



Senador Bernardo Cabral:

**“O Senado cumprirá
sua missão constitucional”**

Editorial: Reforma do Poder Judiciário II

Investigação de Paternidade

Questões Atuais

Juiz Caetano Lagrasta Neto

Dois parlamentares, o Senador Valmir Amaral e o Deputado Alberto Fraga (ambos do PMDB-DF), apresentam projetos de lei (Boletim Informativo Juruá - Ano 9 - 296), propondo alterações, respectivamente, às Leis n. 8.560/92 e n.883/49, que regulam o procedimento de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento ou não reconhecidos.

A primeira proposta, aditiva, determina que a ação respectiva, que tenha sido julgada sem a prova do 'pareamento cromossômico' (DNA), não se submeterá à coisa julgada, sendo recusada como procedimento definitivo para o reconhecimento ou a negatória de paternidade.

O outro projeto, propõe a obrigatoriedade de submeter-se o pretense pai ao exame do DNA. O fundamento para a medida baseia-se no princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, afastando-se a alegação, dentre outras, de eventual invasão de intimidade, uma vez que o direito do menor sobreleva a todos os demais.

Doutrina

Lavrou, perante os Tribunais Superiores, especialmente o C. Supremo Tribunal Federal, sério dissídio entre Seções ou Turmas, quanto à circunstância de se emprestar foros de cientificismo aos exames do tipo HLA, porque fundadas suas conclusões em falsa premissa, qual seja, estatísticas divorciadas dos bancos de gens utilizados, por não dizerem respeito especificamente ao povo brasileiro, às suas regiões geográficas, etc. E, também quanto à recusa de se submeter, o pretense genitor, à prova invasiva da intimidade ou do próprio corpo, tida como inconstitucional por alguns juristas.

Com a descoberta do mapa genético (DNA) aquela certeza adquiriu

credibilidade quase absoluta, não mais pairando dúvidas sobre a negação ou afirmação da paternidade. Mas, como fazer com o réu recalcitrante à prova definitiva?

Questões cruciais, omitidas ou impedidas em julgamentos anteriores, desde logo, evidenciaram divergências intransponíveis como: a) incerteza devida à recusa de se submeter o pretense genitor ao exame; b) dúvida sobre decisões lastreadas em prova genética duvidosa; c) custo excessivo da prova pelo DNA, que durante muitos anos alijou os menos favorecidos de acesso a uma ordem jurídica justa e à igualdade das partes perante o processo.

A Constituição de 1988 muito avançou no reconhecimento de Direitos e Garantias referentes à igualdade de todos perante a lei, seja, entre os sexos, ou a origem da filiação. Contudo, a aplicação destes princípios revela-se, ainda hoje, passível de crítica, por distante dos objetivos imaginados pelo constituinte.

Em conceito expressivo (Pereira, 1997) revela-se o espanto: 'A mulher continua sendo objeto da igualdade, enquanto o homem é o sujeito e o paradigma desse pretense sistema de igualdade. (...) 'Precisamos desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente hegemonia de um sobre o outro. Ao contrário, a construção de uma verdadeira cidadania só será possível na diversidade. É somente a partir de uma *alteridade*, da existência de um diferente, de um *outro*, é que se pode conseguir uma identidade'.

No âmbito da igualdade entre os filhos, ou do acesso dos não-reconhecidos a uma ordem jurídica justa, somente a partir da mudança legislativa será possível imaginar-se seja aquela 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 - no Estado de São Paulo, somente a partir da Lei n.9.934, de 16.4.1998, assegurou-se a gratuidade para a realização do exame DNA -; se eventuais genitores recusaram submeter-se a esta prova, como será possível afirmar-se

igualdade, a partir de julgamentos viciados?

Aqueles direitos do eventual genitor opõem-se os do pretense filho (menor ou não). O direito à identidade e à personalidade, através da paternidade presumida, sobrelevam aos da intimidade, intangibilidade do corpo humano, etc., eis que o indivíduo sem identidade ou que receba tratamento desigual em juízo, é indivíduo que a própria Justiça mantém alijado aos Direitos e Garantias, previstos na Carta Magna.

Há que se buscar o direito de opor-se, motivadamente, à condução forçada ao exame; inútil a mera negativa, sob alegação de outros direitos, superiores ao do investigante. Não se trata à evidência 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; nesta hipótese de direito indisponível, absolutamente ineficaz.

Há que se admitir, por fim, sejam revistas as decisões, mesmo que transitadas em julgado, não só para os que tiveram a recusa do réu ao exame, como para os que não conseguiram realizar o exame genético, por razão econômica, de responsabilidade exclusiva do Estado.

Jurisprudência Crítica

a) HLA. Validade e reconhecimento.

Em julgamento estampado na Revista Trimestral de Jurisprudência, n. 110:1133, o Min. Francisco Rezek já antecipava dúvida quanto ao exame do HLA, cuja validade indiscutível estava sendo objeto de reiteradas decisões por tribunais brasileiros, contestando: 'Ademais, por alto que seja seu índice, uma probabilidade estatística não se confunde com uma certeza científica - esta sim, e só esta, invulnerável a qualquer desafio que se lhe anteponha sob a roupagem de convencimento subjetivo. Sobre a própria extensão da probabilidade importada pelo teste HLA, impõe-se reconhecer que a pesquisa universitária é ainda incipiente, não se podendo exigir urgência, da parte dos tribunais, em que se acomodem ao peso específico do novo instrumento pericial'.

Condução do réu 'sob vara'

A enfatizar divergências e dificuldades no enfrentamento dos temas, o mesmo Min. Francisco Rezek, como Relator do HC n. 71.373-4-RS, no Plenário da E. Corte, restou

vencido, quanto à condução do réu 'debaixo de vara', sendo este o teor da ementa oficial: '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 de 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' - Relator para o Acórdão o Min. Marco Aurélio, vencidos, além do relator sorteado, os Min. Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

De algum tempo a esta parte, vozes isoladas manifestaram-se, ainda que **vencidas** no julgamento, favoráveis ao projeto do Senador Valmir Amaral, como no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, por maioria de votos indeferiu inicial de medida cautelar (pelo requerente denominada 'ação de protesto') e que pretendia antecipar prova pericial para instruir ação rescisória de acórdão, que confirmou declaração de paternidade, alegando o autor que o reconhecimento se dera com base no exame HLA, sem qualquer segurança quanto à eficácia, ante o DNA, revestido de amplo espectro de certeza. O voto vencedor, do Des. Cezar Peluso afirma: 'Numa síntese, a certeza jurídica é essencial às mais profundas exigências da vida e da ação humanas, e estariam ambas comprometidas, quando não pudesse o ordenamento guardá-las, em particular, aos graves riscos da instabilidade das decisões judiciais, mediante o velho instituto da coisa julgada material, cuja eficácia absoluta só deve ceder nas hipóteses taxativas de defeitos que, não comportando, como exceções declaradas, interpretações expansivas, o Estado repute extremamente perigoso à paz pública e à autoridade do direito objetivo'. O voto vencido do Des. Laerte Nordli, reiterando posicionamento anterior, ensina: 'Ainda recentemente, na qualidade de relator de uma ação rescisória (n. 37.347), deferi a realização do exame pelo DNA, apesar de, no processo originário, se ter concluído pela paternidade com base no HLA e na prova oral, afirmando-se inclusive que a prova era robusta' - arrematando - 'Nesta cautelar, estava, em princípio, pensando em acompanhar os votos

anteriores, ao raciocínio de que o exame pelo DNA pudesse ser deferido na própria rescisória. Mas, convenci-me, depois das ponderações do Des. Mattos Faria, que seria conveniente a realização do exame, antes do ajuizamento, uma vez que, conforme o resultado, a rescisória nem se viabilize' (Medida Cautelar n. 75.622-4/7, 2.ª C. de Direito Privado, rel. Des. Osvaldo Caron).

Conclusão e Proposta

O HLA, de larga aplicação no Direito brasileiro, a partir do anos 70, do século passado, nada obstante negar-lhe a Suprema Corte foros de prova científica, proporcionou, por óbvio, inúmeras decisões injustas. Quantos se atreveram a uma ação rescisória, fadada ao insucesso, ante a ausência de uma prova genética segura, apenas possível a partir da descoberta do mapa genético? Quantos, posteriormente, viram-se impedidos de conseguir acesso à prova judicial, por razões de insuficiência econômica? Quantos, ainda, viram-se impossibilitados de atingir a certeza do julgamento (partes ou juizes), diante da cômoda renitência do réu que se negava ao exame pelo DNA, tornando de pouca ou nenhuma validade o instituto da confissão ficta, para evidenciar o convencimento ou a certeza do julgamento?

Sempre nos posicionamos favoráveis à revisão das decisões de reconhecimento ou negatória de paternidade, proferidas ou com base em falsa premissa, despidas de caráter científico (HLA); com ausência de prova científica, obstada pelo pretense genitor (impedida a condução forçada) ou, para finalizar, nos casos de impedido o acesso à Justiça, pelo próprio Estado (incapacidade econômica do investigante). Nossa proposta

(Lagrasta, 2000) partia da desburocratização - informalidade e economia sem desrespeito à segurança processual e das partes - e do acesso irrestrito a uma ordem jurídica justa, através de petição de desarquivamento e reabertura de processos definitivamente julgados, com o único intuito de se proceder ao exame pelo DNA. Verdadeira Revisão, por qualquer das partes, que 'permita, ainda que de forma tardia, seja alcançada a Justiça das novas conquistas humanas, transplantadas para o Processo Civil' (idem, p.152), afastando-se o formalismo rançoso, despido de qualquer compromisso com a Verdade e a Justiça, especialmente quanto à definição dos conceitos de prescrição e decadência (Clóvis Bevilacqua, RT 139:446).

Assim, o pedido de desarquivamento, por singelo e solene, não há de vir despido de um mínimo de razão e fundamento, submetidos a um juízo de admissibilidade por magistrado e passível de recurso. Esta reabertura do processo, esta Revisão da coisa julgada, há que vir balizada por um prazo razoável, sob pena de subverter situações consolidadas, prestando-se, ao revés da intenção, à vingança ou à ganância de indivíduos inescrupulosos.

Notas:

1. Pereira, Rodrigo da Cunha. 'Direito de Família - uma abordagem psicanalítica' - Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 1997
2. Lagrasta Neto, Caetano. 'Direito de Família - A Família Brasileira no Final do Século XX' - Ed. Malheiros. São Paulo, 2000

Caetano Lagrasta Neto é Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

