

A PROVA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E A SÚMULA N. 301 DO STJ

*Antonio Darienzo Martins**
*José Sebastião de Oliveira***

SUMÁRIO: *Introdução. 1. Exame genético de DNA nas ações investigatórias. 2. O exame de DNA como prova na investigatória. 3. A divergência jurisprudencial entre STF e STJ. 4. A Súmula n. 301 do STJ. 4.1. Origem da Súmula. 5. Natureza da presunção de paternidade. 6. A produção da prova testemunhal e documental. 7. Obrigatoriedade do exame de DNA. 8. O princípio da igualdade. 8.1. O princípio da igualdade e a discriminação. 8.2. O princípio da dignidade da pessoa humana. 9. Direito do investigante. 10. Direito do investigado. 11. Interpretação das normas constitucionais. 12. Relativização do princípio da dignidade da pessoa. 12.1. Os princípios da igualdade e da proporcionalidade na relativização do princípio da dignidade da pessoa. 13. Direito comparado. 14. Análise dos efeitos práticos da recusa ao exame. 15. Recusa do filho ao exame de DNA. 16. Conclusão. 17. Referências Bibliográficas.*

RESUMO: O tema abrange muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência brasileiras e estrangeiras. A partir dessa premissa, objetivamos analisar o direito do investigante à realização da prova através do exame genético do DNA, ante as limitações apresentadas com a edição da Súmula n. 301, do STJ, considerando os diversos princípios, sua relativização e aplicação no exame do direito das partes na investigatória de paternidade, bem como a importância da prova no que se refere à antecipação dos efeitos da tutela e das providências de natureza cautelar, buscando demonstrar seu cabimento, visando à realização do direito material do filho ainda não reconhecido.

* Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Unipar-Paranavaí; Mestre em Direito pelo CESUMAR-Maringá; professor do Curso de Direito da Unipar – Campus Paranavaí e advogado na região de Nova Londrina-Pr.

** Professor aposentado de Direito Civil da Universidade Estadual de Maringá. Professor de Direito Civil do Centro Universitário de Maringá. Professor e Coordenador do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultor científico *ad hoc*, das Universidades Estaduais de Londrina e Maringá. Advogado na Comarca de Maringá-PR.

PALAVRAS-CHAVE: A prova; a investigação de paternidade; a Súmula n. 301; do STJ.

PROOF IN THE INVESTIGATION OF PATERNITY AND STJ SUMMARY 301

ABSTRACT: The theme embraces many controversies in the Brazilian and foreign doctrine and jurisprudence. From this premise, we aim at analyzing the rights of the investigated in relation to establishing proof by the DNA genetic examination, in face of the limitations presented with the issuing of the STJ summary nº 301, considering the different principles, its relativism and application in the examination of rights of the parts in the investigation of paternity, as well as the importance of proof concerning the anticipation of the effects of guardianship and the provisions of preventive nature, attempting to demonstrating its relevance, aiming at realizing the child' material rights not yet recognized.

KEYWORDS: Proof; paternity investigation; STJ summary 301.

LA PRUEBA EN LA INVESTIGACIÓN DE PATENIDAD Y LA SÚMULA N. 301 DEL STJ

RESUMEN: El tema aporta muchas controversias en la doctrina y jurisprudencia brasileñas y extranjeras. A partir de esa premisa, se objetiva evaluar el derecho del investigador a la realización de la prueba a través del análisis genético del DNA, ante las limitaciones presentadas con la edición de la Súmula n. 301, del STJ, considerando los diversos principios, su relativización y aplicación en la evaluación del derecho de las partes en la investigación de paternidad, así como la importancia de la prueba en lo que se refiere a la anticipación de los efectos de la tutela y de las providencias de naturaleza cautelar, se busca demostrar su cabida, con vistas a la realización del derecho material del hijo todavía no reconocido.

PALABRAS CLAVE: La prueba; la investigación de paternidad; la Súmula n. 301 del STJ.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, no Direito de Família, em nosso país, o conflito entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva, em regra, sempre pendeu em favor da primeira. Na realidade, somente nos últimos anos é que a segunda passou a ser cogitada com seriedade pelos juristas, como categoria própria e merecedora de construção adequada.

A verdade biológica converteu-se na verdade real da filiação, em decorrência de fatores históricos, religiosos e ideológicos, que sempre estiveram no cerne da concepção hegemônica da família patriarcal e matrimonializada, bem como da delimitação estabelecida pelo requisito da legitimidade.

Os princípios constitucionais trazem profundas mudanças no Direito de Família, derrubando tabus e preconceitos até então existentes, sob forte influência de tradições, costumes, religiões, etc., destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que leva a reexaminar conceitos e rever posições.

A evolução do Direito Processual Civil, ante a nova ordem constitucional, foi intensa, introduzindo novas técnicas em relação às tutelas jurisdicionais, tornando o processo mais célere, oferecendo opções ao magistrado, para uma rápida solução do litúgio, satisfação do direito, via antecipação dos efeitos da tutela, e adoção de providências de natureza cautelar, estas visando à proteção do direito. Resultou, enfim, em verdadeiros instrumentos para a realização do direito material, saindo do campo da expectativa para o do exercício e da satisfatividade e propiciando uma pacificação justa e tempestiva.

Entre os muitos temas atuais e relevantes do Direito de Família, destaca-se o que envolve as questões práticas pertinentes a algumas situações específicas, especialmente no que concerne à aplicabilidade das tutelas satisfativas de urgência e à possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela nas investigatórias de paternidade.

Constata-se que, com o apoio científico, a técnica do exame de DNA trouxe verdadeira revolução nos meios forenses, referente à prova de paternidade, permitindo um elevado grau de confiabilidade e certeza no resultado apresentado.

A doutrina e a jurisprudência têm-se debruçado sobre a análise do direito à filiação biológica e dos meios de prova do direito do filho ao reconhecimento da paternidade, com o fito de apresentar soluções que ofereçam tratamento igualitário, justo e conforme com o que foi assegurado na Magna Carta.

Busca-se esgotar todas as situações em que seja imprescindível a antecipação parcial dos efeitos da tutela, com o objetivo de demonstrar seu cabimento, antecipando efeitos parciais da tutela ou deferindo providências de natureza cautelar que, potencialmente, representem o exercício parcial de certos direitos ou a pro-

teção parcial destes, relacionados ao Direito de Família, procurando assim suprir eventuais lacunas.

Não se podem desprezar as provas que efetivamente facilitem e permitam chegar a essas novas tutelas, que o Direito Processual Civil contemporâneo oferece ao jurisdicionado para a materialização e o exercício pleno de seu direito.

1. EXAME GENÉTICO DE DNA NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS

Através da realização do exame de DNA, a determinação de paternidade passou a atingir níveis de certeza praticamente absoluta. Estatísticas do Registro Civil no Brasil indicam que aproximadamente 30% das crianças aqui nascidas não têm o nome do genitor declarado em sua certidão de nascimento,¹ o que freqüentemente representa um sério problema emocional, econômico e social.

Destarte, é de suma importância determinar a paternidade com absoluta confiabilidade, em diversas situações da vida contemporânea. Essa necessidade surge, por exemplo, em casos amigáveis de confirmação de paternidade, disputas legais para fins de pensão alimentícia e herança, casos criminais envolvendo estupro, rapto, troca ou abandono de crianças e casos médicos de diagnóstico pré-natal e aconselhamento genético.

O ácido desoxirribonucléico, comumente conhecido como DNA, é o material genético que compõe os genes, armazenando e transmitindo as características hereditárias de pais para filhos. O exame é empregado para fins de identificação pessoal e determinação de paternidade, sendo considerado o maior avanço do século XX na área forense.

A metodologia empregada objetiva a identificação do DNA. O conjunto de moléculas de DNA compõe os cromossomos, que estão localizados nos núcleos das células e arranjados aos pares. A espécie humana tem 46 cromossomos, sendo metade deles de origem materna e a metade de origem paterna. Cada cromossomo é composto por moléculas de DNA dispostas em seqüência única para cada indivíduo.

O DNA é extraído das células (do sangue, por exemplo). O passo seguinte, e decisivo, é a colocação das sondas radioativas de DNA que ligam as regiões preferenciais, posteriormente reveladas através de filmes de Raios X. O aspecto final é o de uma seqüência de faixas (bandas), que compõem uma impressão digital do DNA para cada pessoa. Através do método, é possível selecionar regiões preferenciais da molécula de DNA e verificar qual é a origem dos seus componentes, se materna ou paterna.

¹ I.B.G.E. – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Para a verificação da paternidade, são analisados os materiais da mãe, do filho e do suposto pai. Primeiramente, todas as faixas (bandas) da mãe, com correspondência no filho, são identificadas e marcadas. As faixas restantes necessariamente têm de ter correspondência com as de origem paterna.

No caso de haver a presença, na criança, das bandas resultantes do material genético do suposto pai, considera-se este como verdadeiro pai biológico. A exclusão ocorrerá quando não houver correspondência entre as bandas do filho e as do suposto pai. O resultado é inquestionável.

2. O EXAME DE DNA COMO PROVA NA INVESTIGATÓRIA

Tema freqüente e palpitante nos últimos fóruns de debates médico-jurídicos tem sido o exame de DNA nos casos de investigação de paternidade, e com muito mais ênfase quando na questão abordada se discute a obrigatoriedade ou não do investigado em submeter-se ao exame hematológico para a comprovação da paternidade discutida.

A verdade que se busca em juízo, seja pelas partes, seja pelo próprio magistrado, deve ser manipulada da forma mais ampla possível, porém sem exceder as barreiras e os limites do razoável, de modo a não colidir com os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, fundamentalmente assegurados nos Estados democráticos de direito.

Mesmo para a busca dessa verdade, os postulados maiores condicionam limites, e, como diziam os romanos, *est modus in rebus*, ou seja, há um limite para todas as coisas.

Assim, com a evolução dos métodos de identificação genética, as tentativas de ludibriar a Justiça não surtem mais o efeito almejado pelo suposto pai. Mesmo que a mãe da criança tenha mantido relações sexuais com vários homens, é possível identificar o genitor. A única forma de evitar a descoberta da paternidade passou a ser, então, a negativa do réu em comparecer ao laboratório para realização do exame de DNA.

No cenário jurídico nacional, formaram-se nos últimos tempos três correntes sobre os efeitos decorrentes da recusa. A primeira professa a obrigatoriedade da realização do exame de DNA no investigado, principalmente quando este seria o único elemento de prova. A recusa a isso poderia implicar no crime de desobediência à ordem judicial, aliada à pena de confissão quanto à matéria de fato. A segunda entende que o réu poderia se recusar a submeter-se à realização do exame; entretanto sua negativa resultaria na presunção da verdade dos fatos, independentemente do cotejo com outras provas. Finalmente, a terceira corrente se fundamenta na não-obrigatoriedade de a pessoa se submeter ao exame, como

também admite que a negativa por parte do réu não implica presunção da paternidade, mas apenas um componente que poderá reverter-se em seu desfavor, caso o contexto probatório restante o permita.

Como ninguém pode ser obrigado a fornecer sangue ou qualquer parte de seu corpo para a obtenção de prova judicial, a anuência do investigado é pressuposto imprescindível para que o exame seja efetivado.

Da mesma forma, quando alguém é surpreendido dirigindo veículo automotor em estado de embriaguez, não há como forçar o motorista a fazer o teste do “bafômetro” ou a fornecer sangue, se ele não o quiser. Exatamente por isso, a maioria dos arestos dos nossos tribunais, a começar pelo Pretório Excelso, ao se reportar ao assunto determinou que “ninguém pode ser coagido ao exame ou inspeção corporal, para a prova cível”.²

Existe sempre a possibilidade de se colher prova testemunhal, mas a precisão do resultado não é a mesma. No entanto, fica evidente que a pessoa que se recusa a fornecer elementos para a verificação inequívoca da ocorrência de um fato que gere responsabilidade civil ou penal tem consciência do seu dever de arcar com a assistência material, moral e intelectual.

3. A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE STF E STJ

O STF firmou em 1996 orientação polêmica, fundada sobretudo no princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo ao réu o direito de recusar-se ao exame de DNA, mas negando ao investigador o direito de conhecer sua origem genética.³

De sua parte, o Superior Tribunal de Justiça, antes da edição da Súmula n. 301, vinha orientando em sentido diverso, como se vê em decisão datada de 1998, proferida pela sua Quarta Turma, a qual, por unanimidade de votos, tendo como relator o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, decidiu que “na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz”,⁴ em caso que

² RJTJSP 99/35, 111/350, 112/368 e RT 633/70.

³ Confira a ementa do acórdão, no HC-71.373-RS (DJ de 22.11.96), relator min. Marco Aurélio, que expressa bem esse entendimento: “Investigação de Paternidade – Exame de DNA – Condução do Réu “Debaixo de Vara”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”.

⁴ Recurso Especial n°. 140.665-MG (DJ de 03.11.98).

envolva reconhecimento judicial de paternidade.

A divergência jurisprudencial reflete a confusão que se faz entre direito da personalidade, inerente e inato à pessoa, em seu âmbito individual e personalíssimo, e o reconhecimento ou contestação do estado de filiação, que pode ou não ter origem biológica.

O STF fundamenta sua posição em garantias constitucionais do indivíduo (princípios e direitos da personalidade), para imunizá-lo do exame de DNA determinado por ordem judicial. Não obstante, seria lesivo à dignidade da pessoa humana e invasivo à intimidade, submeter alguém ao exame, extraindo-lhe uma gota de sangue, um fio de cabelo ou um fragmento de unha?

A orientação do STF é correta quanto ao impedimento que provoque a utilização equivocada da origem genética para negar o estado de filiação já constituído. Todavia, seu amplo alcance pode comprometer o conhecimento da origem genética com o intuito exclusivo de tutela do direito da personalidade do interessado, fundado no mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que não produza o efeito de negar o estado de filiação de origem não biológica, comprovadamente constituído na convivência familiar duradoura.

Se houver colisão de direitos, com base no mesmo princípio constitucional, os critérios hermenêuticos do balanceamento ou ponderação dos interesses não recomendam que um seja previamente sacrificado em benefício do outro.

Em tese, negar o direito ao conhecimento da origem genética é tão lesivo ao princípio da dignidade da pessoa humana quanto a submissão compulsória ao exame. Apenas o caso concreto indicará quando um deverá prevalecer sobre o outro.

O direito à filiação não é somente um direito da verdade; é, também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa.

4. A SÚMULA N. 301 DO STJ

Foi seguindo esse raciocínio que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 301, estabelecendo que, “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Infelizmente, ao limitar a recusa do réu à realização do exame de DNA, a simples indução de presunção de paternidade, não havendo outras provas para comprovação desta, levaria fatalmente o autor a ter sua pretensão frustrada.

É comum, na maioria das vezes, a gravidez decorrer de encontros casuais, e até mesmo de um único encontro, caso em que a dificuldade na produção de provas é bastante razoável, não permitindo a formação de um conjunto probatório

suficiente para ensejar uma sentença de procedência. Restaria assim ao pretense filho, como único meio de prova possível para comprovar a filiação biológica, o exame de DNA, agora limitado, quando de sua recusa pelo suposto pai, à simples indução de presunção da paternidade, admitindo prova em contrário e exigindo outros elementos de prova para permitir a formação de um juízo de convencimento e embasar uma sentença favorável.

Tal sorte vem estampada nos julgados que adiante se colacionam, evidenciando a necessidade de outras provas, diante da recusa na realização do exame de DNA, pelo réu, na ação de investigação de paternidade.

Apelação Cível – Anulação de registro civil c/c investigação de paternidade e alimentos – (...) – mérito – Exame de DNA – recusa do investigado – presunção relativa de paternidade – presença de outros indícios – (...) – recurso parcialmente provido – 1. (...) 2. Presentes nos autos fortes indícios de que o investigado apelante seja realmente o genitor da menor apelada, somados à presunção decorrente da recusa injustificável daquele em submeter-se ao exame de DNA, deve ser declarada a paternidade pleiteada (CC, arts. 231 e 232; Súmula n. 301 do STJ). 3. (...) 4. Recurso parcialmente provido.⁵

Direito de família – investigação de paternidade – (...) – Inexistência de discrepância nos depoimentos testemunhais – conjunto probatório confirma o alegado na inicial – primazia do princípio da verdade real - negativa de realização do exame de DNA – presunção *juris tantum* de paternidade – entendimento sumulado – Apelo improvido – (...). Tendo o investigado se negado a se submeter ao exame de DNA, sem apresentar qualquer prova que rebata o escondido nos depoimentos tomados nos autos que quedam, unisonamente, em confirmar o expandido na atrial, é de se presumir a paternidade perseguida. -Entendimento pacificado através da Súmula n. 301, do STJ. -Apelo improvido. Decisão unânime.⁶

Investigação de paternidade – cerceamento de defesa – incorrência – recusa ao exame de DNA – aplicação dos arts. 231 e 232 do CC e súmula 301 do STJ – litigância de má-fé – Evidenciado o intuito protelatório do apelante no requerimento da produção de prova oral, passível o indeferimento do

⁵ TJES – AC 024970155305 – 3ª C.Cív. – Relª Desª Catharina Maria Novaes Barcellos – J. 22.08.2005. JNCCB.231 JNCCB.232 JNCCB.1694 JNCCB.1694.1.

⁶ TJPE – AC 68456-2 – Rel. Des. Sílvio de Arruda Beltrão – DJPE 12.08.2005.

pedido pelo magistrado, sem que configure cerceamento de defesa. Inteligência do artigo 130 do CPC. Julgada procedente a demanda com base na prova pericial realizada pelo método GSE e no depoimento de testemunha arrolada pelo investigador, e tendo a realização do exame pelo método DNA sido requerida nas razões recursais, com a conversão do julgamento em diligência, sendo que ao longo de mais de três anos da prolação da sentença a parte recorrente ficou inerte nos autos, ocultando seu endereço para o fim de evitar a produção da prova por ele próprio requerida, incidentes à hipótese os arts. 231 e 232 do Código Civil, bem como o entendimento retratado na Súmula 301 do STJ, com a aplicação da pena de litigância de má-fé ao apelante. Preliminar rejeitada. Apelo não provido. Unânime.⁷

O entendimento pacificado na Súmula, em que pese à aparente evolução, não deixa de significar um retrocesso nessa seara, pois, ao estipular o efeito relativo à presunção da paternidade diante da recusa, além de admitir prova em contrário, exige ao mesmo tempo a presença de outras provas, para ensejar um julgamento de procedência da ação investigatória.

Naqueles casos em que o autor não disponha de outros meios de prova, como ocorre em sua maioria, milita em favor do réu tal entendimento. Nesse aspecto buscamos reabrir a discussão quanto à mencionada Súmula, que, indiretamente, acaba privilegiando o réu, em detrimento do direito do autor.

4.1 ORIGEM DA SÚMULA

Um dos exemplos clássicos que serviram de referência para a elaboração da Súmula n. 301, que teve como relator o ministro Antônio de Pádua Ribeiro, foi um recurso especial, do Amazonas.

No caso em tela, com o acórdão do STJ publicado no Diário da Justiça em 7 de agosto de 2000, o pai se recusou por dez vezes a atender o chamado do juízo de primeiro grau para fazer o teste de DNA. O fato se deu ao longo de quase quatro anos.

Ao chegar ao STJ, em recurso interposto pelo filho contra decisão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, a Terceira Turma julgou em favor do menor. Na ocasião, entendeu-se que a recusa em atender ao chamado da Justiça, aliada à comprovação do relacionamento sexual do intimado com a mãe do menor, gerava “a presunção de veracidade das alegações postas no processo”.

⁷ TJRS – APC 70004058905 – 7ª C.Cív. – Relª Desª Maria Berenice Dias – J. 22.12.2004. JCPC.130.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas entendeu serem insuficientes as provas apresentadas pelo menor, uma vez que não havia o teste de DNA. Registrou o acórdão que,

Conforme os autos, o exame dos depoimentos suscita incertezas e dúvidas, cujas provas documental, testemunhal e até indiciária não são suficientes para demonstrar de forma cabal e convincente que o apelante é o pai do menor apelado.

Em seu recurso interposto ao STJ, alegou o recorrente que a determinação negara vigência a arts. do Código de Processo Civil (CPC), assim como estaria em desacordo com a jurisprudência de outros tribunais.

No STJ, o caso foi decidido com base no entendimento jurisprudencial sobre a presunção de paternidade, no caso da recusa reiterada a fazer o teste de DNA. O entendimento foi o mesmo do juiz monocrático, que anteriormente à Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas tinha decidido pela procedência do pedido formulado pelo pretense filho.

O juiz asseverou:

Quase quatro anos decorridos após a impetração do presente feito, chegando agora ao seu final, pelo menos em termos de primeira instância, visto a intransigência, para não dizer a petulância, arrogância e menosprezo pelas ordens judiciais da parte do réu, em entravar o prosseguimento do mesmo, obstruindo as medidas legais que lhe competia cumprir, sob as mais variadas desculpas, algumas estapafúrdias e outras faltando com a verdade.

Concluiu a seguir: “O reconhecimento da paternidade, no caso, pende dos seguintes requisitos - prova de relacionamento sexual contemporâneo com a concepção; prova de fidelidade ao tempo da concepção; prova de honestidade da mulher (...)”. Depois, veio o acórdão do colegiado, o qual desprezou essas considerações. Negou ser valor de prova da presunção de paternidade a resistência do investigado a submeter-se ao exame e, assim, afastou-se da orientação do STJ, ao qual, depois, veio a recorrer o menor.

É claro que essa nova orientação do STJ, consubstanciada na Súmula n. 301,⁸

⁸ A Súmula n. 301, que passou a balizar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre essa matéria para os casos futuros, teve como referência os julgamentos dos recursos especiais n.ºs. 141.689/AM; 256.161/DF; 460.302/PR; 135.361/MG; 55.958/RS e 409.208/PR, além do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 498.398/MG.

trará doravante conseqüências inevitáveis, passando a orientar as decisões futuras sobre esse tema.

Com isso, fica definitivamente pacificado que a possibilidade de o réu recorrer-se ao exame de DNA ensejará apenas a indução a que se presuma a veracidade da afirmação quanto à paternidade, admitindo-se prova em contrário, bem como exigindo-se a presença de outras provas para que se possa concluir e sustentar uma decisão de procedência, para fins do reconhecimento da filiação biológica.

5. NATUREZA DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Um aspecto que precisa ser melhor analisado para o correto encaminhamento da matéria é o da identificação da natureza e do alcance dessa presunção decorrente da recusa injustificável do investigado à realização do exame de DNA, se absoluta ou se relativa.

Estamos diante de presunção *juris tantum*, que pode ser afastada pela existência, nos autos, de elementos probatórios em sentido contrário, e até mesmo pela inexistência de outras provas, sejam elas testemunhais ou documentais, ou por estas não serem suficientes para se formar um juízo de convencimento. A conjectura, característica da presunção, pode ser destruída por prova convincente em sentido oposto ou pela inexistência de outras provas.

Vicente Greco Filho trilha o entendimento, por exemplo, quanto à revelia, afirmando que “a presunção de veracidade decorrente da revelia não é absoluta. Se há elementos nos autos que levem à conclusão contrária, é absoluta, não está o juiz obrigado a decidir em favor do pedido do autor”.⁹

Nesse mesmo sentido vai a opinião de Rogério Lauria Tucci, esclarecendo que “sempre que se afigure impossível a aplicação do direito argüido aos acontecimentos relatados na peça vestibular da ação, deverá o juiz repelir a pretensão do demandante, apesar da presunção de veracidade decorrente da inércia do demandado”, pois, o “rigor da disposição estatuída no Art. 319 do CPC, não lhe tira o caráter relativo, incumbindo ao juiz, sempre vigilante, rejeitar o pedido, quando ilegal ou destituído de qualquer fundamento jurídico”.¹⁰

É presunção relativa porque, além de ensejar prova em contrário, é preciso que existam outros indícios da paternidade, como o namoro entre o suposto pai e a mãe do investigante, para que seja reconhecida a paternidade.

⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*: (Processo de execução a procedimentos especiais). 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 3. p. 130.

¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria Cruz e. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo de conhecimento: processos e respectivos procedimentos. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. passim.

Se a ação de investigação de paternidade não vem acompanhada de provas, sejam documentais ou testemunhais, ou se estas são escassas - pois, como já abordado, a paternidade não assumida, em regra, decorre de um relacionamento casual - não haverá elementos de prova suficientes para permitir seja levada à jurisdição e à obtenção de um pronunciamento favorável.

Diante da possibilidade de recusa do réu à realização do exame de DNA, ficaria o pretense filho alijado do seu direito, violentado na sua dignidade como pessoa humana, como um filho que desconhece quem é seu pai, e ainda sem poder se valer de todos os meios necessários para conhecer sua origem biológica paterna. Portanto, em um Estado democrático de direito não se pode conceber tal idéia.

6. A PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL

A dificuldade na produção de provas testemunhais e documentais é enorme, visto que a relação mantida entre os genitores ocorre às escondidas, muitas vezes em um ou dois encontros em local distante dos olhos. Ninguém vai manter um relacionamento sexual em público, e muitas vezes os parceiros nem sequer aparecem juntos. Então, como será possível que testemunhas oculares possam afirmar tal relacionamento?

Com isso, a prova testemunhal é relativa, constituindo-se, quando muito, na afirmativa de alguém de ter tomado conhecimento do fato, na maioria das vezes, por confidências da própria genitora. Dá-se o mesmo com a prova documental, pois esta raramente existe, e quando existe não permite, em regra, a comprovação efetiva dos fatos.

Destarte, o conjunto probatório ficará extremamente limitado; e, se considerarmos que o réu poderá recusar-se à realização do exame de DNA, sob o manto da própria Súmula n. 301 do STJ, a simples presunção de paternidade não é suficiente para a procedência do pleito, impossibilitada pela inexistência de prova testemunhal e documental robusta, resultando disso a não-comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor.

Desse modo, a ação de investigação de paternidade se tornará improcedente, pois o autor não cumpriu com o ônus que lhe competia, ou seja, provar os fatos por ele alegados, que constituem seu direito, conforme lhe impõe o inciso I do Art. 333 do CPC.

7. OBRIGATORIEDADE DO EXAME DE DNA

O réu não está obrigado a submeter-se ao exame de DNA, conforme entendimento do STF, que se posiciona no sentido de que ele, réu, não pode ser constrangido à realização desse tipo de exame.

A controvérsia a esse respeito é comentada com bastante propriedade por Bertoldo de Oliveira, que, citando acórdão do TJMG¹¹ e lição de Gustavo Tepedino, adverte que

a Lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar.¹²

Evidentemente, todos os meios legais, e ainda os moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são instrumentos capazes de provar a verdade dos fatos debatidos em juízo.

Outra verdade é que a intimidade das pessoas está, a cada dia que passa, vasculhada de modo mais impressionante, dado o grande poder tecnológico estatal. É possível vê-las e ouvi-las à distância, invadir seu sigilo bancário, fiscal, telefônico, bisbilhotar todo o seu patrimônio - enfim o homem está hoje emaranhado na rede que ele próprio teceu.

Por outro lado, praticamente não existe, no ordenamento jurídico brasileiro atual ou pretérito, nenhum dispositivo que obrigue o réu ou quem quer que seja, em sede de ação investigatória de paternidade ou maternidade, a submeter-se ao exame pericial de DNA. Como assinala a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, inciso II, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Cuida-se de prova que envolve a própria pessoa na sua dimensão física e na sua dimensão moral.

Destarte, somente o investigado poderia decidir sobre a conveniência de submeter-se à realização do exame de DNA, certo de que arcará com os ônus decorrentes da negativa; no entanto, esses ônus se encontram limitados pela Súmula n. 301, não indo a recusa além da simples indução à presunção da paternidade, permitindo prova em contrário para a negativa, mas exigindo do autor outras

¹¹ “Não pode o Poder Judiciário impor o exame, sob pena de desgaste ou, quando menos, de pura perda de tempo se o paciente não o permitir. Inspeção no corpo humano que só é moralmente legítima, assim, só podendo fazer-se com o consentimento do interessado”.

¹² OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. passim.

provas, a serem por ele produzidas, para formar um juízo de convencimento e permitir uma sentença favorável, com a devida e necessária fundamentação.

8. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988 avançou significativamente no que se refere ao reconhecimento de direitos e garantias à igualdade de todos perante a lei, seja entre o sexo masculino e o feminino, seja quanto à origem da filiação. Contudo, a aplicação desses princípios revela-se, ainda hoje, passível de crítica, por distanciar-se em muito dos objetivos imaginados pelo legislador constituinte.

No âmbito da igualdade entre os filhos, ou no do acesso dos não-reconhecidos a uma ordem jurídica justa, somente a partir da mudança legislativa ou da revisão da mencionada súmula será possível imaginar-se seja tal igualdade atingida. Se decisões estabeleceram ou negaram filiação, a partir de premissa falsa (exame inválido); se nem todos puderam alcançar o mesmo tratamento processual, diante das provas disponíveis; se eventuais genitores recusarem submeter-se a essa prova, como será possível afirmar-se igualdade a partir desse tratamento desigual?

O direito do suposto genitor de se opor aos do pretense filho (menor ou não) e o direito à identidade e à personalidade, por via da paternidade presumida, sobrelevam os da intimidade, intangibilidade do corpo humano, etc., porquanto o indivíduo sem identidade ou que receba tratamento desigual em juízo é indivíduo que a própria Justiça mantém alijado dos direitos e garantias previstos na Carta Magna.

O direito de opor-se à condução forçada na realização de perícia, consistente no exame do DNA, deve ser motivado, sendo inútil sua mera negativa, sob a alegação de outros direitos superiores ao do investigante. Não se trata, evidentemente, de fazer analogia com o direito ao silêncio, na esfera penal, no âmbito do interrogatório. Na esfera civil, a defesa é imprescindível, e o silêncio ou a mera recusa equivalem à confissão, na hipótese de direito indisponível, absolutamente ineficaz.

A investigação de paternidade permite, a quem não a tem em seu assentamento de registro civil, a identificação da ascendência. O objetivo é completar a identidade familiar a quem não a possui íntegra, mas parcial.

Logo, só se pode pretender investigação de paternidade para suprir a ausência da ascendência na identidade pessoal, o que implica suprir lacuna na sua identidade pessoal, portanto no seu direito da personalidade.

Essa identidade, segundo Rabindranath Capelo de Souza, assim deve ser entendida:

(...). Tal identidade atinge o seu mais eminente valor como qualidade huma-

na quando cada indivíduo humano, aceitando-se tal qual é, conhecendo-se e amando-se a si mesmo, assume a sua identidade, particularmente como trampolim de harmonia e afirmação pessoal e como repositório de forças com vista ao desenvolvimento próprio, ao amor pelos outros e ao progresso social. O bem da identidade reside, assim, na própria ligação de correspondência ou identidade do homem consigo mesmo e está pois ligado a profundas necessidades humanas, a ponto de o teor da convivência humana depender da sua salvaguarda em termos de plena reciprocidade. (...), o Direito tutele como bens jurídicos quer a ontologia da identidade humana quer o seu reflexo lógico ou formal ao nível do seu reconhecimento social, situando cada homem como centro autônomo de interesses, reconhecendo-lhe o seu particular modo de ser e de se afirmar impondo aos outros o reconhecimento de sua identidade, v.g., de modo a que as referências a cada homem respeitem a sua identidade ontológica.¹³

O direito a igualar-se aos demais, tendo-se por completo, além de sua identificação decorrente da filiação biológica, consagra o direito de valer-se de todos os meios legais para a materialização desse direito assegurado em nosso ordenamento jurídico. Isso pode ser buscado mediante o procedimento da ação de investigação de paternidade, cumulada com outros pedidos decorrentes do reconhecimento objetivado pelo autor.

8.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A DISCRIMINAÇÃO

Sobre a discriminação e a igualdade entre filhos nascidos do casamento ou fora dele escreveu Francisco José Ferreira Muniz:

A situação jurídica do filho, que se funda no princípio da igualdade, demonstra que independente do tipo de família onde ele viva tem direitos (direito ao sustento, à segurança, à saúde, à herança, às garantias sociais do Estado, etc.), de acordo com princípios idênticos (art. 227, parágrafo 6º). Nesse quadro, a idéia de neutralidade constitui importante aspecto da regra de não-discriminação entre filhos nascidos do casamento.¹⁴

Se a legislação vigente não admite nenhum tratamento desigual entre os filhos,

¹³ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995. p. 244-248.

¹⁴ MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direitos de Família e do Menor*. Organizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 78.

sejam eles nascidos ou não do casamento, como admitir-se um tratamento desigual entre o pretense filho e o suposto pai, que pode vir a ser confirmado como seu filho biológico. Deve haver neutralidade também na relação entre eles; quando este busca por via da jurisdição o reconhecimento judicial da paternidade biológica, não deve haver nenhum óbice, por mais tênue que seja, que possa impossibilitar qualquer meio de prova que seja conclusiva ou que exclua a paternidade.

Acerca do tema, Belmiro Pedro Welter, em brilhante artigo, publicado na *Revista Brasileira de Direito de Família*, destaca que os princípios constitucionais da igualdade, da proibição de discriminação entre a filiação, da prioridade e prevalência absoluta dos interesses dos filhos, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, elevados a fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado democrático de direito, introduziram no Brasil duas verdades relacionadas à filiação: a realidade biológica e a realidade sociológica, já que a família afetiva está sedimentada nos mesmos propósitos da família biológica.

São duas imagens que se refletem na comunhão plena de vida entre ambas as famílias. Enfim, a família sociológica é constituída à imagem e semelhança da família genética, e o fato de o filho não possuir registro, como ocorre na biológica, não é tão relevante, porque importa mais a manutenção contínua dos vínculos de amor e solidariedade, que sustentam, efetivamente, o grupo familiar, do que o mero ato solene de registro da filiação. São, portanto, dois institutos jurídicos iguais, envelopados com a mesma indumentária jurídica.

Nesse sentido, o art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, ao se referir aos filhos, havidos ou não da relação do casamento ou união estável, indica que eles terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.

Com isso, houve ruptura de paradigma, porquanto não há mais nenhuma desigualdade, pelo menos formal, entre filhos, pois todos são legítimos. Mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla. Com clarividência, pôs o constituinte essa nova realidade, do modo mais abrangente possível, no texto da nova Carta. Nesse novo tempo, não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios, com olhos postos na realização da Justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade.¹⁵

Não é outra a conclusão decorrente desse tratamento. Seja em relação a quem for, sempre haverá discriminação, tratamento desigual. Como ensina o eminente constitucionalista J.J. Canotilho, a igualdade é exatamente tratar os desiguais de-

¹⁵ WELTER, Belmiro Pedro. *Revista Brasileira de Direito de Família*. n. 12, Jan/Fev/Mar 2002, p. 5.

sigualmente, na medida em que se desigualam, o que não se vê com convicção e com plenitude quando se busca, por via da ação investigatória, o reconhecimento judicial do filho que ainda desconhece sua origem biológica paterna.

8.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tratando-se de princípio constitucional fundamental, sendo ele fundamento da República Federativa do Brasil, devemos por primeiro destacar, seguindo a lição de José Afonso da Silva, que

a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado democrático de direito.¹⁶

Trata-se assim de princípio que ostenta a condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Como acentua Luiz Alberto David Araújo, é “um dos princípios constitucionais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro”;¹⁷ ou, como bem observa Flávia Piovesan,

(...) impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.¹⁸

Não foi por outra razão que o dito princípio, dentre outros inseridos no texto constitucional, provocou uma nova visão quanto à família brasileira.

De qualquer forma, mesmo diante da tão grande subjetividade que a expressão carrega, ela apresenta certo grau de dificuldade para definição de seu conteú-

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2000. passim.

¹⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000. passim.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. passim.

do, bem como para identificar as situações em que o princípio está sendo violado.

Ninguém, em sã consciência, pode afirmar que, ao impedir a busca ou criar óbices a que um filho conheça sua origem biológica ou a filiação paterna, através da investigatória, desfrutando de uma série de direitos fundamentais, não se estaria violando um princípio constitucional.

Não permitir que o investigador, mesmo diante dos progressos científicos verificados nos últimos tempos, possa descobrir sua origem paterna é ferir por completo sua dignidade como pessoa humana. Sem dúvida alguma, a certeza da paternidade é um dos ingredientes que fazem parte deste princípio consagrado pela atual Constituição, o da dignidade da pessoa humana.

9. DIREITO DO INVESTIGANTE

A condição de ser filho biológico e não apenas de ter conhecimento do fato, conhecer sua ascendência, sua origem biológica, é um direito fundamental indisponível, irrenunciável, inegociável, impenhorável, imprescritível, vitalício e intangível do ser humano, já que faz parte da sua dignidade como pessoa.

Esse princípio é dotado, ao mesmo tempo, segundo José Afonso da Silva, de um valor supremo, postado no ápice da vida nacional, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais, desde o direito à vida, um princípio constitucional fundamental e geral, não somente da ordem jurídica, mas também da ordem política, social, econômica, cultural

e fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito.¹⁹

Do ponto de vista emocional, a questão da origem da paternidade também é relevante, já que, “não raras vezes, manifesta-se em casos concretos muito mais transtornos e comprometimento para a integração psíquica da pessoa, o fato de não portar o sobrenome paterno, do que o fato de não saber quem seja seu pai”.²⁰

Por isso,

¹⁹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun./1998, n. 212, p. 92.

²⁰ CATTANI, Aloysio Raphael *et. al.* *O nome e a investigação de paternidade: uma nova proposta interdisciplinar*. In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (coord.). São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998. n. 2. p. 22-23. (Cadernos de Estudos).

prevalece a dignidade da pessoa, sem a menor sombra de dúvida, e esse é, certamente, o espírito que o legislador constitucional inseriu no texto da Constituição Federal; também tornou-se direito de toda a criança poder conhecer a sua origem, sua identidade biológica e civil, sua família de sangue.²¹

É juridicamente possível, através da ação de investigação de paternidade, a produção de prova pericial, por via do exame do DNA de alguém para determinar a filiação, já que “a intimidade do pai não é mais forte que o direito do filho de ter assegurado, como conseqüência da atitude paterna menos digna, o seu direito à cidadania ampla e à própria dignidade pessoal decorrente do reconhecimento”.²²

O interesse da origem biológica diz respeito ao indivíduo, ao grupo familiar e à sociedade,²³ e na situação atual da ciência genética há premência em descobrir a origem biológica, como anota Paulo Luiz Netto Lôbo, com a finalidade também de prevenção de doenças, tornando-a matéria de saúde pública, *a fortiori* de interesse social.

Em seguida, o referido o autor lembra que no início do século XX houve a mesma discussão acerca da possibilidade de vacinação em massa da população, para combater a febre amarela. Na época, prevaleceu o mesmo argumento de invasão do direito à liberdade individual, à intimidade e à dignidade da pessoa humana. Entretanto, conclui o autor que a perícia coercitiva tem por finalidade

impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse que é, a um só tempo, público e individual.²⁴

É um direito assegurado ao investigador, a ele devendo se submeter o investigado, diante dessas razões e de outras que nas linhas seguintes se verão, no confronto dos direitos de um ante os direitos invocados pelo investigado, para

²¹ MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 40.

²² MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O exame do DNA como meio de prova - aspectos constitucionais*. Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 128.

²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos de personalidade. In: BARRETO, Vicente (org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 189-190.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 01, jun. 99.

obstar sua submissão ao procedimento do exame de DNA, valendo-se do direito de recusa.

10. DIREITO DO INVESTIGADO

Para afastar a condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA, Belmiro Pedro Welter²⁵ enumera em seu favor uma série de fundamentos. Destaca, por primeiro, o direito do investigado relacionado à defesa dos direitos fundamentais à liberdade, à intimidade, à vida privada, à intangibilidade física²⁶ e à não-obrigatoriedade de produção de provas contra si, garantindo os princípios da legalidade e da reserva da Constituição Federal.²⁷ Isso porque qualquer parte do corpo, como um dedo, uma unha ou um fio de cabelo, é indissociável do corpo humano e da pessoa, não podendo “ser considerado como uma coisa à parte, de modo que não é possível querer tratar o corpo humano, ou um elemento dele, como uma coisa, um bem que possa ser disposto pela vontade de terceiro ou do Estado”.²⁸

Prevê o autor que, no futuro, a legalização desse procedimento também permitirá a extração de sangue ou outro material biológico para outros propósitos, como a clonagem humana.²⁹

Para Belmiro Welter, somente seria possível produzir exame genético se existisse lei prevendo esse procedimento,³⁰ e a condução coercitiva violaria a paz social. Este último argumento beira à crônica da incoerência, na medida em que a filiação, justamente pela falta da prova pericial em DNA, nunca alcança a paz interior.³¹

Do confronto das razões enumeradas que sustentam o direito do investigador e do investigado, considerando-se a condição em que se apresenta aquele, dúvida não há de que o direito deve dar guarida ao filho que desconhece sua origem

²⁵ WELTER, Belmiro Pedro. *op. cit.* p. 5.

²⁶ CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1999. v. 1. p. 334.

²⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1997. Tomo V. p. 194.

²⁸ ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 140.

²⁹ MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade?* Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 154.

³⁰ LIMA NETO, Francisco Vieira. *Obtenção de DNA para exame: direitos humanos versus exercício da jurisdição*. Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2000. p. 123.

³¹ MADALENO, Rolf. *op. cit.* p. 303.

biológica e não pode sofrer nenhum tipo de embaraço no sentido de dificultar a realização do exame de DNA, quando ele não dispõe de nenhum outro meio de prova para tanto.

11. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As regras são normas que, cumpridos determinados pressupostos, exigem, proibem ou permitem alguma coisa em termos definitivos, sem nenhuma exceção, como afirma Canotilho; ao passo que princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas”,³² tendo vida própria e valor substantivo, estejam ou não inscritos nos Códigos, ou seja, “as regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos”.³³

Os direitos fundamentais, dada a sua importância material e formal, não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, pelo que “lutar pelos direitos fundamentais significa ter como meta a permanente e plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana”,³⁴ a favor do cidadão e diante dos poderes do Estado.

É certo que as normas e os princípios constitucionais devem ser interpretados dentro de um contexto histórico, não se podendo ignorar a evolução e as transformações da sociedade, notadamente da engenharia genética, até porque a análise constitucional não é formatada apenas pelo juiz, pois, como bem lembrou o ministro do STJ Eduardo Ribeiro, os “cidadãos e todos aqueles que participam da sociedade, indivíduos e grupos, a opinião pública, são forças poderosas de interpretação, partindo do pressuposto de que não existe norma jurídica, mas norma jurídica interpretada”.³⁵

Os princípios servem para conceder segurança aos sistemas, conferindo-lhes credibilidade, na medida em que, quando corretamente utilizados, “fazem surgir soluções congruentes, que indicarão a existência de unidade, de convergência,

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1999. p. 1177.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. passim.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais e sua eficácia na ordem constitucional. *Revista da Ajuris, doutrina e jurisprudência*, ano XXVI, n. 76, Porto Alegre, dez. 1999. p. 382.

³⁵ Resp. 194.866/RS, 3ª Turma do STJ, em 20.04.1999, Rel. Eduardo Ribeiro, in DJ 14.06.1999, RSTJ, a. 01, (Rev. STJ-07):239-313, jul./1999, apud jurista alemão Peter Häberle, in: *Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

ocorrências essas que demonstram que se configura o requisito da organização, base de qualquer sistema que pretenda perdurar”.³⁶

A teoria dos princípios declara as normas que “não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados”,³⁷ pelo que “inexistem princípios absolutos, já que tal condição contradiz a própria essência da noção e a estrutura normativa dos princípios”.³⁸ Ou seja, os princípios são os

hierarcas não apenas no plano formal, mas, sobretudo, dada a sua natureza axiológica, também na dimensão material, de modo que, através deles, desce, das mais elevadas prioridades do sistema, a unção valorativa viabilizadora da coerência substancialmente sistemática.³⁹

12. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA

Quando o operador do direito se encontra diante de um conflito entre dois princípios constitucionais, ele “opta por um dos princípios, sem que o outro seja rechaçado do sistema, ou deixe de ser aplicado a outros casos que comportem sua aceitação”.⁴⁰ Porém, no caso dos direitos fundamentais do filho que promove a investigação de paternidade e do pai que figura no pólo passivo da relação jurídico-processual na condição de réu investigado, não se está apenas diante de um conflito entre duas normas infraconstitucionais, ou entre norma infraconstitucional e norma constitucional, ou entre duas normas constitucionais, ou entre uma norma constitucional e um princípio constitucional ou, ainda, entre dois princípios constitucionais. Está-se diante de um conflito entre dois direitos fundamentais, abarcados pelo mesmo princípio constitucional, o da dig-

³⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 30. No mesmo sentido, BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 24.

³⁷ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, v. I, Rio de Janeiro: Renovar, jul. set. 1999. p. 79.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 76.

³⁹ PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 76-77.

⁴⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 69 et. seq.

nidade da pessoa humana, isto é, o “mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição”.⁴¹ E “enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida”.⁴²

Diante dessa incerteza gerada pelo conflito instaurado, questiona-se se, para a garantia da dignidade dos contendores – autor e réu da ação de investigação de paternidade -, esse princípio deveria ou não ser relativizado.⁴³

Em outros termos: esse confronto de direitos fundamentais ocorre “quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”.⁴⁴

Nesse caso, os critérios hermenêuticos da ponderação, buscados no princípio da razoabilidade, não recomendam o sacrifício dos direitos de um em benefício do outro, e sim, a intangibilidade de ambos os direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se, assim, obrigatória a relativização desse princípio.

Não obstante, Ingo Wolfgang Sarlet adverte que a doutrina, majoritariamente, opõe-se à relativização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nem mesmo o interesse comunitário justificaria ofensa à dignidade pessoal, haja vista que “cada restrição à dignidade (ainda que fundada na preservação de direitos fundamentais ou proteção da dignidade de terceiros) importa em sua violação e, portanto, encontra-se vedada pelo ordenamento jurídico”.⁴⁵

Não se pode generalizar essa posição prevalente, pelas seguintes razões.

Em primeiro lugar, no caso do filho que investiga o pai não se estão confrontando direitos individuais ou comunitários, mas sim, o porquê de o pai usurpar a dignidade do filho, com sua recusa à produção do material necessário para reali-

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Prefácio In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁴² CUNHA, Jorge Teixeira da. *Valor, cultura e direitos humanos*. Communio - Revista Internacional Católica, 1997. p. 50. apud MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. tomo IV, 3. ed. Coimbra/Portugal: Coimbra Editora, 2000. p. 188.

⁴³ DOTTL, René Ariel. *O exame de DNA e as garantias do acusado*. Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense. p. 277, “nas ações de investigação de paternidade, há uma forte tendência jurisprudencial no sentido de considerar a recusa em doar o material para exame como presuntiva da admissibilidade do fato alegado”.

⁴⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 66, apud ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, jul/set 1999. v. 217, n. I-VI, p. 68-9.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 132-133.

zação do exame genético em DNA, porquanto foi ele, e não um terceiro ou a sociedade, quem deu causa à denegação da dignidade a um ser humano. Em segundo lugar, nem mesmo os direitos e princípios constitucionais são absolutos, e, “quando sofrem o embate de direito da mesma hierarquia e valor, poder-se-ia aqui invocar o próprio direito à dignidade humana, elevada à categoria de fundamento da República, nos termos do Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal”.⁴⁶

Assim, ambos os litigantes podem invocar a preservação e intangibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, como ressalta Robert Alexy: “se algumas normas da Constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também, então, devem ser levadas a sério, se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da Constituição”.⁴⁷

Por essa razão, conclui o autor,

todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”, pelo que “os princípios constitucionais jamais devem ser eliminados mutuamente, ainda quando em colisão, à diferença do que sucede com as normas ou regras”.⁴⁸

Em decorrência do que foi acima exposto, questiona-se a relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, em confronto com os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

12.1 OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA

Para que se possa relativizar um princípio, é necessário manter incólume o princípio da igualdade entre as partes no processo, as quais ostentam direitos fundamentais e o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana. Sem esse requisito, estar-se-ia denegando, forçosamente, um direito fundamental, o que seria francamente inconstitucional, uma vez que, em nenhuma hipótese, justificasse o confisco total de um direito fundamental.⁴⁹

⁴⁶ Acórdão da 8ª C.Cív. do TJRS, em 04.11.1993, Rel. Eliseu Gomes Torres, RJTJRS 162/238, citando FACCHINI NETO, Eugênio.

⁴⁷ ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 74.

⁴⁸ FREITAS, Juarez. *Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional*. Revista da Ajuris, doutrina e jurisprudência, ano XXVI, n. 76, Porto Alegre, dez. 1999, p. 398.

⁴⁹ *Ibidem.* p. 400 *et seq.*

Embora não se confundam, os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade têm algumas circunstâncias em comum. Enquanto a igualdade está umbilicalmente ligada “à distribuição de direitos e deveres, de vantagens e de encargos, de benefícios e de custos inerentes à mesma comunidade ou à vivência da mesma situação”, a proporcionalidade “é um dos critérios que lhe presidem ou uma das situações imprescindíveis, como acaba de se indicar; é uma medida de valor a partir da qual se procede a uma ponderação”.⁵⁰

Em sendo a igualdade um valor supremo, não será possível relativizar o princípio constitucional sem a garantia da aplicação dessa igualdade.

A Constituição Federal dizer que todos são iguais perante a lei significa que a igualdade, na aplicação do direito, “continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantida, e ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais”.⁵¹

O princípio da proporcionalidade significa proporção, razoabilidade, adequação, a menor interferência possível, o mínimo de intervenção, meio mais suave, meio mais moderado, subsidiariedade, conformidade e proibição de excesso;⁵² enfim, “é um princípio universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados Democráticos de Direito”.⁵³

Para manter intangível o princípio da dignidade humana das partes envolvidas no processo de investigação, devem-se invocar os princípios da igualdade e da razoabilidade, visto que “o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação”.⁵⁴ Tal princípio tem a sua origem e desenvolvimento atrelados à garantia do devido processo legal, que remonta à Magna Carta inglesa, de 1215,⁵⁵ e que impõe ao operador do Direito “(...) sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos (...). Em nenhuma circunstância, um direito constitucional deve suprimir, por inteiro, outro direito”.⁵⁶

Com efeito, o princípio da ponderação destina-se a colonizar as condutas tóxicas, intransigentes e indignas de negativa do fornecimento dos materiais necessários para a produção do exame genético em DNA, pois “é razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *op. cit.* p. 216.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.* p. 399.

⁵² BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 250 et seq.

⁵³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 147.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 75.

⁵⁵ RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Luís Couceiro Feio, Lisboa, Instituto Piaget, 2000. p. 238.

⁵⁶ FREITAS, Juarez. *op. cit.* p. 400-401.

arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”;⁵⁷ isto é, “a garantia dos direitos fundamentais e a limitação do poder político envolvem, como a doutrina e a jurisprudência vêm demonstrando, o princípio da proporcionalidade”.⁵⁸

Esse princípio é dividido em várias partes, sempre buscando a lei da ponderação, a ser ministrada em três fases: na primeira, inferir a intensidade da intervenção; na segunda, visualizar a eminência dos motivos que justificam essa intervenção; na terceira, a conexão da ponderação.⁵⁹

Tal ponderação, ao ser aplicada na condução coercitiva do genitor, na realização do exame genético em DNA, é encontrada na obra de Ingo Wolfgang Sarlet, ao citar que, embora a prática dos atos de violação da dignidade por terceiro, no caso, o pai que está sendo investigado e se nega a produzir a prova,

não tenha o condão de acarretar a perda da dignidade, nos parece razoável admitir que qualquer pessoa, ao cometer uma ofensa à dignidade alheia, acaba por colocar, a si mesma, numa condição de desigualdade na sua relação com os seus semelhantes, que, para além de serem igualmente dignos por serem pessoa, são também - pelo menos para efeito do caso concreto em que se está a fazer a ponderação - dignos nas suas ações.⁶⁰

Essa interpretação vem ao encontro da concepção kantiana da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isso seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus.⁶¹

Desse modo, dois princípios constitucionais – o da igualdade e o da proporcionalidade - preenchem a função de relativizar o princípio da dignidade da

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999. p. 215.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed. Limitada, 2000. Tomo IV. p. 205.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 74.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 129 et seq.

⁶¹ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da*

pessoa humana, legitimando a condução coercitiva para possibilitar a realização e feitura do exame genético em DNA.

O estado e a condição de ser filho e o direito à sua ancestralidade são direitos fundamentais, personalíssimos, intangíveis, imprescritíveis e indisponíveis, que fazem parte dos princípios da cidadania e da dignidade humana, elevados à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil e pilares do Estado democrático de direito (Art. 1º, incisos II e III, da CF).

Por isso se está diante de um desses poucos direitos aos quais se pode aplicar, “sem excesso e sem hipérbole, a qualidade de sagrado, tratando-se da própria identidade biológica e pessoal - uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal”.⁶²

A certeza científica da paternidade e da maternidade ou da sua negativa, em praticamente 100% dos casos, através da realização do exame genético de DNA, traz segurança jurídica às partes envolvidas, já que pode excluir a filiação, com a mesma certeza.

A negativa ao exame “vai contra a intenção mesma do réu, pois, ao contestar a ação, afirma pela negativa, e essa afirmação confere-lhe o ônus de provar que não é o genitor”. Fica-se diante de um paradoxo, “pois se se pode determinar com certeza a paternidade e a não-paternidade, através de exame pericial, isso de nada vale se o réu se recusa a fazê-lo”.⁶³

Em nosso ordenamento jurídico vigem, a contar da Constituição Federal de 1988 (Arts. 226, §§ 4º e 7º, e 227, § 6º), apenas duas verdades da perfiliação: a biológica e a socioafetiva. Com efeito, a verdade biológica parece ser

a verdade real, mas não se concebe um sistema jurídico que, embora não o diga, não conceda um lugar à verdade sociológica, aos hábitos individuais, familiares, sociais (...). O fato de viver como se o vínculo biológico existisse cria (...) uma comunidade psicológica que pode ser tão forte como a comunidade de sangue (...) que seria pouco realista abalar (...).⁶⁴

Em tendo sido cravadas apenas duas ordens de filiação no contexto jurídico brasileiro, foi banida, embora tardiamente, a verdade formal, ficção jurídica, mera presunção jurídica. Significa que somente é constitucional a declaração da filiação

filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 353.

⁶² Acórdão nº 110.067-1, Ac. de 02.11.1989, RJTJSP 126/201.

⁶³ SIMAS FILHO, Fernando. *Investigação de paternidade: peculiaridades, panorama atual, futuro*. In: Repensando o Direito de Família. Congresso Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), 1. **Anais...** IBDFAM, OAB/MG, Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 465.

⁶⁴ OLIVEIRA, Guilherme. *Critério jurídico da paternidade*, Coimbra/Portugal: Almedina, 1998, p. 421, *apud* CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*, 11. ed. t. 2, Paris: P.U.F., 1979. p. 317 et seq.

biológica ou socioafetiva, impondo-se, com isso, a realização do exame genético em DNA, inclusive com condução coercitiva do genitor, sob pena de ser reconhecida ao investigante a condição de filho.

Para a realização do exame genético em DNA, pode ser colhido material em várias partes do corpo humano, como o sangue, o sêmen, a raiz do cabelo, a pele, a placenta,⁶⁵ os ossos,⁶⁶ a saliva, a urina,⁶⁷ os dentes⁶⁸ ou músculos.⁶⁹

Dentre essas opções, “temos de fazer concordar os valores jurídicos e, quando um tiver que preponderar sobre o outro, mister salvaguardar, ao máximo, aquele que restou relativizado”.⁷⁰ Isso significa que, primeiramente, há de ser colhida do investigado a raiz do cabelo ou a saliva, que não representam nem sequer lesão moral, muito menos lesão corporal risível, aplicando-se, com isso, o princípio da ponderação.

Quem deu causa à exclusão do princípio da dignidade do filho foi o réu investigado, e não um terceiro ou a sociedade, ante a sua recusa a submeter-se ao exame genético.

Parafrazeando Ingo Wolfgang Sarlet, a conduta indigna do suposto pai (investigado) não importa perda, mas, sim, enfraquecimento (relativização) de sua dignidade, pois excluiu a dignidade do investigante, legitimando, por isso, a aplicação do princípio da ponderação no princípio da dignidade da pessoa humana do investigado, conduzindo-o na feitura do exame genético em DNA.

O interesse da origem biológica, repita-se, diz respeito ao indivíduo, ao grupo familiar e à sociedade,⁷¹ e na situação atual da ciência genética há premência na descoberta da origem biológica, com a finalidade também de “prevenção de doenças, tornando-a matéria de saúde pública, *a fortiori* de interesse social”.⁷²

As partes devem se encontrar no mesmo nível processual, em vista do princípio da igualdade, que norteia o Direito Processual Civil.

⁶⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Quem são os pais? O DNA e a filiação, proposta de solução ou início dos dilemas ? In: *Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 207.

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.* p. 223.

⁶⁷ ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 67 et seq.

⁶⁸ VELOSO, Zeno. *A dessacralização do DNA, Direito de Família: a família na travessia do milênio*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), 2 IBDFAM, OAB/MG, 2000. Anais... Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 196.

⁶⁹ RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade: manual prático do DNA*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 34.

⁷⁰ FREITAS, Juarez. *op. cit.* p. 400-401.

⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.* p. 189-190.

⁷² LÔBO, Paulo Luiz Netto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 01, jun. 1999, citando também Maria Celina Bodin de Moraes,

Nesse caso, o investigante é a parte mais fraca na relação jurídico-processual, encontrando-se em estado de necessidade *in concreto*, direito com caráter de urgência ante a sociedade.⁷³

Os princípios da igualdade e da idêntica dignidade entre o pretense filho e o suposto pai também relativizam o princípio da dignidade da pessoa, pois, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á lhe negando a própria dignidade”.⁷⁴

13. DIREITO COMPARADO

Não se pode esquecer que, no Direito Comparado, admite-se a condução coercitiva do investigado na realização do exame genético em DNA. Na França e na Alemanha é admitida a produção dessa prova, “porque aquelas legislações disciplinam que a sujeição da integridade do indivíduo está num plano inferior a um interesse coletivo decorrente da ordem pública”.⁷⁵

Desde os anos 1950, o Tribunal Constitucional Alemão considera que “não ofende à dignidade, vida e segurança da pessoa a coleta de pequena amostra de sangue”. Foi, porém, a decisão de líder, de 31.01.1989, do Tribunal Constitucional Federal alemão, que reconheceu a existência de um “direito da criança de saber sua origem”.⁷⁶

No Supremo Tribunal de Justiça de Portugal pendente decisão no sentido de que “comparência sob custódia, da mãe do menor, acompanhada deste, no Instituto de Medicina Legal, para os exames de sangue, mesmo contra a vontade da mãe, não viola o direito à liberdade”.⁷⁷

No Canadá e em vários Estados norte-americanos foram editadas leis tornando obrigatório o exame genético em DNA, “em benefício da comunidade, que não pode tolerar o abandono de menores e a irresponsabilidade dos pais em nome

Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade, A nova família: problemas e perspectivas. (coord): Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 194.

⁷³ MARQUES, Claudia Lima. *Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA no direito brasileiro - direito pós-moderno à descoberta da origem?* In: Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 44.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 87.

⁷⁵ MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetsis. *op. cit.*, p. 160.

⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. *op. cit.* p. 43.

⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais.* Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. p. 228, e Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Proc. 901/96, 1ª Secção, Rel. Fernando Fabião, j. em 11.03.1997.

de um suposto malferimento de direito fundamental, qual seja, o direito à integridade física”.⁷⁸

A partir da Constituição de 1988, é inadmissível interpretar o Direito de Família com base apenas no novo Código Civil e nos medievos princípios constitucionais. Deve, sim, esse direito, ser interpretado com base na hermenêutica constitucional,⁷⁹ principalmente observando-se os princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), da cidadania (Art. 1º, II),⁸⁰ da igualdade entre a filiação (Art. 226, cabeça), da equivalência da filiação biológica e afetiva (Arts. 226, § 7º, e 227, § 6º) e da proteção absoluta e integral dos filhos - criança e adolescente (Art. 227, cabeça). Trata-se de uma nova ordem constitucional, auto-aplicável.⁸¹

Esses princípios constitucionais demonstram que no Direito pós-moderno não é mais possível, como ocorria no período medieval, a denegação da dignidade humana, devendo-se, hodiernamente, assegurar a todos, indistintamente, esse princípio, porquanto, conforme feliz expressão de Jorge Miranda, “enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida”.⁸²

Enquanto não for reconhecida a dignidade humana do filho, com a declaração do estado de filho biológico, não pode o suposto pai julgar-se satisfeito com a sua dignidade. Com isso, nasce a obrigatoriedade de se realizar o exame pericial genético em DNA, e, em caso de recusa, impõe-se a condução coercitiva, a manutenção da intangibilidade de ambas as dignidades, na medida em que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.⁸³

⁷⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de Família brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 92.

⁷⁹ STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia*. Um estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Movimento, 1983. p. 100-101.

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. Cidadania no Brasil: o que diz a lei. Guia da cidadania, Almanaque Abril, 2001. p. 12, a plena cidadania “não é dada, é construída”, isso porque, parafraseando Luigi Ferrajoli, o denominado Contrato Social de 1988, transformado em Pacto Constitucional, não é mais uma tese filosófico-política, mas, sim, um conjunto de normas positivas que obrigam entre si o Estado e todos os brasileiros, que são sujeitos com soberania, assim como a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado.

⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 92, “o entendimento dominante sobre a nova ordem constitucional, instalada desde 1988, é mesmo o da auto-aplicabilidade”.

⁸² MIRANDA, Jorge. *op. cit.* p. 50.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. Prefácio in *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cf. SARLET, Ingo Wolfgang, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

14. ANÁLISE DOS EFEITOS PRÁTICOS DA RECUSA AO EXAME

De acordo com a sistemática vigente, na hipótese de negativa do réu à realização do exame de DNA, com a devida vênia, entende-se não se poder interpretar tal recusa como simples indício, passando pela presunção *juris tantum*. Pode-se, isto sim, determinar ao réu a conseqüente inversão do ônus da prova, pena de confissão, tendo-se em mente que a jurisprudência brasileira, em regra, tem avaliado a recusa sempre de modo desfavorável ao réu, nas investigatórias de paternidade. Vigora, nesses casos, em rigor, a presunção *hominis*, segundo a qual quem não tem nada a esconder não perde a oportunidade de prová-lo.

A conclusão lastreada na experiência da vida comum (quem não tem nada a esconder não perde a oportunidade de prová-lo) deve gerar a presunção relativa de paternidade do investigado, devendo recair sobre ele o ônus de provar que não é o pai biológico, mediante a produção de outros meios de prova.

De outro giro, a confissão ficta está e deve continuar afastada em matéria de estado da pessoa. Suas conseqüências são tão graves que seria melhor, para o próprio investigador, a condução coercitiva do investigado na produção do exame.

15. RECUSA DO FILHO AO EXAME DE DNA

Da mesma forma que o réu, suposto genitor na ação de investigação de paternidade intentada pelo pretenso filho, pode recusar submeter-se ao exame de DNA, poderá o filho, em uma ação de negativa de paternidade intentada pelo pai em face dele, negar-se ao exame, quando as provas documental e testemunhal são quase sempre impossíveis de serem produzidas nessas demandas.

No campo pericial, o desenvolvimento científico facilita a busca da verdade, mas tais obstáculos, consistentes na recusa à submissão ao exame, podem ocorrer.

Na hipótese, cabe ao julgador saber valorar, com os demais elementos de prova, a insubordinação, pois a recusa mesma induz à presunção, conforme o caso, de confirmação da paternidade ou não, facilitando o desfecho da demanda, mas resolvendo de modo insatisfatório o tema da identidade do investigante.

Nessa trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família, o corpo é, por vezes, objeto de direito.

Tem-se que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.

Em tema de investigação de paternidade ou negativa desta, o juiz dispõe, na apreciação da prova, de maior discricionariedade e, por não poder a prova repousar sempre em certeza absoluta, quando não realizado o exame de DNA, deverá socorrer-se de presunções e indícios capazes de gerar certeza relativa, que resulta de um estado subjetivo de convicção.

No entanto, como afirmado acima, essa presunção não pode ser considerada com exclusividade; há que vir acompanhada de outros elementos probantes que possam conduzir o julgador a razoável certeza da paternidade imputada.

Assim sendo, tanto um quanto o outro, ou seja, o pretense filho e o suposto pai, podem vir a ser prejudicados no exercício dos direitos decorrentes da declaração da filiação ou negativa desta. Portanto, não se justifica manter o entendimento decorrente da simples indução à presunção diante da recusa injustificada, questão que será aqui debatida, buscando encontrar soluções que preservem o direito das partes, sem macular interesses que devem prevalecer - o coletivo sobre o individual.

16. CONCLUSÃO

Forçoso com isso concluir que, qualquer situação que coloque em risco o direito das partes sugere invocar a proteção dos princípios enumerados, seja em benefício do direito do autor, seja do direito do réu, podendo as partes buscarem a proteção jurisdicional, através de medidas de natureza cautelar ou antecipatórias da tutela, que visem proporcionar até mesmo o bloqueio de numerário pertencente ao suposto genitor falecido, seguro de vida, etc., que possam vir a integrar futura partilha, ou ainda qualquer medida protetiva de direitos.

Todas as medidas protetivas de direitos ou antecipatórias destes, em relação ao investigador, ficam na dependência da existência de provas pré-constituídas, que possam instruir o processo investigatório.

A realidade fática demonstra que, na maioria dos casos, verificam-se inmensuráveis dificuldades, quanto à produção de provas, do filho havido fora do casamento (adulterino) ou de pai solteiro que não mantém relacionamento aparente com a mãe, não tendo ele, muitas vezes, uma única testemunha ocular dos fatos, muito menos prova documental, que não existe mesmo.

Por esse motivo, o exame de DNA é o meio mais eficaz, que permite ao filho produzir na ação investigatória prova segura, concebida pela ciência e reconhecida como prova plena e robusta, revestida de certeza.

Não obstante, se o suposto pai não está obrigado a submeter-se ao exame, sua recusa não lhe traz consequência fatal, não passando de indução da presunção da paternidade a ele imputada, permitindo-lhe a produção de prova em contrário e

exigindo a existência de outros elementos de convencimento e de sustentação para a procedência do reconhecimento da filiação biológica. Por outro lado, se o pretense filho não tem outros elementos de prova para comprovar a filiação em relação ao suposto pai, não estaria ele sendo castrado no seu direito, impedido do exercício do direito de investigar, de conhecer sua origem biológica? Não se estaria infringindo sua dignidade como pessoa, violando seus direitos da personalidade?

Tal posicionamento motiva buscar exatamente isto: fixar um paradoxo entre o direito do suposto pai em não se submeter ao exame de DNA, invocando o princípio da dignidade da pessoa humana, e o direito do filho em conhecer sua origem biológica, usufruindo assim dos direitos dela decorrentes e recebendo tratamento igualitário em relação aos seus irmãos que gozam da condição de filhos. Não estaria ele, pretense filho, em igualdade de condições para invocar tal princípio? E, ainda, não estaria ele em condição de desigualdade em relação à parte *ex adversa*? Aplicando-se, nessa hipótese, o princípio da proporcionalidade, não deveria ele ser protegido, favorecido, privilegiado em relação àquele que pode ser seu genitor, e que, se comprovada a filiação, estaria obrigado ao cumprimento dos direitos dela decorrentes?

O entendimento presentemente esposado pelo ordenamento pátrio, consubstanciado na Súmula nº 301, objeto de análise no segundo capítulo desta empreitada, limitou sensivelmente a possibilidade de o autor, na investigatória de paternidade, valer-se das tutelas antecipatórias e cautelares antes examinadas, em vista da desobrigação do suposto pai, ao poder recusar submeter-se ao exame de DNA.

Esse o embate que deve ser proposto aos nossos operadores do Direito, os quais devem visualizar com outros olhos a situação em que se encontram aqueles filhos que não têm sua filiação completa na certidão de nascimento, por ausência de seu genitor biológico. Devem eles, pois, rever esse posicionamento, estendendo àqueles que buscam sua origem biológica o direito de valer-se de todos os meios de prova, notadamente do exame de DNA, para reconhecimento da filiação, nas ações que tenham pedidos cumulados com alimentos, petição de herança e outras providências de natureza cautelar, seja liminarmente seja incidentalmente.

17. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, jul./set. 1999. p. 55.

_____. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, jul/set 1999. p. 67.

ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 353.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. **A prova judicial de ADN**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1999.

CATTANI, Aloysio Raphael et al. O nome e a investigação de paternidade: uma nova proposta interdisciplinar. In: NAZARETH, Eliana Riberti et al. (Coord). **Direito de Família e ciências humanas**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998. p. 30. (Caderno de Estudos) n. 2.

CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1999. v. 1.

DOTTI, René Ariel. O exame de DNA e as garantias do acusado. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 277.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XXVI, n. 76, dez. 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de Família brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro: (Processo de execução a procedimentos especiais)**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.3.

LIMA NETO, Francisco Vieira. Obtenção de DNA para exame: direitos humanos versus exercício da jurisdição. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 123.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 01, jun. 1999.

_____. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETTO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA no direito brasileiro - direito pós-moderno à descoberta da origem? In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O exame do DNA como meio de prova - aspectos constitucionais*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade?* In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed. Limitada, 2000. Tomo IV e V.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos de personalidade*. In: BARRETTO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Org.). **Direitos de Família e do Menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos e investigação de paternidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

OLIVEIRA, Guilherme. **Critério jurídico da paternidade**. Coimbra/Portugal: Editora Almedina, 1998.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Cidadania no Brasil**: o que diz a lei. São Paulo: Almanaque Abril, 2001. (Almanaque)

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RASKIN, Salmo. **Investigação de paternidade**: manual prático do DNA. Curitiba: Juruá, 1999.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução de Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Quem são os pais? O DNA e a filiação, proposta de solução ou início dos dilemas? In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Os direitos fundamentais e sua eficácia na ordem constitucional. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XXVI, n. 76, dez. 1999.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abr./jun. 1998.

_____. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMAS FILHO, Fernando. *Investigação de paternidade: peculiaridades, panorama atual, futuro*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), 1, IBDFAM, OAB/MG. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**. Um estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria Cruz e. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de conhecimento: processos e respectivos procedimentos**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA, Direito de Família: a família na travessia do milênio. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), 2, IBDFAM, OAB/MG. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 12, jan./fev./mar. 2002.