

DNA, a Fronteira da Verdade?

MANOEL CARPENA AMORIM

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Diretor- Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Em processo que tramitou recentemente no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, nos pronunciamos da seguinte maneira:

Investigação de paternidade.

Recusa do investigando de submeter-se ao exame hematológico (DNA) determinado pelo Juiz.

Proteção constitucional da intimidade. Ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Inexistência de norma legal que obriquo o réu a submeter-se à perícia.

A descoberta da verdade, meio pelo qual se chega à solução do conflito de interesses, deve ser exercida pelas partes e pelo Juiz de forma mais ampla possível, mas tem como limites os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, quer no sentido físico quer no sentido espiritual, pressupostos básicos de qualquer Estado democrático.

Negativa do réu não implica em presunção da paternidade, mas tão somente em fato que, no conjunto das provas, pode ser considerado em seu desfavor.

A questão, como se vê, é de alta indagação e pode ser assim resumida: na ação de investigação de paternidade o investigando está obrigado a submeter-se ao exame hematológico para apuração da paternidade?

Sempre nos preocupamos com essa matéria e, *data venia*, partindo de um raciocínio simplista, o resultado do exame hematológico pelo método conhecido como DNA passou a ser visto pelos Juízes, de uma maneira geral, como um dogma. Esquecidos talvez, independentemente das questões ético-jurídicas, que o assunto desperta, de que por trás do biombo da afirmação científica, há outras questões instrumentais e morais que nem sempre corroboram a grande certeza pré-estabelecida pela ciência.

Em data recente, jornais do Brasil inteiro noticiaram e alertaram para os perigos das conclusões do exame hematológico (DNA) procedidos,

muitas vezes, em laboratórios sem os recursos indispensáveis ou até, o que é mais grave, inidôneos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem, praticamente à unanimidade, repetido afirmativamente àquela pergunta inicial.

Nessa direção, os seguintes julgados:

Agravo de Instrumento nº 1.708/92, Primeira Câmara Cível, do eminente Desembargador MARTINHO CAMPOS, julgado em 04.05.93:

“Investigação de paternidade. Condições da ação. Possibilidade jurídica diante da alegação de relações sexuais coincidentes com a concepção. Existência do interesse de agir diante da necessidade de obter uma sentença que declare a relação jurídica de filiação. O que se indaga é a quem cabe abstratamente a ação e contra quem pode ser proposta, correspondendo a legitimidade ativa a quem alega ser o filho e a passiva a do suposto pai. Prova. A indispensável para a propositura da ação e a certidão de nascimento. As demais provas, inclusive a documental, são produzidas no curso do processo que é investigatório. Prova documental de conhecimento do réu, anexada com a réplica não o surpreende ou causa prejuízo à defesa. Exame hematológico (DNA). Não constitui constrangimento ilegal a perícia que exige a colaboração da parte e é feita pela retirada, por médico, do seu sangue para exame. Perícia admitida no saneador há de ser feita antes da audiência da ação ordinária” (sic).

Mandado de Segurança nº 638/91, Oitava Câmara Cível, do eminente Desembargador GERALDO BATISTA, julgado em 10.03.92:

“Mandado de segurança. Investigação de paternidade. Exame do DNA deferido sob pena de confissão. Legalidade. Denegação da ordem. Agravo de Instrumento.

Não constitui ilegalidade, abuso de poder e nem fere direito líquido e certo do impetrante, a decisão que deferir na ação de investigação de paternidade a produção de prova pericial hematológica (exame do DNA), sob pena de confissão.

É inadmissível o writ para que se atribua efeito suspensivo a recurso de agravo de instrumento que não o tem” (sic).

Agravo de Instrumento nº 1.317/88, Sétima Câmara Cível, do eminente Desembargador PAULO ROBERTO DE FREITAS, julgado em 13.12.88:

“Investigação de paternidade. Prova hematológica H.L.A. Admissibilidade.

O exame H.L.A. (Human Leucocytes Antigens) é a mais moderna prova científica da paternidade, com aptidão de afirmá-la em 98 a 94% dos casos. Tratando-se como se trata de prova científica que não atenta contra a moral, nem aos bons costumes, ao contrário, profilática em relação a que, por vezes se praticam as investigações de paternidade, tem os autores um lúdimo direito de produzi-la” (sic).

Registrado na Divisão de Jurisprudência deste Tribunal, encontramos como manifestação escoeita do entendimento contrário, o voto vencido do eminente Desembargador PERLINGEIRO LOVISI, na Apelação Cível nº 919/90, Sétima Câmara Cível, em acórdão de que foi Relator o eminente Desembargador SALIM SAKER:

“Investigação de paternidade. Prova. Recusa do réu de submissão a exame hematológico. Ônus, e não obrigação da parte, cujo não cumprimento leva à presunção de veracidade dos fatos alegados. Recursos providos.

Vencido o Des. Perlingeiro Lovisi”. (sic)

Já decidimos em recurso semelhante no mesmo sentido.

As razões que nos levam a sufragar o entendimento de que o investigando pode, validamente, rebelar-se contra a determinação judicial de submetê-lo à perícia hematológica são as seguintes:

É certo que o fim do processo é a solução do conflito de interesses e o meio, a descoberta da verdade, e que para consegui-la é dado as partes e ao Juiz, responsável pela decisão do litígio, lançar mão de todos os meios de prova possíveis e imagináveis.

A regra insculpida no Código de 1939 era a seguinte (art. 208):

“São admissíveis em Juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais.”

O atual Código de Processo, sob o influxo de novas idéias, nascidas certamente da necessidade de proteger as pessoas da onipresença sufocante do Estado hodierno, redigiu de forma mais prudente o art. 332, que trata do mesmo tema:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação e a defesa.”

O Código Procesal Civil y Comercial da República Argentina foi muito mais enfático (art. 379):

“La prueba deberá producir-se por los médios previstos expresamente por la ley y por los que el Juez disponga, a pedido de parte o de oficio,

siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros o no estean expresamente prohibidas para el caso.”

Como diz o notável processualista gaúcho, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, in Revista de Processo, nº 43, pág. 138, em artigo sob o título - A eficácia do meio de prova ilícita no Código de Processo Civil brasileiro:

“Os meios de prova podem ser legítimos (se configurados em lei expressamente, tanto do C.P.C., como em outros textos) e lícitos (não configurados em leis mas admissíveis, se “morais”, como, antes do Código de 732 já se admitiu no Brasil, por praxe forense, a inspeção judicial atualmente incluída no C.P.C., art. 440 e ss). Um meio legítimo poderá tornar-se ilícito se for obtido ou for produzido fora dos ditames morais; mas o meio ilícito será sempre, evidentemente, ilegítimo, porque, além de não ser estatuído em lei ainda está maculado por qualquer ato do interessado.”

A Constituição de 88 também não descuidou do assunto, dizendo, no art. 5º, LVI:

“São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.”

Portanto, já a essa altura, podemos afirmar, com base na normatividade vigente, duas coisas:

1º - que todos os meios de prova destinados à apuração da verdade devem ser utilizados pelas partes;

2º - que são imprestáveis como prova os dados obtidos por meios ilícitos bem como imorais.

Isto é, aos superiores interesses da Justiça no esclarecimento dos fatos, devem-se opor os valores éticos e morais tidos pela nossa cultura como pressupostos da dignidade da pessoa humana.

É sabido que o Estado moderno, mais do que em qualquer tempo, agigantou-se, fazendo com que o *Leviatã* de THOMAZ HOBBS parecesse, aos nossos olhos, um pequeno camaleão alado.

O Estado de nossos dias, municiado com um arsenal tecnológico nunca sonhado, é capaz de tudo, sufocando o ser humano e empurrando-o até aos mais longínquos limites da sua intimidade pessoal.

Invade a privacidade das pessoas, pode vê-las e ouvi-las à distância, quer saber quanto dinheiro têm no Banco, quantos imóveis possuem, quais são os seus negócios, enfim, o homem está hoje enredado nos tentáculos de um monstro que ele mesmo criou.

A sua última fronteira, a derradeira cidadela, é a lei.

A verdade, cuja busca incessante é a meta, não deve ser conseguida de qualquer maneira.

Há um preço que ninguém pode pagar: o que compromete a dignidade do homem.

Diz a Constituição Federal no art. 5º, II, de 1988:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

E não há lei nenhuma que obrigue o investigando réu a submeter-se ao exame hematológico.

Trata-se de prova que envolve a própria pessoa na sua dimensão física e na sua dimensão moral. Portanto, só o agravante pode decidir sobre a conveniência de submeter-se ao teste, certo que arcará com os ônus decorrentes da negativa, mas essa é uma outra questão.

Estamos em área dispositiva onde o Estado não pode se sobrepor aos interesses das partes envolvidas.

Se estivéssemos lidando com matéria cogente, de ordem pública, o enfoque seria um pouco diferente. Mesmo assim, a descoberta da verdade no processo penal jamais ultrapassou os limites da decência do réu, que tem o direito de silenciar ou até de mentir no seu interesse.

O marxismo-leninismo na União Soviética, que deu no que deu, tinha como um dos pontos cardeais de seu sistema político-autoritário o princípio de que “os fins justificam os meios”.

Se isso fosse correto, se a descoberta da verdade não tivesse limites, a *probatio prabatissima* do direito intermediário teria plena atualidade, submetendo-se o réu a todas as torturas e violações da narco-análise, do *lie detector*, e outros engenhos criados para vilipendiar ainda mais o ser humano, já tão esmagado pelas distorções atuais da sociedade, com o único objetivo do esclarecimento da “verdade”.

Enfim, concluindo, até porque trata-se de um ensaio científico, limitado pelos parâmetros da conveniência, entendemos que o réu, na investigação de paternidade, pode validamente recusar-se a submeter-se a esse ou a qualquer outro exame que envolva a violação da sua privacidade física ou espiritual.

Não fosse assim, a pergunta que nos assoma é a seguinte:

A que sanção estaria sujeito o réu nessa hipótese?

Crime de desobediência?

Ficta confessio?

Nenhuma coisa nem outra. Quanto à primeira, não haveria desobediência por falta de amparo legal da prova. Quanto à segunda, porque ninguém, em sã consciência, poderia afirmar que o filho gerado foi produto de uma determinada relação sexual. Figure-se, portanto, a hipótese de *plurimum concubentium*, então, a negativa do réu implicaria na presunção de paternidade? Perece-nos que não.

A solução mais sensata, nesses casos, é a de respeitar-se a deliberação do investigando, ciente de que a sua negativa poderá, no conjunto geral das provas, ser mais um dado em seu desfavor.

Por isso, entendemos de garantir esse direito básico e constitucional de qualquer pessoa - o de conduzir-se de acordo com as suas conveniências, desde que não entre em conflito com as disposições que regem a vida dentro do grupo social.

E assim fazendo, não estamos sendo sequer originais, porque em vários dispositivos legais o ordenamento jurídico resguarda certos valores da pessoa humana, em detrimento dos interesses da ordem pública no esclarecimento dos fatos, até mesmo de caráter criminal.

Nesse plano, podemos exemplificar com o segredo profissional ou o que resulta de ofício ou de fé religiosa, cuja violação implica em crime (art. 154, do Código Penal). ◆