pedido foi julgado procedente, se nega a fazer perícia médica – na fase *liquidação* – para a aferição da perda de sua capacidade laborativa, tendo em vista que pela impossibilidade de se fixar tal consequência do ato ilícito do réu no início da demanda, o pedido inicial foi apresentado de forma genérica, com amparo no art. 286, II, do CPC.

¹⁵ Próximo: “Em ação de investigação de paternidade, o magistrado pode decidir com base na prova indiciária (cujo reexame é vedado no recurso especial), quando o suposto pai não aquiesceu, se recusou, criou empecilhos para sua realização (provocando sucessivas diligências do juízo monocrático para colheita da prova pericial), ou mesmo tendo

por outros meios de prova a serem apresentados e/ou colhidos no curso do processo judicial. Dessa forma, a leitura açodada do art. 232 do Código Civil não pode conduzir à idéia de que sem a prova médica não é possível o julgamento das ações de paternidade e ou maternidade (com base no vínculo biológico), pois, na impossibilidade da colheita de tal prova, até mesmo por motivos alheios à vontade das partes, o julgador não poderá se furtar de julgar a causa, devendo, para tanto, se utilizar, das provas disponíveis no caso concreto.¹⁶

É permitido que, para *imunizar* (ou pelo menos afastar) os efeitos do art. 232 do Código Civil, a parte venha a demonstrar a impossibilidade de possuir vínculo genético com o reclamante. Poderá apresentar prova médica que informe, em exemplo, a impossibilidade de procriação permanente ou, de outra banda, mesmo que momentânea, que será aferida com outros elementos dos autos, tais como as datas e fatos que circundam a própria fecundação. Por outro lado, ainda que sem óbice físico para gerar uma vida, poderá o réu apresentar prova de que se encontrava em situação e local que seriam incompatíveis com a versão narrada na inicial.¹⁷

Nestas situações, a priori, a postura do réu poderá resultar na consequência endoprocessual, de inversão do ônus as prova¹⁸, caso se recepcione os fatos trazidos na exordial como convincentes, pois não podemos nos esquecer, de modo algum, o resultado que a *presunção judicial* em debate irá alcançar, alterando um dado ligado intimamente ao direito de personalidade, razão pela qual todos os cuidados se fazem necessários. A inversão do ônus da prova, no entanto, não é automática, pois o autor deve apresentar elementos que sustentem seu pedido e os seus respectivos fatos constitutivos

condições financeiras de arcar com os custos do exame pericial não recolheu os honorários periciais” (STJ, REsp. 341.495/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.12.2001).

¹⁶ Semelhante: “É sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza, mas não é imprescindível a instrução do feito, nem condição para julgamento de procedência da ação, pois são conhecidas as dificuldades para sua realização, por oposição do réu ou carência de recursos” (STJ, REsp. 38.451/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13.06.1994).

¹⁷ Em exemplo bem exagerado, imagine um homem que se encontrava em coma, após acidente no exterior, a milhares de quilômetros do par feminino na concepção do reclamante (filho) do vínculo da paternidade. O estado de coma não retira a potencialidade genética, mas as circunstâncias que o envolvem (inconsciência) e o local, poderão abalar o quadro de presunção criado pelo art. 232 do Código Civil.

¹⁸ No sentido: “Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA). Recusa. Inversão do ônus da prova. Relacionamento amoroso e relacionamento casual. Paternidade reconhecida. A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e consequente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples ‘ficar’, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual. Recurso especial provido.” (STJ, REsp. 557.365/RO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.04.2005).



de forma convincente e verossímil.¹⁹ De tal sorte que a ordem cronológica da produção probatória, nos termos do art. 452, do CPC²⁰, pode ser, perfeitamente, alterada, pois somente deverá ser deferida a prova pericial se presentes elementos que convençam o julgador de ser possível a paternidade no caso em análise.

Assim, na falta de prova documentada que faça o vínculo entre as partes litigantes, não é de se descartar que ocorra audiência de instrução e julgamento antecedente, visando a colheita de prova oral (oitiva de testemunhas e colheita de depoimentos pessoais).

3. Paralelo com os efeitos da revelia nas ações de Estado

Como é de trivial conhecimento, em regra, a teor do disposto no art. 319 do CPC²¹, a não apresentação de resposta em forma de contestação pelo réu gera, em favor do autor, a *presunção* de veracidade dos fatos trazidos na inicial²². Contudo, tal *presunção* não é absoluta, havendo as exceções do art. 320, do CPC²³, podendo, de outra banda, o julgador determinar a produção de provas por parte do autor, caso não existam nos autos elementos convincentes da narrativa exordial²⁴, mormente em se tratando de demanda que depende de prova técnica²⁵.

¹⁹ Parecendo concordar com nossa posição, confira-se Coltro (2003, p. 54-55).

²⁰ Art. 452. As provas serão produzidas na audiência nesta ordem: I- o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos, requeridos no prazo e na forma do art. 435; II- o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu; III- finalmente, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.

²¹ Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

²² No sentido: "É efeito da revelia a presunção de serem verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Presunção essa corroborada pela prova dos autos" (TJDF, Apelação Cível 20000910044028, Rel. Hermenegildo Gonçalves, j. 12/11/2001).

²³ Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I- se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II- se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III- se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

²⁴ Na linha: "A presunção do art. 319 do CPC é relativa e não absoluta. Não isenta o autor de provar o fato constitutivo de seu direito e nem leva, necessariamente, à procedência do pedido inicial, com a condenação em indenização, por danos não provados, em montante elevado, com enriquecimento sem causa e repugnância ao senso de justiça. [...] Não há obrigação de ressarcir quando não provados os supostos danos materiais sofridos, ônus que incumbe a quem alega. (TJDF, Apelação Cível 273699, Rel. Jair Soares, j. 13/09/1999); "A configuração da revelia, em face da presunção (art. 319 do CPC), não induz, desde logo, à procedência do pedido, cabendo ao juiz, como destinatário da prova, segundo a sistemática processual vigente, julgar atento às circunstâncias constantes do processo e a repercussão da ofensa com os nefastos efeitos descritos na peça exordial" (TJDF, Apelação Cível 19990110066136, Rel. Dácio Vieira, j. 09/04/2001). Próximo: TJDF, Apelação Cível 2840092, Rel. Getúlio Moraes Oliveira, j. 03/11/1993.

²⁵ Nessa linha: TRF 2ª Região, Apelação Cível 9302170772-RJ, Rel. Paulo Barata. Em termos: confira-se: "Revelia - Presunção relativa - Prova pericial determinada de ofício - Possibilidade - [...] Improcedência

Dada a relevância e consequência dos resultados obtidos das ações de investigação de paternidade, os efeitos da revelia em tal tipo de demanda devem ser recebidos com reservas, não dispensado a parte autora a demonstração do vínculo paterno de forma verossímil, com a exposição de elementos concretos no sentido.^{26,27} A superfície do art. 320, II, do CPC é perfeitamente aplicável nas ações de investigação de paternidade, pois cuida-se de demanda que envolve direito indisponível, sem qualquer sombra de dúvida, dada a sua íntima ligação com os *direitos da personalidade*^{28,29}.

do pedido - Apelação - Cerceamento de defesa - Inexistência - Sentença confirmada. 1) A revelia conduz a uma presunção relativa de veracidade dos fatos, não levando necessariamente a procedência do pedido. 2) O juiz e o destinatário da prova podendo determinar a sua produção, independentemente de requerimento, para evidenciar o seu livre convencimento" (TJPR, Apelação Cível 141337000, Rel. Leonardo Lustosa, j. 16/03/2004).

²⁶ Na mesma linha: "Investigação de paternidade. Revelia. Tratando-se de ação de estado, descabe o julgamento antecipado da lide, acolhendo-se os efeitos confessionais da revelia, quando inexistente qualquer adminículo de prova da paternidade." (TJRS, Apelação cível n.º 70001893783, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Maria Berenice Dias, j. 20/12/2000); "Investigação de paternidade. Revelia. Julgamento antecipado. Descabimento. [...] A ausência de manifestação do réu, em ações de investigação de paternidade, não indica a presunção de veracidade dos fatos argüidos na inicial. É necessário que a parte autora prove os eventos constitutivos do seu direito, porque descabida a paternidade presumida face à natureza da demanda" (TJRS, Apelação Cível n.º 70001821503, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/03/2001).

²⁷ No sentido, colhe-se interessante julgamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de admitir recurso do Ministério Público, por aplicação incorreta dos efeitos da revelia em ação de investigação de paternidade, confira-se: "A legitimidade do Ministério Público para apelar das decisões tomadas em ação de investigação de paternidade, onde atua na qualidade de *custos legis* (CPC, art. 499, § 2º), não se limita à defesa do menor investigado, mas do interesse público, na busca da verdade real, que pode não coincidir, necessariamente, com a da parte autora. [...] Destarte, decretada em 1º grau a revelia do investigado, mas sem que qualquer prova da paternidade ou elementos de convicção a respeito tenham sido produzidos nos autos, tem legitimidade e interesse em recorrer da sentença o Ministério Público" (STJ, REsp. 172.968/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 29.06.2004).

²⁸ Vale lembrar o disposto no art. 11 do Código Civil: Com exceção dos casos previstos em lei, os *direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis*, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (destacamos).

²⁹ Pela íntima ligação ao direito da personalidade, não estará vedado àquele que possui filiação socioafetiva a investigação puramente biológica de suas raízes. No entanto, o resultado da descoberta, ainda que extremamente relevante, não poderá ter qualquer efeito patrimonial. Com tal norte, Welter (2003, p. 267) conclui que somente será possível a investigação do laço biológico ao filho sociológico nas seguintes hipóteses: "a) em caso de necessidade psicológica para conhecer (ser) a origem genética; b) para a manutenção dos impedimentos matrimoniais; c) para a preservação da saúde e da vida dos filhos e dos pais biológicos, em casos graves de doenças genéticas". Em suma, há de ser feito corte entre a filiação biológica e o direito patrimonial nos casos de busca por aquele que já detém filiação socioafetiva. Sobre a temática, colhe-se bons textos na coletânea coordenada por Hernández e Cúneo (2005), destacando-se o texto de Ricardo Pepió e Luisa Roquier (*La importancia del derecho a la identidad en la determinación de la filiación biológica*). Por fim, parecendo caminha no sentido, há precedente muito interessante no Superior Tribunal de Justiça que admitiu a ação para reconhecimento do vínculo biológico sem que qualquer laço proveniente da adoção fosse alterado, confira-se: "Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva



Aproximando-se as questões de revelia e negativa de feita de exame médico nas ações de investigação de vínculo genético, parece-nos inviável dar calibres com distinção. Não se pode fixar um laço genético como consequência única de um dado ocorrido num processo, seja este a revelia, seja este a negativa de cooperar na prova médica. Portanto, interpretação sistemática demonstra que a potência do art. 232 do Código Civil tem limitações, pois para a sua aplicação dependerá de elementos outros de convencimento, tal como ocorre na hipótese de revelia nas ações de investigação de paternidade (e maternidade).

4. Do deslize da Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça

A par dos argumentos que buscamos trazer sobre o art. 232 do Código Civil, cremos que foi infeliz a edição da Súmula nº 301 pelo Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”³⁰. De plano, não é possível se afirmar que há presunção relativa de paternidade pela simples recusa a exame atrelado ao DNA, tendo em vista que tal fato não pode ser visto isoladamente como elemento de convicção do julgador. Note-se, no sentido, que a redação sumular permite a (má) idéia de que toda ação de investigação de vínculo genético se subordina ao exame do DNA que, ainda que em pequena escala, é falível³¹.

De outra banda, é contraditória a posição que afirma que existe presunção, ainda que relativa, contra aquele que se nega a fazer o exame de DNA, ao passo que, não há presunção semelhante se a ação não tiver sido contestada por aquele que se negou a fazer a perícia, uma vez que a revelia tem limitadíssimos efeitos nas ações que visam provar, ou negar, vínculos biológicos.

O descuido na redação da Súmula nº 301 também pode importar na equivocada aceitação de que *pai* é apenas aquele que possui vínculo biológico com seu filho, haja vista não existir qualquer ressalva no enunciado quanto à filiação afetiva que, por proteção constitucional, não é abalada pela declaração (ou não) do laço genético. Nestas condições, se o art. 232 do Código Civil é dispensável, a súmula em voga é odiosa, pois, além de atécnica, acaba por estampar discriminação não permitida em nosso sistema

quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA” (STJ, REsp 127541/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 10.04.2000).

³⁰ 2ª Seção, j. 18.10.2004, DJ 22.11.2004, p. 425. Foram citados os seguintes precedentes para a formação do verbete: AGA 498398-MG, DJ 10/11/2003; REsp. 55958-RS, DJ 14/06/1999; REsp. 135361-MG, DJ 15/03/1999; REsp. 141689-AM, DJ 07/08/2000; REsp. 256161-DF, DJ 18/02/2002; REsp. 409285-PR, DJ 26/08/2002; REsp. 460302-PR, DJ 17/11/2003.

³¹ No sentido, com boa pesquisa a respeito, Coltro (2003, p. 52-53).

constitucional, uma vez que não há supremacia da filiação biológica na formação da família, pois, prima-se, acima de tudo, pela disseminação e proteção aos vínculos de afetividade entre pais e filhos.³²

Em arremate, a negativa em se submeter ao exame médico pela parte não pode ser vista como *presunção legal*, apesar do disposto no art. 232 do Código Civil. E, sendo assim, caberá ao magistrado, de posse dos demais elementos constantes dos autos, utilizar-se do fato ocorrido como mais um elemento de convicção em seu julgamento.

5. Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: _____. (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Parte Geral (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre o Código Civil e o direito processual civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos no novo Código Civil no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2006.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A investigação de paternidade, a recusa do DNA e os arts. 231 e 232 do CC/02. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). **Aspectos controvertidos no novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas regras do novo Código Civil e sua repercussão no processo: prescrição, decadência, etc. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 5, 2003.

DELGADO, Mário Luiz; FIGUEIREDO, Jones. (Coord.). **Questões controvertidas do novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Regras processuais do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos processuais do novo Código Civil**. Salvador: Juspodivm, 2006a.

_____; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Questões processuais do novo**

³² Aplicando tal concepção, não é possível se desfazer o vínculo afetivo já levado a cabo, pela simples afirmação de inexistência de laço biológico. No sentido: “É carecedor de ação visando desconstituir o registro de nascimento, o pai que reconhece formalmente o filho, sendo sabedor da provável inexistência do liame biológico, mas deixando evidenciada a situação de paternidade sócio-afetiva” (TJRS, Apelação Cível nº 70003493855, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 20/02/2002); “AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO. FILIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO. Anulação de assento de nascimento lavrado em decorrência de “adoção à brasileira”. Paternidade declarada voluntariamente pelo marido a pai biológico das recorrentes, já falecido, que considerava a ré como filha. Reconhecimento jurisprudencial do “paternidade socioafetiva”. Status de filha que o tempo consolidou. O interesse econômico das apelantes não se sobrepõe ao princípio inscrito no art. 1º, III, da Constituição da República. Recurso desprovido” (TJRJ, apelação 2004.001.10200, Rel. Des. Jesse Torres, j. 23/06/2004).



Código Civil. São Paulo: Manole, 2006b.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. O art. 232 do CC e a Súmula 301 do STJ: presunção legal ou judicial ou ficção legal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos no novo Código Civil no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2006.

HERNANDÉZ, Clayde U.; CÚNEO, Dario Luiz. (Dir.). **Filiación biológica.** Rosário: Editorial Librería Juris, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Norma processuali nel codice civile. In: **Problemi del processo civile.** Milano: Morano Editores, 1962.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. Aspectos panorâmicos do tempo na realização do direito. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência.** Curitiba: Juruá, 2006a.

_____. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006b.

_____. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis. (Coord.). **Reflexos no novo código civil no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2006c.

_____. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RAMOS, Glauco Gumerato; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Atualidades do processo civil de conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006d (no prelo).

_____. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil (apresentação). In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral (arts. 1º a 103).** Rio de Janeiro:

Forense, 2005.

_____. Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; FIGUEIREDO, Jones. (Coord.). **Questões controvertidas do novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2006e.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o direito processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos no novo Código Civil no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2006.

_____. La negativa de la parte a someterse a una pericia medica: según el nuevo Código Civil brasileño. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos no novo Código Civil no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência.** Curitiba: Juruá, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** São Paulo: Método, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos do novo Código Civil no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda ALVIM; RAMOS, Glauco Gumerato; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Atualidades do processo civil de conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 (no prelo).

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e afetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.