ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A OBRIGATORIEDADE DO EXAME DE DNA NAS AÇÕES QUE INVESTIGAM O PARENTESCO

CLAUDIA DE ALMEIDA NOGUEIRA

Profª da EMERJ e da Universidade Candido Mendes. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A cada instante perfilam-se doutrinas sobre o exame do DNA nas ações de investigação de paternidade, especialmente quanto a sua obrigatoriedade.

Evidentemente que este trabalho não visa a esgotar a matéria, mas apresentar alguns enfoques de relevo abordados pela doutrina e jurisprudência, com base no novo desenho jurídico plasmado no texto constitucional e permitido pela ciência genética, sobre a realização forçada do exame de DNA.

A constitucionalização do direito de família ofertou uma tendência publicista a esta parte do direito privado, por ser matéria de interesse social à identificação da pessoa natural propiciada pelo conhecimento de sua origem, possibilitada, atualmente, pelo exame de DNA, a chamada molécula da vida.

O primeiro dilema, com que se deparam as partes envolvidas e o julgador, recai sobre a recusa do suposto pai, réu da investigatória, em se submeter voluntariamente ao exame de DNA, desdobrando-se, conforme acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no *Habeas Corpus* 71373-4-RS, conseqüentemente, como esperado, em duas correntes: a majoritária, argumentando que o Réu não pode ser compelido a fazer a prova pericial do DNA, e a tese vencida, sustentando que o suposto pai pode sofrer, por decisão judicial, a colheita forçada do material para o exame.

O *leading case*¹ acima referido foi assim ementado:

¹ *Habeas Corpus* 71373-4-RS - STF- Ministro-Redator para acórdão: Marco Aurélio.

“Investigação de Paternidade – Exame 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.”

Indispensável é a análise dos fundamentos jurídicos das duas correntes para melhor compreensão da matéria.

1. PRIMEIRA CORRENTE: MAJORITÁRIA. FAVORÁVEL AO RÉU.

A corrente vencedora, liderada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, adotou a posição no sentido de que a colheita forçada do material para o exame genético constitui constrangimento ilegal, fundamentando os votos em princípios e garantias constitucionais, insculpidos no artigo 5º da Constituição da República, protegido pelo artigo 60, IV, do mesmo diploma, como cláusula pétrea.

Os direitos subjetivos e as garantias constitucionais que receberam a proteção da tutela jurisdicional da mais alta Corte foram: princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa, da intangibilidade do corpo humano, do direito à privacidade, do direito à intimidade, do devido processo legal, do contraditório, e o subprincípio que ninguém poderá ser obrigado a produzir prova que pode ser contrária a si próprio.

Pelo princípio da legalidade, artigo 5º, II, da Constituição da República, o suposto pai, réu da investigatória, somente poderia ser compelido a fazer a prova pericial se a lei assim o determinasse. E como não há nenhuma lei obrigando-o a fazer o exame, pode o réu se recusar legitimamente à produção da prova requerida pelo investigador.

Destaque-se que o Direito pátrio limitou-se, apenas, a definir o DNA na Lei de Biossegurança, nº 8.974 de 5 de janeiro de 1995, no artigo 3º,

II: “*ácido desoxirribonuclêico (ADN), ácido ribonuclêico (ARN) – material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis ‘a descendência’;*”, silenciando-se sobre a obrigatoriedade do exame.

O emérito constitucionalista português, JORGE MIRANDA,² ensina que:

“(...) a legalidade equivale a não desconformidade da actividade administrativa e jurisdicional com a norma jurídica, seja qual for; e, num alcance mais significativo, não desconformidade com a norma legislativa (quando esta exista).” “... Não tem apenas de não ocorrer contradição com a lei. Tem que haver lei. E é à lei – formal e material – que cabe, por exemplo, regular uma liberdade.”

Nesta esteira, sobre o princípio da legalidade, se pronuncia o ilustre professor JOSÉ AFONSO DA SILVA³, expondo:

“(...) os elementos essenciais da providência positiva hão que constar da lei. Só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas, ainda que o texto constitucional dê a entender que só estas últimas estão contempladas no princípio da legalidade.”

Deduz-se, portanto, que o princípio da legalidade combate as arbitrariedades.

À evidência, por falta de norma imperativa determinando o exame e pelo princípio da autonomia da vontade do homem, o corpo humano não pode ser violado – princípio da intangibilidade do corpo humano. A exteriorização da vontade com força positiva na concessão do material deve ser imanada de ato de reflexão do réu que, por livre e espontânea vontade, queira colaborar para se cientificar da veracidade dos fatos alegados.

O corpo físico é o templo sagrado do homem que deve ser respeitado, se o mesmo não admite a produção desta prova pericial.

Claro que, para cada ação, resta uma reação. E este princípio basilar da física também encontra acolhida no mundo jurídico. O réu, ao se recusar,

² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo V.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

formará uma forte presunção *iuris tantum* de que é realmente o pai biológico do autor, com a procedência do pedido, dependendo do cotejo das demais provas produzidas na investigatória.

Mas nem por isso, a recusa deve ser interpretada como confissão ficta, o que macularia o princípio da paternidade real, com respeito aos entendimentos contrários. Obviamente, que não se pode imputar a paternidade de alguém a outra pessoa que não o verdadeiro pai, sob pena de serem ofendidos os princípios da paternidade real e o da paternidade responsável.

Neste sentido, ora defendido, é a manifestação consensual da jurisprudência, com o apoio da doutrina, que o registro civil deve coincidir com a verdade natural, com a geração biológica, e não com a declaração jurídica (RJTJRGs nº 96/408).

Ancorado nesta perspectiva, tem o réu da demanda que discute o parentesco a garantia constitucional da ampla defesa, não podendo ser obrigado a produzir prova contrária a si próprio, consagrado como princípio da inocência.

Como a prova cabe a quem alega o fato, *onus probandi*, o autor terá que provar o parentesco, com ou sem a colaboração do réu para obter a procedência do pedido, por ser direito indisponível, produzindo provas da exclusividade de sua genitora à época da concepção e do relacionamento amoroso entre ela e o réu, quando este se recusa a fazer voluntariamente o exame de DNA.

Neste sentido, se pauta o direito pretoriano:

*“(...) há que se verificar, assim, os três aspectos para o êxito da investigatória, que, a meu ver, restaram claros: 1) a relação sexual ocorrida entre a mãe do autor e o suposto pai; 2) a coincidência entre a concepção do menor; 3) a exclusividade do relacionamento da mãe do investigando à época dos fatos. Além dos indícios de que deve se valer o Julgador para formar sua convicção.”*⁴

Ressalte-se, porém, a advertência do processualista, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁵,

⁴ Recurso Especial nº 178.087 – STJ, sendo Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 24 de agosto de 2000.

⁵ THEODORO JR., Humberto. *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 3, p. 13

*“(...) o **onus probandi**, todavia não se deve aplicar como regra pertinente a iniciativa da prova, porque a esse respeito existe norma expressa assegurando ao juiz o poder de determinar as provas necessárias ao julgamento da lide, tanto a requerimento da parte como de ofício (art. 130). Assim, fica claro que as regras sobre ônus da prova (art. 333) destinam-se a orientar o juiz no momento de julgar a lide, quando toda instrução probatória já se concluiu. Aí, sim, a parte que não logrou trazer para os autos a prova convincente acerca dos fatos necessários ‘a acolhida de sua pretensão’, sofrerá a sucumbência inevitável.”*

Continua o processualista esclarecendo:

“(...) o que hoje prevalece é um sistema justo, de forma que ao juiz incumbe julgar conforme o alegado pelas partes e a prova disponível, pouco importando se sua produção proveio de iniciativa ou não das partes (CPC, arts. 130 e 131).”

Crucial a prova dos fatos alegados por exigência da novel Constituição em adequação aos princípios da ampla defesa e contraditório, artigo 5º, inciso LV, consectários do devido processo legal, albergador da moderna concepção de legalidade, sob pena de nulidade insanável, mesmo que a parte ré não apresente resposta no prazo contestacional, por tratar-se de direito indisponível, conforme artigos 320, II, do CPC e 27 da Lei 8.069/90.

Tem que ser garantido aos litigantes o contraditório pleno para cognição profunda do magistrado, sobre a existência, ou não, do fato gerador da pretensão deduzida em juízo, o que somente ocorrerá com a mais ampla dilação probatória, seguindo-se a diretriz jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:⁶

*“I - Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.
II - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador*

⁶ Recurso Especial nº 43.467 – MG, da Relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

III - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.”

O Código Civil Português, reconhecendo a importância da prova técnica, sem, também, impor sua execução forçada aos contendores, dispôs em seu artigo 1801:

“Nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados.”

O emérito professor EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE⁷ comenta no artigo, que na França, Bélgica, Québec e na Inglaterra é ressaltada a importância da prova pericial, mas não admitida a colheita forçada do material para exame, ilustrando que:

“(...) na França, a coleta de qualquer prova genética (sangue, esperma, cabelos etc.) com o desconhecimento da pessoa, ou contra sua vontade, é tida como ilícita e considerada como comprometedora da intimidade da vida privada.”

Na Inglaterra, “os Tribunais, com base no **Family Law Reform Act, de 1969**, têm o direito de ordenar perícias científicas, mas, a execução forçada, penas de multa ou a prisão não podem ser impostas em caso de recusa injustificada”.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Reflexões sobre a Prova Científica da Filiação, Grandes Temas da Atualidade – DNA.**

O posicionamento jurisprudencial italiano segue a diretriz que exige o consenso do suposto pai na realização da prova técnico-pericial hematológica e genética⁸.

“Le prove ematologiche e genetiche, in quanto richiedono un’attività invasiva della sfera fisica di chi vi viene sottoposto, non possono essere effettuate senza il consenso dell’interessato (Corte Cost. 19 luglio 1996, n. 257, Giust. Civ., 1996, I, 2807; Corte Cost. 9 luglio 1996, n. 238, Dir. pen. Proc., 1996, 1091, Fam., 1996, 419), ma il giudice può desumere elementi di giudizio sia dal rifiuto ingiustificato di sottoporvisi, sia dalla sistematica opposizione avverso l’istanza di ammissione di tale prova.”

Ensinam os articulistas JOSÉ RENATO SILVA MARTINS e MARGARETH VETIS ZAGANELLI⁹ que, na Itália, a recusa fica sujeita ao pagamento de pena pecuniária e, se a recusa for injustificada, influenciará na valoração das provas.

Já o projeto do novo Código Civil Brasileiro, artigo 1.603, com a emenda nº 210 do Senado Federal tem a seguinte redação:

“A paternidade do filho concebido na constância da sociedade conjugal, ou presumido tal (art. 1.603), só pode ser contestada, provando-se: III – a impossibilidade da filiação, mediante exame pericial.”

⁸ Neste sentido: Sulla dichiarazione giudiziale di paternità, cfr. AZZARITI, voce **Maternità e paternità (dichiarazione giudiziale della)**, Noviss. Dig. it., IV, Torino, 1983, 1178 ss.; DE CUPIS, sub artt. 269 ss., in **Commentario al diritto italiano della famiglia**, cit., IV, 165 ss.; CONSTANZA, voce **Filiazione** (III, Filiazione naturale), cit., 5 ss.; MAIELLO, **La filiazione naturale**, cit. In particolare sulle prove biologiche della filiazione. Cfr. BISCONTINE, “Prove ematologiche e filiazione”, **Rass. Dir. civ.**, 1993, 487 ss.; FERRANDO, “Favor legitimitatis, verità biologica e principio di responsabilità nella filiazione”, **Riv. trim. dir. proc. Civ.**, 1996, 55; ROSA LEITE DE CONVERTI, “Dichiarazione di paternità naturale: prove biologiche e interesse del minore”, **Nuova Giur. Civ. Comm.**, 1994, I, 531 ss e v. retro; cap. I, par. 3 f; FERRANDO, **La filiazione naturale, Trattato Rescigno**, cit., IV, 205 ss.; SESTA, **La filiazione**, cit., 133ss.; BASINI, “La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale”, in **Il diritto di famiglia, Trattato** BONILINI e CATTANEO, cit., III, 171 ss.; CARBONE, “Prove genetiche: rifiuto equivale ammissione”, **Fam. Dir.** 1997, 107; DI BONA, “Prove ematologiche e genetiche e dichiarazione giudiziale di paternità”, **Rass. Dir. civ.**, 1998, 678.

⁹ 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?”

O referido projeto, quanto à prova pericial, nos artigos 231 e 232 determina que:

“Art.231 – Quem se nega a submeter-se a exame médico necessário, não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232 – A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”

A Constituição de 88 adotou a linha protetiva do resguardo à intimidade e à intocabilidade do corpo humano e, como não há lei obrigando o pai, que se encoberta com o anonimato, à feitura do exame forçado do *fingerprints* do DNA, compeli-lo caracterizaria constrangimento ilegal, face ao silêncio da lei sobre a temática versada.

Diversos os materiais empregáveis no teste da impressão digital do DNA, retirados em quantidade mínima, como exemplifica a doutora MARY CHRISTINA PITTA PINHEIRO MELGAÇO¹⁰, coordenadora geral do programa de investigação de paternidade e maternidade da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, instituição à qual pertenço:

“(...) uma pequena amostra de sangue fresco ou dessecado, de fragmentos de tecidos humanos, de traços de sêmen ou de alguns fios de cabelo.”

Não há violação ao princípio da intimidade estampado na Constituição Federal, artigo 5º X, com a retirada do material para a averiguação do liame parental, porque, nestes casos, ter-se-ia que aplicar o princípio da insignificância com a retirada de diminuta quantidade de material renovável do corpo do réu. A intimidade do réu será violada, sim, com a exposição de sua vida sexual. O comportamento da pessoa não deve ser exposto, e é isso a que se visa proteger.

A vida íntima de uma pessoa deve ser resguardada para não ocorrer lesão a outros dois princípios constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e o da privacidade do indivíduo, cabendo, caso ocorra violação a esses princípios, indenização pelos danos causados, tanto materiais quanto morais.

¹⁰ MELGAÇO, MARY CHRISTINA PITTA PINHEIRO. “DNA e Paternidade: O que você deve saber!”. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 11.

É claro que o fato de ser demandado não fere os princípios constitucionais, até porque a Carta Magna garante o acesso à Justiça; a não exclusão pela lei da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito; o devido processo legal; o contraditório e a ampla defesa.

Porém se o pedido é julgado improcedente, o réu poderá ajuizar ação indenizatória pela falsa paternidade que lhe foi atribuída, provado o constrangimento sofrido. Neste sentido se posicionou o ilustre Desembargador YUSSEF SAID CAHALI¹¹:

“Não se pode negar que toda ação de investigação de paternidade ilegítima representa para o demandado uma situação de constrangimento; segundo os preceitos ainda vigentes, a simples imputação da existência de filho nascido fora das relações matrimoniais coloca em crise a reputação, a honorabilidade, a correção e o respeito do indigitado pai, em especial quando envolve a pessoa de políticos ou de projeção social. Nesta linha, reconheceu-se o ‘enorme dano’ sofrido pelo indigitado pai, na ação de investigação de paternidade julgada improcedente, concedendo-se-lhe indenização por danos morais.”

O Código Civil Português, artigo 80º, sobre o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, estipula que:

“1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.”

Contribui a doutrina portuguesa, como deixa claro RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUZA:¹²

“(…) na verdade, a reserva juscivilisticamente tutelada abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respectivos acontecimentos e trajectórias.”

¹¹ CAHALI, YUSSEF SAID. **Dano Moral.**

¹² SOUZA, RABINDRANATH V. A. CAPELO DE. **Direito Geral de Personalidade.**

O constitucionalista ALEXANDRE DE MORAES,¹³ entende que:

“(...) os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que encontra-se no âmbito de incidência do segundo.

Assim, intimidade relaciona-se às relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.”

Desta análise, retira-se que a intimidade do investigado tem que ser protegida, por ditame constitucional como seguido, obviamente, pela jurisprudência e doutrina.

Além do princípio da intimidade, outro princípio abraçado pela corrente vencedora para proteger o suposto pai, réu da investigatória, é o da dignidade da pessoa humana. Atente-se que tal princípio está consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em Resolução da III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas (1948), proclamando, no seu artigo 1º, que:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Assim como na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, celebrada pelos Estados Americanos em San José de Costa Rica, no ano de 1969, reiterando no § 1º do seu artigo 11 que:

“toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.”

A dignidade da pessoa humana também foi tipificada na Constituição como fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III, bloqueando o descumprimento dos direitos fundamentais.

¹³ MORAES, ALEXANDRE DE. **Direito Constitucional.**

Há que se concluir, portanto, face aos fundamentos jurídicos agasalhados pela primeira corrente aqui explanada, a vencedora no STF, que o exame forçado do DNA, nas ações de investigação de paternidade e de maternidade, está patenteado de inconstitucionalidade por ferir frontalmente diversos princípios constitucionais.

Contudo, também se faz importante registrar os argumentos expendidos pela corrente minoritária que sustenta a obrigatoriedade do exame de DNA, o marcador da individualidade biológica, quando o titular do patrimônio genético se recusa a fazê-lo voluntariamente.

Como analisado anteriormente, o suposto pai, réu da investigatória, não pode ser compelido à execução forçada do exame genético, por inconstitucionalidade da ordem judicial para a primeira corrente, mas a corrente minoritária oferece fortes argumentos, inclusive em sede constitucional, em contraposição a esses direitos, com a preocupação em realizar a justiça no caso em concreto, enquanto não sobrevém lei específica regulando a matéria.

Os fundamentos embaixadores da linha argumentativa prevalecedora foram os acima explanados, e os da vertente minoritária serão expostos a seguir.

2. SEGUNDA CORRENTE: MINORITÁRIA. FAVORÁVEL AO INVESTIGANTE

A segunda corrente fortifica-se com o direito comparado, em que diversos sistemas europeus reconhecem a preponderância da prova técnica e como notícia o doutor EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹⁴, que na Alemanha:

*“o § 372 do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) prevê um dever de se submeter (**Duldungspflicht**) às perícias exigidas, no plano do dever de verdade das partes, mas também dos terceiros intervenientes na causa, sob pena de multa ou prisão, até execução forçada **manu militari**.”*

Os demais países de direito germânico e países nórdicos seguem a mesma diretriz:

¹⁴ LEITE, EDUARDO DE OLIVEIRA. *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família, Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais*, v. 4.

“(...) a prova da paternidade deve ser obtida com ou sem o consentimento dos interessados.”

Bastante ilustrativo o paradigmático acórdão espanhol¹⁵ ao julgar recurso interposto em ação de investigação de paternidade, tendo com núcleos da controvérsia a determinação da produção da prova biológica de filiação e a colisão de direitos fundamentais das partes envolvidas quando o suposto pai nega-se a realizar o exame voluntariamente por estar ferindo tal decisão seus direitos fundamentais à integridade física e moral protegidos constitucionalmente, além de violar sua intimidade pessoal (artigos 15 a 18 da Constituição da Espanha), concluindo a Egrégia Corte pela realização da prova biológica, como determinado no julgamento da primeira instância.

Destaco estes trechos do referido acórdão:

“En efecto, el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la Autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Así lo ha declarado este Tribunal en los AATC 103/1990, fundamento jurídico 4º, y 221/1990, fundamento jurídico 3º, en donde hemos resaltado que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Son que los derechos constitucionales a la intimidad, y la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impubidad, com desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una

¹⁵ Sentencia Del Tribunal Constitucional 7/1994 (BOE número 33, suplemento de 17 de fevereiro).

conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.

(...) Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE (SSTC 227/1991, fundamento jurídico 3º, 14/1992, fundamento jurídico 2º, y 26/1993, fundamento jurídico 4º), colocándola en una situación de indefensión.”

Evidencia-se no Brasil a mencionada colisão de direitos fundamentais, assim como evidenciado no acórdão espanhol, gerando forte debate jurídico entre as duas correntes antagônicas.

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE,¹⁶ percebendo que o caso retrata um confronto de valores constitucionais relevantes, indeferiu a ordem pleiteada, sob o fundamento que não se pode opor:

“(..) risível sacrificio imposto à inviolabilidade corporal à eminência dos interesses constitucionalmente tutelados à investigação de paternidade.”

Os direitos subjetivos e princípios que mereceram o amparo da Corte Constitucional pátria são: ampla defesa, contraditório, direito à identificação, os princípios da paternidade real e o da paternidade responsável, a indisponibilidade dos direitos da personalidade, o artigo 27 do ECA, a natureza jurídica da sentença de investigação de paternidade que é declaratória, e por fim, o princípio da razoabilidade. Podendo-se incluir também a limitação da disposição do próprio corpo, o interesse coletivo sobre o particular, a contribuição das partes na realização da justiça, a vedação de que nem mesmo a lei exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direitos e o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Todos serão vistos, agora, sob a ótica do investigador.

Os direitos da personalidade dispõem de resguardo constitucional, como o direito à identidade, à dignidade, à intimidade entre outros.

¹⁶ *Habeas Corpus* 71.373-4 - STF.

O ilustre mestre civilista, Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, J.M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA¹⁷ conceitua que:

“(...) os direitos da personalidade ou personalíssimos são direitos subjetivos absolutos que possibilitam a atuação legal, isto é, uma faculdade ou um conjunto de faculdades, na defesa da própria pessoa, nos seus aspectos físico e espiritual, dentro do autorizado pela normas e nos limites de exercício fundado na boa-fé.”

HARRY WESTERMANN¹⁸, professor catedrático na Universidade de Münster/Westfália, ao editar sua doutrina comenta que:

“(...) no direito geral da personalidade se cuida de proteger a pessoa em todas as suas relações e sua esfera íntima.” “...Em oposição a isto no direito genérico da personalidade muitas vezes é necessário ponderar de um lado o interesse de quem demanda proteção e de outro o interesse do ofensor em sua atividade. Além disso deve-se confrontar o direito genérico de personalidade como valor constitucionalmente tutelado com outras decisões valorativas constitucionais.”

O direito à identificação é um desses direitos. Todos, sem distinção, pelo princípio constitucional da igualdade, têm o direito à identificação, ou seja, direito ao nome e ao reconhecimento de seu *status* familiar.

O Ministro FRANCISCO RESEK¹⁹ explica que:

“(...) A recusa mesma induz à presunção de paternidade, facilitando o desfecho da demanda, mas resolvendo de modo insatisfatório o tema da identidade do investigador.”

A Constituição Federal de Portugal, no artigo 26, no capítulo referente a direitos pessoais determina que:

¹⁷ OLIVEIRA, J.M. LEONI LOPES DE. *Teoria Geral do Direito Civil*, v. 2.

¹⁸ Westermann, Harry, *Código Alemão – Parte Geral*.

¹⁹ *Habeas Corpus* nº 71.373-4 - STF.

“1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.”

Evidente o avanço da legislação alienígena ao prever constitucionalmente os direitos à identidade pessoal e à identidade genética das pessoas, porém como salientado anteriormente, não obrigam ao exame de DNA.

O Pacto de San José da Costa Rica, artigo 18, assim dispõe:

“(...) direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.”

O eminente civilista CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA²⁰, em sua obra professa que:

*“(...) aproxima-se da verdade o ilustre Professor Spencer Vampré, caracterizando o direito ao nome “um direito da personalidade. Consiste no poder de individualizar-se, e tem, portanto, carácter de direito pessoal inalienável, imprescritível, inalienável e absoluto (**erga omnes**).*

Aproxima-se da verdadeira doutrina, repetimos, não a contendo de todo, por ter descurado do elemento público, que completa o direito ao nome. Se este constitui uma prerrogativa individual, um direito

²⁰ PEREIRA, CAIO MARIO DA SILVA. **Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos.**

pessoal, por outro lado não refoge ao interesse de ordem pública, tutelado de modo especial pelo Estado, e por ele regulado.”

Mas o direito à identificação do investigante não se resume ao nome e ao registro civil, mas, também, saber quem é a sua família, quem são seus pais, para interligá-lo à sociedade e propiciar-lhe o conhecimento de sua origem genética.

Em razão desta identificação essencial para qualquer pessoa, o autor da investigatória, obtendo a procedência do pedido terá o direito ao uso do nome de sua família paterna e/ou materna, além do direito de receber alimentos, de ser representado ou assistido, dependendo da idade por quem detém o pátrio-poder, com suas respectivas conseqüências e direitos sucessórios, podendo a ação de investigação de paternidade ser ajuizada mesmo após a morte do suposto pai, em face de seus sucessores, por ser a sentença de natureza declaratória e imprescritível (Súmula 149 do STF).

Igualmente, o Desembargador YUSSEF SAID CAHALI²¹:

*“(...) a ação de investigação de paternidade é eminentemente declaratória; com a sentença de procedência, o juiz limita-se à constatação da existência da relação jurídica concernente à filiação paterna; da declaração de existência desse vínculo, resulta apenas a constituição da **paternité de droit**; o estado filial pré-existe à sentença, e a filiação não se constitui através desta.”*

A propósito, assim entende Arnaldo Medeiros da Fonseca²², quando diz:

“Considerada prejudicial ou de estado, a ação de investigação de paternidade ilegítima não visa em si mesma nenhuma condenação, mas sim a declaração por sentença do estado de filho que o autor pleiteia. Daí ser incluída pelos processualistas na categoria das chamadas ações declaratórias, que se destinam apenas a estabelecer uma certeza jurídica, ao contrário das ações de condenação que,

²¹ CAHALI, YUSSEF SAID. **Dano Moral**.

²² FONSECA, ARNALDO MEDEIROS.

além de declararem o direito questionado, conferem ao vencedor a faculdade de pedir a execução forçada em seu favor.”

No mesmo sentido, também, PONTES DE MIRANDA²³:

“O reconhecimento não é ato atributivo, mas simplesmente declarativo, no sentido do direito civil, da filiação da pessoa a que se refere. A filiação, que existia antes, embora sem caráter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portanto, não a cria: revela-a. Daí resulta que os seus efeitos, quaisquer que sejam remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido.”

Por certo, se o autor da investigatória não tem sua paternidade reconhecida pela recusa do réu na feitura do exame do DNA, a sociedade de um modo geral sofrerá as conseqüências, especialmente quando se tratar de criança, pois o Estado terá que arcar com as suas despesas de manutenção, provendo-lhe os alimentos, educação, moradia e todos os direitos que uma criança tem regulados, previstos, entre outros: no artigo 227 da Constituição Federal; na Convenção Sobre os Direitos da Criança, Decreto legislativo nº 28 de 1990; no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069; no Pacto de San José da Costa Rica e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não é justo que a sociedade seja onerada com a manutenção do menor que tem pai, tem família, contrariando os princípios da paternidade real e o da paternidade responsável (artigo 226 § 7º da CF).

Pelo princípio da paternidade responsável não basta ser biologicamente pai, tem que ser juridicamente considerado e responsabilizado como tal, com todas as conseqüências inerentes à filiação, até porque, como a natureza jurídica da sentença da investigação de paternidade é declaratória, como visto, quem é pai o é desde a concepção e a Constituição da República determinou que ambos, pai e mãe, são iguais, tendo os mesmos deveres e direitos em relação aos filhos e ao patrimônio deles.

²³ MIRANDA, PONTES DE. **Tratado de Direito Privado**, Tomo IX.

Como dito antes, faz-se imperioso o absolutismo da verdade real sobre a verdade formal nas ações de estado, como ilustram as lições do Subprocurador Geral da República, OSMAR BRINA²⁴:

“Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.

A menor, nestes autos, tem o legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre a sua paternidade. E será injusto e cruel privá-la de usar todos os recursos possíveis na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais. Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança...”

Tamanha a preocupação do legislador, com a verdade real e a realização da justiça no caso em concreto, que não ocorrem os efeitos da revelia nas ações que versam sobre direitos indisponíveis, como as investigatórias (320, II CPC).

Nas ações de averiguação de paternidade busca-se a verdade real, por tratar-se de direito da mais alta relevância com o desaguar da coisa julgada material nas decisões de mérito.

O que se discute muito, atualmente, sobre a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, diz respeito àquelas ações julgadas sem o lastro da prova do DNA, questionando-se: se hoje fosse feito o exame e ficasse constado resultado diverso, poderia, ou não, ser ajuizada demanda, tendo como pano de fundo o vínculo parental?

Uma corrente sustenta que tem que prevalecer a coisa julgada material, pela estabilidade das relações jurídicas, preservando-se a face de Estado de Direito do Brasil (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal). A outra corrente advoga que a coisa julgada não pode prevalecer em razão do princípio da paternidade real e responsável; quem é pai o é desde a concepção; a coisa julgada é uma ficção criada pelo homem, e, que a sentença não torna ninguém pai de uma pessoa. Novamente, vislumbra-se o velho dilema: a segurança das relações jurídicas obtida com a coisa julgada material por um lado e de outro, a real aplicação da justiça ao caso em concreto.

²⁴ Recurso Especial 4.987-RJ - STJ - Relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo.

Coligados aos princípios da paternidade real e paternidade responsável estão as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

O devido processo legal garantirá ao filho, que não teve sua paternidade reconhecida, o direito de postular em juízo o reconhecimento do seu parentesco com o suposto pai, e provar sua pretensão, após a mais ampla dilação probatória possível. A realização do exame pelo suposto pai, de forma voluntária ou involuntária, resguardará a defesa ampla do investigante e o direito ao contraditório. A imposição do exame é uma forma de se garantir ao investigante sua ampla defesa e permitir-lhe contraditar as provas e os indícios apresentados pelo demandado.

Marque-se, por assaz relevante, que antes da descoberta do DNA, o julgador baseava-se em indícios. O autor provava que sua mãe, à época da concepção, mantinha, com exclusividade, relacionamento amoroso com o suposto pai, levando-se à conclusão lógica de que o investigado era o seu genitor.

Contudo, com o surgimento do DNA e sua aplicação nas lides sobre a ancestralidade, surgiram resistências opostas na jurisprudência às vetustas fundamentações que são ofertadas na peça de bloqueio, entre elas, a *exceptio plurium concubentium*, como se verifica neste aresto catarinense²⁵ trazido à baila:

“A exceptio plurium concubentium, como uma das diretrizes para julgamento de demandas desta natureza, cumpriu a sua função enquanto a ciência não atingiu o grau de evolução que ostenta, atualmente, no tema específico da perfeita identificação da paternidade.

Hoje, apesar da vida desregrada da mulher, o filho por ela concebido pode buscar a identificação paterna através do sistema do DNA, cuja conclusão, quando positiva, passa a ser cientificamente incontestável.”

Pode-se dizer que com a produção da prova pericial do DNA nas ações de investigação, as teses defensivas do réu “caem por terra” com a realização do exame.

²⁵ Apelação Cível. 36.643 - SC.

Problema com que o investigador se depara, ocorre quando o réu se recusa a fazer o exame do DNA e ausentes as provas do relacionamento amoroso de sua mãe com o suposto pai à época da concepção; por exemplo: o réu e a genitora tiveram um relacionamento de poucos dias, ou escondido, e não há prova documental ou oral do relacionamento entre eles, ou quando o suposto pai se recusa a fazer o exame de DNA, provando a pluralidade de parceiros da genitora, o que acarretaria, conseqüentemente, a improcedência do pedido, decisão de mérito que estará acobertada pelo manto sagrado da coisa julgada material, declarando-se a inexistência de parentesco, mesmo sendo o réu o pai biológico.

Nestes casos, para que não incida a hipótese de o réu ser o pai biológico e não ser considerado juridicamente como tal e assim responsabilizado por seus atos, a única solução é a realização do exame, ainda que forçado.

A defesa ficará comprometida se o réu não se submeter à prova pericial, única forma de se desvendar o mistério da parentalidade, assegurando-se a ampla defesa, o contraditório e o atendimento ao princípio da verdade real.

Não havendo outra forma de se provar o vínculo biológico-jurídico entre autor e réu, o julgador, analisando caso a caso, para formar sua íntima convicção e julgar com justiça, deverá determinar o exame, em nome da paternidade real, para que o réu não possa se escudar no anonimato com a recusa da perícia, eximindo-se da responsabilidade de ser pai, e como professou a dra. MARIA CELINA BODIN DE MORAES²⁶:

“(...) abusiva, neste diapasão, é a recusa do suposto pai à submissão à ordem judicial para comprovação, ou negação, de sua paternidade, devendo o ‘egoístico direito à recusa’, como o denominou o Ministro ILMAR GALVÃO, ser suplantado pelo interesse do pretense filho à certeza acerca de sua origem genética.”

O Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO²⁷, em lapidar acórdão, colacionou os seguintes ensinamentos:

²⁶ MORAES, MARIA CELINA BODIN DE. “O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais”.

²⁷ Apelação 68.829, TJMG, RT 618/169. Relator. Min. Sálvio de Figueiredo, **Revista do Superior Tribunal Justiça**, Brasília, a. 3, (26): 297-563, outubro 1991.

“Como afirmou Del Vecchio a interpretação leva o Juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou Orosimbo Nonato na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém.”

A ampla defesa deve ser assegurada a todos em igualdade de condições, inclusive ao filho e a feitura do exame, ainda que forçada, é uma forma de se garantir sua ampla defesa.

O reconhecimento da paternidade envolve não apenas o desvendar da identidade genética, mas restabelecer a dignidade do filho e também de sua mãe, que não tem legitimidade para figurar no pólo ativo ou passivo da relação processual da ação de investigação de paternidade, sendo, em geral, duramente atingida pela sociedade quando a paternidade não é voluntariamente reconhecida, tendo que suportar, sozinha, todas as responsabilidades com o menor.

A dignidade de ambos, filho e genitora, se restabelecerá com a declaração da paternidade, aguardando-se que também se estabeleça uma intimidade entre pai e filho, tão importante no seu desenvolvimento, porque não se quer que o pai se limite a pagar pensão, dar um nome e garantir direitos sucessórios. Pretende-se mais, muito mais. Deseja-se que filho e pai estabeleçam um relacionamento afetivo, fundindo-se em uma única pessoa a figura do genitor e a figura do pai, formando-se uma família ou um relacionamento afetivo entre ambos, com as conseqüências psicológicas e emocionais inerentes.

A Carta Magna protege a criança e a família, nos artigos 226 e 227, impondo, no artigo 229, aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e um dos meios de se assegurar o cumprimento destes ditames constitucionais é a realização do exame elucidador do vínculo genético.

A respeito do tema fundamental da questão, está a conclusão alcançada pela primeira corrente sobre o exame forçado: sua inconstitucionalidade, rebatendo a corrente minoritária, protetiva do autor da demanda, amparando-o nesta fogueira de controvérsias com o princípio constitucional da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Averbe-se, a clara e perfeita lição do mestre constitucionalista português, CANOTILHO²⁸, ao ensinar que:

“(...) pelo princípio da necessidade, somente se admite uma solução limitadora do direito fundamental quando é real o conflito entre diversos princípios, todos de natureza constitucional. Pelo princípio da proporcionalidade, o que se busca é uma operação que se limite apenas ao indispensável para superar o conflito entre os aludidos princípios, harmonizando-os, na medida do possível. Não cabe, porém, ao intérprete a simples anulação de um princípio, para total observância de outro. É preciso preservar, quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar.”

O ilustre professor LUIZ ROBERTO BARROSO²⁹, em seu livro, leciona sobre o princípio da razoabilidade:

“a razoabilidade deve embutir, ainda, a idéia de proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. (...) Em resumo, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.”

Com a melhor compreensão do princípio da razoabilidade, deve o autor sustentar não ser razoável proteger-se a intimidade e a dignidade do suposto pai em detrimento do seu direito subjetivo de reconhecimento de seu *status* familiar, sua ampla defesa e sua dignidade, garantindo-se-lhe o

²⁸ CANOTILHO, **Direito constitucional**.

²⁹ BARROSO, LUIZ ROBERTO. **Temas de Direito Constitucional**.

direito à identificação, com relevo ao artigo 226 e seguintes da Constituição da República e o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil ao dispor que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O Ministro FRANCISCO RESEK³⁰ ponderou que:

“O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física.

No julgamento do RE 99.915 (RTJ110/1133, sob minha relatoria, ponderei que me parecia ‘ainda presente na justiça brasileira – como, de resto, na sociedade brasileira – uma tendência majoritária a enfrentar estes casos centrando uma ótica essencialmente penal’. É alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do direito do investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética. A verdade jurídica, geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica.”

Por certo, nas duas correntes a preocupação maior do julgador é descobrir a verdade real sobre a existência ou não de vinculação entre autor e réu, procurando, por diferentes caminhos, chegar ao mesmo fim, à coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica.

A corrente vencedora inibe a execução forçada do exame de DNA, dadas as evidentes inconstitucionalidades que viciam a decisão, prevalecendo o sistema normatizado do nosso Estado de Direito.

A corrente minoritária contra-argumenta robustecida com a interpretação de tratados e convenções internacionais, legislação, doutrina e jurisprudência estrangeiras, na Constituição Federal e nas normas infra-constitucionais para defender a justiça que se procura realizar no caso em concreto.

³⁰ *Habeas Corpus* 71.373-4 - Francisco Resek – Ministro-Relator.

CONCLUSÃO

Particularmente, entendo é inconstitucional a decisão que obriga a realização da prova pericial genética, quando há outras provas nos autos habilitando o julgador natural a formar sua íntima convicção sobre a pretensão deduzida em juízo de reconhecimento do vínculo parental entre autor e réu. Contudo, tal regra deve comportar exceções para que injustiças e inconstitucionalidades não sejam cometidas.

Excepcionalmente o exame forçado do DNA deve ser exigido nos seguintes casos: a) quando comprovada a *exceptio plurium concubentium*; b) quando o Autor não produz nenhuma prova do relacionamento de sua genitora com o Réu à época da concepção.

Na primeira hipótese, a da *exceptio plurium concubentium* o réu se recusa a fazer o exame de DNA, mas comprova a pluralidade de parceiros da genitora à época da concepção, não tendo o julgador como formar sua convicção sobre o caso concreto. Nestes casos, essencial a realização do exame de DNA, ainda que forçadamente, para garantir aos envolvidos no conflito a possibilidade de espancar quaisquer dúvidas sobre o parentesco imputado ao suposto pai que não quer voluntariamente contribuir para o esclarecimento da verdade real sobre a ancestralidade do demandante. O exame do DNA propiciará a certeza jurídica necessária para o julgamento de procedência ou improcedência do pedido.

Mister se faz a ilustração com estes exemplos:

1) Uma mulher mantém relacionamento sexual com mais de um homem e engravida. A criança nasce, e ninguém reconhece voluntariamente a paternidade. O menor ajuíza ações de investigação de paternidade ou uma única ação, figurando em litisconsórcio passivo os supostos pais. Na fase probatória, os réus se recusam a realizar a prova pericial do DNA, restando comprovada a pluralidade de parceiros da genitora à época da concepção. Se não for determinada a realização compulsória do exame, o pedido acabará sendo julgado improcedente e o investigador, juridicamente, não terá pai.

2) Uma mulher é estuprada por dois ou mais homens com o mesmo tipo físico. Ela engravida e por ser muito religiosa ou por aconselhamento médico ou outro motivo qualquer mantém a gravidez, nascendo a criança. A autoria do crime restou comprovada no juízo criminal. O menor ajuíza ação investigatória, e todos os estupradores se recusam a fornecer voluntariamente material para a prova genética. A única solução para se resguardar os inte-

resses do menor será a produção do exame de DNA, mesmo forçadamente.

Na maioria dos casos, imputa-se a paternidade a um determinado homem que, ao se recusar a produzir a prova pericial e dependendo das demais provas, leva o julgador a uma convicção positiva de que o réu é o pai do demandante. Mas neste exemplo, a recusa não pode ser valorada como presunção de paternidade, porque somente um dos réus pode ser o pai, impondo-se a produção da prova genética como instrumento individualizador.

Caso contrário, o magistrado terá que julgar improcedentes os pedidos, que farão coisa julgada material, atingindo-se os direitos da personalidade do menor, que ficará para sempre sem pai. E o pai biológico será judicialmente eximido de suas responsabilidades, que terão que ser suportadas exclusivamente pela genitora do investigante, vítima de estupro.

Não se pode admitir a isenção das responsabilidades paternas por decisão judicial, se é possível pelo exame de DNA conhecer-se o pai do autor da demanda, até porque a natureza jurídica da sentença proferida numa investigação de paternidade não é constitutiva, mas sim declaratória. Quem é pai o é desde a concepção. A decisão final de mérito irá constatar as relações biológica e jurídica preexistentes ao ajuizamento da ação. O réu não se tornará pai por comando judicial. O vínculo existe e se estabelece no momento da concepção.

Os dois exemplos são muito parecidos. Há provas produzidas nos autos da investigatória da pluralidade de parceiros à época da concepção, a ausência de provas sobre a paternidade e a recusa do réu em se submeter ao exame do *fingerprints* do DNA e a necessidade de se identificar o pai do autor.

Como visto, além das hipóteses de pluralidade de parceiros da genitora à época da concepção, também é necessária a produção da prova pericial, quando o autor não tem provas do relacionamento amoroso de sua mãe com o réu no momento da concepção.

Importante a apresentação de fatos para melhor compreensão da situação:

1) Uma mulher passa certo tempo sem ter relacionamento sexual e um dia se encontra com um homem e mantém os dois conjunção carnal. Deste furtivo relacionamento de um dia ou um fim de semana uma criança é concebida, vindo a nascer. O pai biológico se recusa a reconhecer voluntariamente a paternidade, culminando com o ajuizamento da ação de inves-

tigação de paternidade. O autor não tem provas do parentesco, porque como o relacionamento foi muito rápido, não trocaram réu e genitora bilhetinhos amorosos, não tiraram fotos e não existem testemunhas do envolvimento dos dois. O julgador pela simples recusa não deve julgar procedente o pedido se não há outras provas nos autos conclusivas pelo parentesco. A solução é a execução forçada do exame para o esclarecimento da verdade.

2) Um homem casado (ou convivente) mantém relacionamento amoroso muito bem escondido com uma amante. Não há prova documental do relacionamento amoroso ou prova testemunhal. Deste relacionamento advém o nascimento de uma criança que não é reconhecida voluntariamente pelo pai. A paternidade somente será comprovada com o exame do DNA, impondo-se sua realização.

Estas seriam as duas hipóteses que excepcionariam a regra que inadmitte a realização forçada do exame de DNA. A primeira, a da pluralidade de parceiros da genitora à época da concepção e a segunda, quando não há provas do relacionamento amoroso neste mesmo período. Se o pedido for julgado procedente, faz-se a justiça no caso em concreto. Se o pedido for julgado improcedente porque o réu não é o pai, poderá o mesmo ajuizar ação de indenização em face do autor da investigatória, como salientado anteriormente no acórdão da lavra do ilustre Desembargador Said Cahali³¹.

Quando há a recusa na produção da prova pericial do DNA, a compulsoriedade do exame só deve ser exigida (e somente nesses casos) nas hipóteses em que o autor não tem nenhuma prova do relacionamento amoroso de sua mãe com o suposto pai, ou quando o réu comprova a pluralidade de parceiros da genitora à época da concepção, garantindo-se aos envolvidos no conflito a possibilidade de espancar quaisquer dúvidas sobre o parentesco imputado ao suposto pai que não quer voluntariamente contribuir para o esclarecimento da verdade real sobre a ancestralidade do demandante. O exame do DNA propiciará a certeza jurídica necessária para o julgamento de procedência ou improcedência do pedido.

Recusando-se o suposto pai a fazer voluntariamente o exame de DNA, havendo provas, devidamente valoradas pelo julgador, do relacionamento íntimo da mãe do investigante com o réu, jamais se deve impor a realização do exame do *fingerprints* do DNA, por violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade do réu, da ampla

³¹ CAHALI, YUSSEF SAID, **Dano Moral**.

defesa, do contraditório e da intangibilidade do corpo humano, culminando, acertadamente, com a procedência do pedido.

Mas como cada caso é um caso, apenas o julgador quando analisa as pretensões do autor e as defesas do réu, para formar sua íntima convicção para bem decidir, poderá ou não entender cabível a determinação da execução forçada do exame do DNA, para garantir aos envolvidos no litígio a mais ampla defesa e contraditório, assegurando-se a observância aos princípios da paternidade real e responsável.

Face o exposto, cumpre-me enfatizar a necessidade e a urgência do ordenamento jurídico agasalhar as situações acima explanadas, passando a regular a matéria, para que o exame do DNA possa ser exigido do suposto pai, réu da investigatória. ◆