



**UCAM – UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES
ATAME POS-GRADUAÇÃO E CURSOS**

LIZ SILVA TORRES

**RECUSA AO EXAME DE DNA PELO INVESTIGADO NAS
AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

**BRASÍLIA
2014**



**UCAM – UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES
ATAME POS-GRADUAÇÃO E CURSOS**

LIZ SILVA TORRES

**RECUSA AO EXAME DE DNA PELO INVESTIGADO NAS
AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

**Monografia apresentada como exigência
parcial para a obtenção do título de
Especialização em Direito Civil e Processual
Civil.**

**BRASÍLIA
2014**

LIZ SILVA TORRES

**RECUSA AO EXAME DE DNA PELO INVESTIGADO NAS
AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

**Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do título de
especialização em Direito Civil e Processo Civil**

Brasília, 23 de abril de 2014.

Professor

RESUMO

Este estudo tem por objetivo a análise da polêmica questão da medida proporcional e efetiva a ser adotada no caso de recusa do investigado ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade. Justifica-se essa análise dada à importância do exame de DNA nas ações investigatórias do Direito de Família como meio de prova da paternidade biológica. Quando há recusa dessa perícia genética pelo investigado, há o conflito de interesses entre o investigante, em realizar o exame genético, ainda que coercitivamente, e o investigado, em não se submeter a ele, gerando colisão de princípios e direitos fundamentais. O presente estudo parte de noções gerais do instituto da prova e da utilização do exame de DNA nas ações investigatórias do Direito de Família, bem como o contextualiza com o acesso à justiça e a efetividade processual, para, então, ser analisada a questão da recusa do investigado ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade. Serão apresentados os princípios e direitos fundamentais em colisão, no caso da recusa em análise, as consequências legais da recusa e as soluções dadas pela doutrina e pela jurisprudência do STF e STJ. Conclui-se, ao fim, que, dependendo do caso concreto, a medida indicada pela jurisprudência do STF e do STJ, bem como pela Lei nº 12.004/09, no sentido de não permitir a condução coercitiva e aplicar a presunção de paternidade, é medida desproporcional e não efetiva, inapta a obter a justiça e a pacificação social.

Palavras-chaves: Exame de DNA – Prova – Perícia – Ação de investigação de paternidade – Princípios e direitos fundamentais.

RÉSUMÉ

Cette étude vise à examiner la question controversée de mesure efficace et proportionnée à adopter en cas de refus d'une enquête en faisant des tests d'ADN dans des actions de paternité. Justifiée cette analyse de l'importance des tests d'ADN dans des actions d'enquête de droit de la famille en tant que preuve de la paternité biologique. Quand il ya refus de l'expertise génétique d'une enquête, il ya un conflit d'intérêt entre l' enquêteur pour procéder à la tests génétiques, même de manière coercitive, et l'enquête de ne pas s'y soumettre, générant collision des principes et droits fondamentaux. Cette étude fait partie des notions générales de l'Institut de la preuve et l'utilisation des tests ADN dans des actions d'enquête de droit de la famille. L'étude lie l'ADN à l'accès à la justice et l'efficacité du droit procédural, pour analyser ensuite la question controversée de refus du l' enquête de faire le test d'ADN dans les actions de paternité. Après présenté les principes et droits fondamentaux en collision en cas de refus dans analyse de test ADN dans les actions en recherche de paternité, les conséquences juridiques du refus et les solutions proposées par la doctrine et la jurisprudence de le STF et STJ. Est conclu que, en fonction du cas particulier, les mesures indiqué par les décisions des tribunaux ainsi que par la loi n° 12.004/09, afin de ne pas permettre la conduite coercitive et la présomption d'exactitude de la paternité, est une mesure disproportionnée et inefficace, inapte à obtenir justice et de la paix sociale.

Mots-clés: Analyse de l'ADN - Preuve - Expertise - Action d'enquête de paternité - Principes et droits fondamentaux.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	08
1.1 Prova pericial no processo civil.....	11
2 FILIAÇÃO E SUA PROVA NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS.....	16
2.1 Exame de DNA nas ações investigatórias do Direito de Família	20
3 O ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DO EXAME DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	27
4 A RECUSA DO INVESTIGADO NA REALIZAÇÃO DO EXAME PERICIAL DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	35
4.1 Os princípios e direitos fundamentais em colisão.....	35
4.2 Consequências legais da recusa ao exame de DNA.....	37
4.3 A posição adotada pelo STJ e STF.....	38
4.4 Outras possíveis soluções encontradas para o caso da recusa do investigado a submeter-se ao exame de DNA.....	42
4.5 A busca por uma solução jurídica proporcional e efetiva no caso da recusa do investigado a submeter-se ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade.....	46
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

Atualmente, o Exame do Ácido Desoxirribonucléico – ADN, mais conhecido na sua sigla em inglês DNA - Deoxyribonucleic Acid, possui grande relevância nas ações de investigação de paternidade como meio de prova, em virtude de apresentar um alto nível de certeza científica na determinação da paternidade biológica do investigante.

Paralelamente, na atual fase instrumentalista do processo, o estudo sobre o sistema processual busca torná-lo mais simples, célere e acessível, de modo que seja um meio eficaz de concretização do direito material.

Nesse contexto, é importante a análise do exame de DNA na busca pelo processo justo, que assegure à parte o acesso pleno à justiça e à satisfação de um resultado mais próximo da verdade, nas ações de investigação de paternidade, particularmente nos casos de recusa ao exame genético pelo investigado.

A questão é polêmica por envolver colisão de princípios e direitos fundamentais de ambas as partes. A jurisprudência e o legislador vêm adotando a posição de que, na hipótese do investigado se recusar a realizar a perícia genética, não seria admitida a condução coercitiva dele e seria aplicável a presunção de paternidade.

Todavia, seria a presunção suficiente para solucionar a questão? Realmente, o ordenamento brasileiro não possibilitaria a condução coercitiva do investigado a realizar o exame de DNA nas ações de investigação de paternidade? É suficiente ao investigante o reconhecimento da paternidade por meio de mera presunção? Com efeito, a questão permanece controvertida na doutrina.

Nesse embate de princípios e direitos fundamentais, assegurados tanto ao investigante em obter o reconhecimento à paternidade, quanto ao investigado em não se submeter ao exame genético, deve-se, por meio do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, analisar a forma mais adequada da utilização ou não da prova genética para a garantia de um processo justo e efetivo.

Sendo assim, esse estudo se inicia a partir da contextualização do exame de DNA com o instituto da prova, com sua utilização nas ações investigatórias do Direito de Família, e com o acesso à justiça e a efetividade processual. Após, será introduzida a polêmica da condução coercitiva do investigado no caso de recusa à

perícia genética nas ações de investigação de paternidade, sendo estudados os princípios e direitos fundamentais em colisão, as consequências legais da recusa, a posição da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Por fim, será analisada a medida proporcional e efetiva a ser adotada no caso em questão.

Portanto, o estudo do instituto da prova, especificamente nesse caso o exame de DNA, mostra-se essencial para a promoção da justiça e, nesse sentido, FEIJÓ comenta que:

A correta compreensão do instituto jurídico da prova é essencial na processualística contemporânea, cujas bases são representadas pela busca da verdade real, colaboração, boa-fé, segurança, justiça e dignidade da justiça. (2007, p. 256)

1 PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A prova é um elemento relevante na busca da solução justa e eficaz da lide. Como bem asseverado por LOPES (2007, p. 23), “a história do direito probatório é marcada por permanente evolução em busca do ideal de justiça rápida e qualificada”.

A prova tem um papel importante na pacificação do conflito, pois visa a verificar a certeza dos fatos de forma a influir na convicção do juiz no momento do julgamento da lide. Com efeito, a prova tem como função “permitir o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade, diante da sua impugnação por outro sujeito do diálogo” (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 53).

Em regra, não se provam direitos, mas fatos relevantes, pertinentes, controversos e determinados, e, excepcionalmente, prova-se direito quando estadual, municipal, costumeiro, singular ou estrangeiro (SANTOS, 2008, p. 348-351).

Todavia, o que seria a prova no processo civil?

Conforme o dicionário de português MICHAELIS (2014), prova jurídica é a “demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo”.

Já MARINONI e ARENHART fornecem a seguinte definição de prova:

Cabe advertir, desde logo, que a palavra “prova” pode assumir diferentes conotações não apenas no processo civil, mas também em outras ciências. Assim é que pode significar inicialmente os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, sendo possível assim falar em prova documental, prova pericial etc. Também pode essa palavra representar o procedimento através do qual aqueles instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo; este é o espaço em que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a idéia da atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos (percepção e dedução, no dizer de Proto Pisani). E, finalmente, tem-se como prova, ainda, o resultado da atividade lógica do conhecimento.

[...] se apresenta, para o direito processual, como definição quiçá adequada para expressar o fenômeno nesse âmbito do conhecimento, a seguinte: prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo. (2008, p. 262-264)

Ressalta-se que, no direito processual, a palavra prova possui diversos significados. Nesse rumo, CAMBI comenta que:

Juridicamente, o vocábulo “prova” é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz). (2001, p. 47)

Há doutrinadores que distinguem prova no sentido objetivo e subjetivo dentro do direito processual civil:

Quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que se está falando de prova num sentido objetivo. Quando ele é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que se está usando aí o termo prova num sentido subjetivo. (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 44)

Dentre esses diversos significados que a palavra prova pode ter no processo civil, destacam-se três sentidos, quais sejam: prova no sentido subjetivo, como já mencionado acima, meios de prova e fontes de prova.

Em relação aos meios e fontes de prova, DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA (2012, p. 48) afirmam que “os meios são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte)”.

Nesse contexto, prova pode ter a conotação de juízo de valoração relativo ao convencimento do juiz (prova no sentido subjetivo), ou instrumento através do qual a prova é concretizada nos autos (meio de prova), ou matéria do qual se pode extrair a prova (fonte de prova).

A despeito dessa pluralidade de acepções, o conceito de prova está correlacionado com o anseio humano de busca pela verdade. No direito processual, a prova é um instrumento por meio do qual os sujeitos do processo buscam reconstituir fatos, de modo a demonstrar a verdade de um acontecimento. Mas qual será essa verdade buscada no processo por meio da prova?

Tradicionalmente, processualistas, tais como CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2012, p. 73-75), afirmam que, diferentemente do processo penal, no processo civil, é possível o juiz satisfazer-se apenas com a verdade formal, isto é, solucionar a lide a partir da verdade obtida pela valoração das provas produzidas

nos autos. Contudo, quando a causa versar sobre direito indisponível, o magistrado deve descobrir a verdade real dos fatos.

Não obstante, há entendimento de que, em decorrência da publicização do processo, mesmo que o litígio cível seja sobre direito disponível, deve o juiz sentenciar com base na verdade real sempre que possível. Nesta senda:

o sistema está compromissado com a verdade real e só quando esta não for, de fato praticável, é que se contenta com os mecanismos da presunção (verdade formal).

A adoção plena no processo civil do princípio da verdade real é, assim, uma consequência natural da modernidade publicística do processo. (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 57)

A doutrina moderna critica essa distinção de verdade formal e substancial (ou real) entre o processo civil e penal, de modo que, atualmente, fala-se apenas em verdade. Ilustrativamente, seguem algumas dessas críticas:

A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil.

[...] Realmente, falar-se em verdade formal (especialmente em oposição à verdade substancial) implica reconhecer que a decisão judicial não é calcada na verdade, mas em uma não-verdade. Supõe-se que exista uma verdade mais perfeita (a verdade substancial), mas que, para a decisão no processo civil, deve o juiz contentar-se com aquela imperfeita, e, portanto, não condizente com a verdade. (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 32-33)

Ademais, é de se destacar que a verdade a ser buscada no processo não é no seu caráter absoluto, tendo em vista ser ela inatingível. Com efeito, THEODORO JUNIOR (1999, p. 10) afirma que, a verdade, embora em seu caráter absoluto seja inatingível em razão do conhecimento humano ser limitado, deve ser buscada no processo a fim de que a lide seja solucionada com a tão almejada justiça.

Nesse desiderato, a prova é um instrumento na busca da verdade, através do qual o juiz adquire maior confiança sobre a situação litigiosa, possibilitando meios para ele embasar sua decisão. Contudo, a verdade não deve ser perseguida de forma a comprometer a solução do litígio, tanto que CAMBI (2001, p. 71) leciona que “o importante é não cair na tentação de buscar obsessivamente a

verdade, porque isso seria nocivo para o anseio da concretização da tutela jurisdicional célere, tempestiva e adequada (art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988 - CR/88)”.

Portanto, a prova no direito processual possui plurissignificados e tem como objetivo a demonstração da verdade dos fatos controvertidos no processo; sendo assim, um relevante elemento para a solução dos conflitos.

1.1 Prova pericial no processo civil

A prova pericial é meio de prova regulamentado nos arts. 420 a 439 do Código de Processo Civil - CPC, tendo como fim fornecer ao juízo conhecimentos técnicos específicos acerca dos fatos controvertidos.

Acerca da prova pericial, há três conceitos básicos a ela relacionados que precisam ser apresentados, quais sejam: perícia, perito e assistente técnico.

Segundo SANTOS (2008, p. 484), “a perícia consiste no meio pelo qual, no processo, pessoas entendidas verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer”.

Já os termos peritos e assistentes técnicos são conceituados da seguinte forma por MARINONI e ARENHART:

A prova pericial é realizada por perito. Chama-se assim a pessoa – física ou jurídica – que, contando com a confiança do juiz, é convocada para, no processo, esclarecer algum ponto que exija conhecimento técnico especial. [...] As partes podem indicar auxiliares para representá-las na formação da prova pericial. Estes são vinculados às partes com quem contribuem, recebendo a designação de “assistentes técnicos”. (2009, p. 771-772)

O perito é auxiliar eventual da justiça, sendo indicado pelo juiz. Para o exercício da função pericial, exige-se que a pessoa tenha capacidade de praticar os atos da vida civil, não seja impedida ou suspeita, devendo ter conhecimentos suficientes para realizar a perícia. Nesse sentido, arts. 138, III, 139, 145, 421 e 423 do CPC.

O sistema processual brasileiro estipula alguns deveres e direitos ao perito. Aqueles consistem na obrigação de aceitar o encargo, de servir, de lealdade, de respeitar os prazos e de comparecer na audiência, salvo a ausência por motivo justo (arts. 146, 147, 424 435, parágrafo único, do CPC). Já os direitos são à

indenização pelas despesas periciais, aos honorários, a escusar-se do encargo quando alegar motivo legítimo, a recorrer às fontes de informação e a pedir prorrogação de prazo (arts. 33, 146, 429, 432, todos do CPC).

No que tange ao assistente técnico, ele é mero auxiliar do litigante e não lhe são aplicadas as limitações do art. 138, nem as sanções do art. 424, parágrafo único, ambos do CPC, tendo prazo específico para apresentar o parecer previsto no art. 433, parágrafo único, do Código retro mencionado (SANTOS, 2008, p. 484-485).

Ressalta-se que as funções exercidas pelo perito não substituem as atividades judiciais. Com efeito, o perito não pode exercer interpretação hermenêutica, de modo que não lhe é possível opinar sobre questões jurídicas, sendo sua atuação limitada aos aspectos eminentemente técnicos de sua especialidade que recai apenas sobre fatos (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 236).

Quanto à forma de remuneração do perito, em regra, a parte que requisita a perícia paga suas custas após apresentação do laudo. No entanto, se necessário, é possível que haja antecipação parcial das custas a fim de que sejam propiciados os meios necessários para a realização da perícia (arts. 19 e 33, ambos do CPC).

Apesar de haver a previsão no art. 27 do CPC de que, quando se tratar de perícia requerida pelo Ministério Público ou pela Fazenda Pública, o pagamento de tais serviços somente se dará no final da causa pelo vencido, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o seguinte entendimento: “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito” (Súmula 232/STJ). Todavia, em relação ao Ministério Público em ação civil pública, a jurisprudência entende que inexistente adiantamento de honorários periciais, tendo em vista o disposto no art. 18 da Lei 7.347/85. Exemplo desse entendimento jurisprudencial é o Recurso Especial nº 1.292.637-RS da 2ª Turma do STJ (BRASIL, 2013).

No que tange às espécies de prova pericial, considerando o disposto no art. 420 do CPC, há três, quais sejam: o exame, vistoria e avaliação. Ainda se fala numa quarta espécie, que seria o arbitramento.

Segundo SANTOS (2008, p. 488), o exame refere-se à inspeção realizada sobre pessoas, coisas, móveis e semoventes, para a apuração dos fatos litigiosos; enquanto a vistoria é a inspeção feita sobre imóveis; já a avaliação, por sua vez, consiste em estimar o valor, em moeda, de coisas, direitos e obrigações; e, por

arbitramento, entende-se a verificação de valor, ou quantidade, ou qualidade de objeto, serviço, direito ou obrigação.

A perícia é um meio de prova que exige muito tempo e despesa no processo, sendo admitida quando o fato controvertido depender de conhecimento especial de técnico, for necessária ante as demais provas produzidas no processo e for praticável (art. 420, parágrafo único, do CPC). Há casos em que ela é necessária ou obrigatória, a exemplo das ações de demarcação de terras e de acidente de trabalho (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 234).

Questão importante acerca da prova pericial é se o laudo técnico vincula a decisão judicial.

Em conformidade com o princípio da persuasão racional (art. 131, do CPC), é pacífico na doutrina e na jurisprudência que o juiz não se restringe à conclusão do perito (art. 436 do CPC). No entanto, há divergência quanto à interpretação dessa não vinculação do juiz ao laudo pericial.

A maioria dos juristas afirma que, tendo em vista a inexistência de hierarquia entre as provas e o princípio da persuasão racional, o magistrado não se vincula à perícia, podendo desprezá-la e, inclusive, julgar contra o resultado pericial. Nesse sentido, SANTOS comenta que:

Não obstante a grande significação da perícia como meio de apuração de fatos cujo conhecimento depende do saber e da experiência de técnicos, às suas conclusões não se vincula o juiz, que poderá até mesmo desprezá-las. [...] Mas, quando nem mesmo os esclarecimentos influam no espírito do juiz, forçá-lo a submeter-se às conclusões dos vistoros seria exigir-se-lhe conformar-se com resultados muitas vezes contrários às demais provas constantes dos autos e até com resultados absurdos. (2008, p. 496)

Nessa linha, THEODORO JUNIOR (2003, p. 417) acrescenta o argumento de que, caso entendesse pela vinculação do juiz ao laudo pericial, “o perito se colocaria numa posição superior à do próprio juiz, tornando dispensável até mesmo o pronunciamento jurisdicional”. Segundo esse autor, o magistrado pode divergir fundamentadamente da perícia nos casos de carência de fundamentação lógica ou quando houver outros elementos de prova do processo que o conduzam à formação de convicção diversa daquela indicada pelo perito.

Lado outro, considerando que o CPC prevê a possibilidade de as partes requererem esclarecimentos aos peritos e de realização de segunda perícia (arts. 435 e 437, ambos do CPC), alguns autores, a exemplo de KNIJNIK (2007, p. 191),

entendem que o juiz deve julgar a partir do laudo pericial. Conforme essa orientação, a não vinculação do magistrado à perícia se limitaria ao caso do juiz verificar, diante das demais provas, a ocorrência de possíveis erros e vícios procedimentais na realização da perícia. Nessa situação, a fim de identificar essas falhas, é facultada às partes e ao magistrado a possibilidade de exigirem dos peritos esclarecimentos acerca do laudo, sendo possível também a realização de uma nova perícia. Sendo assim, o juiz poderia julgar a demanda sem considerar o primeiro resultado pericial, conforme previsão do art. 436 do CPC. Adicionalmente, não seria plausível a alegação de ser dispensável o pronunciamento jurisdicional caso o magistrado tenha que considerar necessariamente o resultado do laudo pericial, uma vez que ao perito cabe analisar apenas matéria de fato, continuando a responsabilidade da aferição da matéria de direito ao juiz.

Com efeito, adotando essa segunda forma de interpretação do art. 436 do CPC, a 3ª Turma do STJ, no REsp 397.013-MG, de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, publicado no DJ em 09/12/2003, definiu os seguintes critérios de valoração da prova pericial genética:

Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA) em confronto com as demais provas produzidas. Conversão do julgamento em diligência.
[...] o valoração da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: (a) se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; (b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e (c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas [...]. (BRASIL, 2003)

Logo, a prova pericial possui significativo valor no julgamento das lides, devendo o juiz aferi-la juntamente com as demais provas no intuito de verificar possível ocorrência de vícios e erros procedimentais.

Por fim, destaca-se a regulamentação dada pelo legislador acerca da recusa da parte a se submeter à perícia. Consoante disposto nos arts. 231 e 232 do Código Civil de 2002 – CC/02, “aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa” e “a recusa à perícia médica

ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. Observa-se que a presunção prevista no art. 232 do CC/02 não é aplicada ao terceiro no caso de recusa, sendo aplicável multa para compeli-lo a participar do exame médico (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 775-776).

Nesse contexto, insere-se o exame de DNA como meio de prova nas ações de investigação de paternidade, sendo especificamente perícia na espécie exame.

2 FILIAÇÃO E SUA PROVA NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS

Antes da CR/88, o Direito de Família foi regulado de forma a valorizar a relações patrimoniais e a família patriarcal, matrimonializada, hierarquizada e biológica, de modo que os filhos eram diferenciados em legítimos, ilegítimos ou adotivos, dada à sua origem e ao vínculo que unia seus pais (FARIAS e ROSENVALD, 2012; GONÇALVES, 2012).

Ademais, em razão das dificuldades de apurar o vínculo de parentesco ou de preconceitos históricos decorrentes da família patriarcal e matrimonializada, aplicava-se para a determinação da paternidade o uso de presunções (LÔBO, 2011, p. 219), a exemplo dos arts. 338 e 340, ambos do Código Civil de 1916 - CC/1916. Ainda, em virtude das dificuldades probatórias em relação ao vínculo de filiação, utiliza-se de provas indiretas e indiciárias na definição de paternidade ilegítima (THEODORO JUNIOR, 1999, p. 18).

Com o advento da CR/88, o Direito de Família passa a ser analisado sob uma nova ótica, em prol dos fundamentos e princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade e liberdade.

Além disso, em meados da década de 90, a socioafetividade passa a ter maior destaque na análise das relações jurídicas de famílias (LÔBO, 2011, p. 29). Fala-se no fenômeno da repersonalização das relações civis, que consiste na valorização da dignidade em detrimento das relações patrimoniais. A propósito:

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito. (LÔBO, 2011, p. 22)

Nessa nova ótica do Direito de Família, com amparo em normas constitucionais, foi propagada a igualdade entre os filhos, independente de sua origem ou da situação jurídica de seus pais (art. 227, §6º, da CR/88).

Nesse contexto, filiação é conceituada por FARIAS e ROSENVALD da seguinte forma:

sob o ponto de vista técnico-jurídico, a filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados. (2012, p. 619)

Ademais, FARIAS e ROSENVALD (2012, p. 641-642) asseveram que há atualmente três critérios para a determinação da filiação, quais sejam: legal, biológico e socioafetivo, sem hierarquia entre eles, sendo definida a filiação de acordo com a prevalência de determinado critério, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

Acerca da determinação da paternidade, conforme consta do Recurso Especial nº 878.941/DF (BRASIL, 2007), o STJ vem aplicando o critério biológico para o reconhecimento da filiação quando a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu.

Ressalta-se, ainda, a posição de WELTER que defende a teoria tridimensional do direito de família que consiste na “possibilidade de o ser humano ter direito, ao mesmo tempo, aos três mundos, genético, afetivo e ontológico” (2010, p. 142).

Quanto à prova da filiação, em regra, é pelo registro civil de pessoas naturais, de modo que, conforme LÔBO, “o registro produz uma presunção de filiação quase absoluta, pois apenas pode ser invalidado se se provar que houve erro ou falsidade” (2011, p. 233).

Ademais, na falta do registro civil, GONÇALVES (2012, p. 322-324) informa que, considerando o disposto no art. 1.605 do CC/02, prova-se a filiação por escrito proveniente dos pais ou presunções resultantes de fatos certos, admitindo provas documentais, periciais e testemunhais em complementação aos requisitos mencionados. Referido autor critica essa norma, pois ela estaria obsoleta ante o princípio da busca da verdade real.

No que tange às presunções e ficções na determinação da paternidade, a aplicação delas convive com dois outros critérios de determinação da filiação, quais sejam: o biológico e o socioafetivo, como já mencionado acima. A propósito, THEODORO JUNIOR afirma a perda do prestígio do sistema de ficções legais no atual Direito de Família, apontando dois fatores para tanto:

Dois fatores atuaram, nos últimos tempos, para destruir o sistema de ficção legal de paternidade:

- a) a eliminação, entre nós, da distinção entre tipos de filiação, graças a regra constitucional que assegurou tratamento jurídico igualitário para todos os filhos dentro e fora do casamento (CF de 1988, art. 227, §6º); e
- b) a evolução dos meios científicos de apuração da verdadeira paternidade biológica, por meio de perícia genética. (1999, p. 18)

Ademais, consoante FARIAS e ROSENVALD (2012, p. 644), as presunções e ficções do estado filiatório do Código Civil em vigor não possuem mais caráter absoluto como outrora, tendo caráter relativo; porém, somente podem ser afastadas em hipóteses previstas em lei. Tais autores criticam, ainda, o atual Código Civil, pois houve ampliação no art. 1.597 do referido diploma legislativo de hipóteses de presunções do estado de filiação em relação ao CC/1916, ignorando a realidade da certeza, quase absoluta, na determinação da filiação.

No tocante às ações de investigação de maternidade e paternidade, todos os meios de prova são admissíveis, tendo como exemplos os seguintes: o exame de DNA; perícia hematológica; prova testemunhal, ressalvando que esta é admitida com cautela dada sua falibilidade; a semelhança física entre o investigante e o investigado considerando os outros elementos probatórios; e, a posse do estado de filho, que se configura sempre que alguém age como se fosse o filho e outrem como se fosse o pai, pouco importando a existência de laço biológico entre eles (GONÇALVES, 2012, p. 348-352).

Especificamente quanto às ações de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, há previsão expressa no art. 2º-A, caput, da Lei 8.560/92 acerca da possibilidade de todos os meios legais e moralmente legítimos de provar a verdade dos fatos.

Destaca-se que a perícia genética tem grande importância no sistema das provas no Direito de Família, pois, por meio dela se tornou possível determinar com alto grau de precisão a paternidade biológica.

Observa-se que, nos termos dos arts. 1.600 e 1.602 do CC/02, o adultério da mulher e a confissão materna não bastam para excluir a paternidade.

Quanto ao ônus da prova nas ações filiatórias, considerando o art. 333 do CPC, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos. Ocorre que, nessas ações, os acontecimentos controvertidos consistem em atos realizados em âmbito privativo, da intimidade das pessoas; sendo assim, fatos de difícil demonstração.

Na hipótese de revelia nas ações investigatórias de filiação, nos termos do art. 320, II, do CPC, não há o efeito de presunção de veracidade, uma vez que versa sobre direito indisponível.

Já, caso o investigado alegue algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo, o ônus probatório será deste, sendo o que acontece quando ele aduz *exceptio plurium concubentium*, pela qual o investigado, embora reconheça o relacionamento íntimo com a mãe da criança, alega que esta mantinha relação sexual com diversos parceiros na época da concepção. Acerca dessa defesa, FARIAS e ROSENVALD comentam que:

Em tempos atuais, portanto, a *exceptio plurium concubentium* já não mais tem o condão de afastar a procedência do pedido investigatório, afinal de contas, mesmo provada a pluralidade de relacionamentos sexuais, continua existindo uma probabilidade do filho ser do réu. (2012, p. 722)

Atualmente, essa situação pode ser facilmente esclarecida por meio da realização do exame de DNA, e, caso o investigado pai se recusa a se submeter ao teste genético, é possível a aplicação da presunção relativa de paternidade a ser considerada com o contexto probatório dos autos, nos termos da Súmula nº 301 do STJ e do art. 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 8.560/92.

Todavia, alerta-se que, sendo relativa a presunção de paternidade gerada pela recusa do investigado de se submeter ao exame de DNA, e fartamente comprovada a *exceptio plurium concubentium*, a presunção pode ser afastada. Nesse sentido, segue observação de GONÇALVES:

A presunção que resulta da recusa do réu em se submeter ao exame hematológico não deve, todavia, ser tida como absoluta, merecendo ser desconsiderada quando contrariar outros elementos indiciários constantes dos autos, como a não comprovação das relações sexuais com a mãe do investigante e a farta demonstração da *exceptio plurium concubentium* por viver esta na zona do meretrício. Nessa trilha, decidindo caso com essas características fáticas, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais proclamou que, “em ação de investigação de paternidade, a recusa do investigado em se submeter à realização do exame de DNA é um forte indício de veracidade dos fatos alegados. Porém, não pode a paternidade ser declarada apenas com base nesta recusa, principalmente quando fartamente comprovada nos autos a *exceptio plurium concubentium*”. (2012, p. 346)

Por fim, ressalta-se que, nas ações filiatórias, há autores que aduzem a admissibilidade da prova ilícita, tendo em vista os interesses envolvidos na lide.

Nesse linha:

um dos terrenos fecundos para a admissibilidade da prova ilícita, através da técnica de ponderação de interesses, é, sem dúvida, o das ações filiatórias. Aqui, o interesse tutelado (o direito à perfilhação) sobrepuja o interesse sacrificado (a privacidade do investigado), justificando a admissibilidade da prova produzida contra legem.

[...] A regra, pois, deve ser a inadmissibilidade da prova ilícita, em face das garantias constitucionais. Excepcionalmente, quando necessária a preservação de bem jurídico de maior realce, em respeito à dignidade humana (valor maior da ordem jurídica pátria), é possível permitir a utilização da prova ilícita, a partir da ponderação dos interesses concretamente colidentes, como em sede de ação filiatória. (FARIAS E ROSENVALD, 2012, p. 739)

2.1 Exame de DNA nas ações investigatórias do Direito de Família

As ações de investigação de maternidade ou paternidade objetivam o reconhecimento forçado do vínculo de filiação, quando ausente o reconhecimento voluntário, sendo mais frequente a investigação de paternidade (MADALENO, 2013, p. 586 e 589).

Há, ainda, a distinção das ações investigatórias em investigação de parentalidade e investigação de origem genética. Segundo FARIAS e ROSENVALD (2012, p. 694-695), na primeira, pretende-se obter o reconhecimento filiatório, enquanto a segunda versa sobre uma pessoa que já titulariza uma relação paterno-filial, estabelecida a partir de hipóteses não biológicas, pretendendo obter o reconhecimento da sua origem ancestral. Referidos autores comentam, ainda, que o termo investigação de parentalidade tem uma conotação mais abrangente que a via da investigação de paternidade, podendo se referir a investigações de vínculos de parentesco, a exemplo da investigação avoenga.

Dentre os meios de prova nas ações investigatórias, destaca-se o exame de DNA.

A importância do exame de DNA nessas ações se dá em razão de, embora seja difícil a prova dos fatos controvertidos por envolver a intimidade das pessoas, a perícia genética possibilita obter a determinação da paternidade biológica com alto grau de certeza científica. Com isso, o exame genético proporcionou ao Direito de Família meios para superar as provas indiciárias acerca da paternidade.

A propósito:

a paternidade que até então consistia primordialmente numa atribuição normativa ou numa decisão judicial fundamentada em provas indiciárias, passaria, tendo em vista a superação das antigas restrições decorrentes do sistema e do desenvolvimento da técnica do DNA, a ser considerada por seu significado biológico. (SOUZA, 2005, p. 66)

O direito de paternidade tem, inegavelmente, a engenharia genética, no que tange ao exame de DNA, como divisor de águas, pois esta imprimiu autêntica revolução na questão da paternidade, o que, antes, era uma incógnita sobre a origem do homem, hoje, é desvendado, com certeza, e relativa facilidade [...].(AHMAD, 2009, p. 60)

Apesar da importância do exame de DNA nas ações filiatórias, critica-se a sacralização dessa perícia genética, pois essa prova não é infalível, podendo haver erro na sua realização.

Com efeito, o autor MADALENO alerta o seguinte:

ainda existe uma indiscriminada proliferação de laboratórios dispensados de qualquer credenciamento mais sério e de um controle por órgãos particulares ou oficiais, causando um indisfarçável estado de insegurança social, por não sofrerem qualquer controle externo, como tampouco tornam públicos e exaustivamente discutidos os métodos e procedimentos adotados para extrair os resultados de até 99,99% de certeza da filiação. (2013, p. 539)

Acerca das causas de erros que podem comprometer o resultado de um exame de DNA, ARRUDA e PARREIRA elencam as seguintes:

troca de amostras; uso de tecnologia inadequada para o caso em exame; contaminação das amostras ou dos reagentes por ADN estranho ao caso; deslocamento de bandas; imprecisão das imagens de raio-X; erro de interpretação dessas imagens; uso de dados inadequados da frequência do perfil genético na população; erro nos cálculos; intervenção de profissionais despreparados na realização dos exames. (2000, p. 177-178).

A fim de reduzir a possibilidades de erros na produção do exame de DNA ante a falibilidade humana, ARRUDA e PARREIRA (2000, p. 178) defendem que o Poder Público deve normatizar a prestação desses serviços e, enquanto isso não ocorrer, as partes e o juiz devem garantir, por meio das regras existentes do CPC, a exemplo da indicação de assistente técnico, a confiabilidade do resultado.

O exame de DNA destaca-se dentre os meios de prova nas ações filiatórias dada a sua capacidade de obter a verdade, mas qual seria a certeza proporcionada por essa perícia genética?

O jurista MADALENO (2013, p. 618) afirma que, em razão do advento dos modernos exames genéticos e de não existir duas pessoas com igual sequência de

DNA, salvo os casos de gêmeos univitelinos que possuem idêntico padrão de DNA, é possível, por meio da perícia genética, obter cientificamente a verdade real nas ações de investigação ou negativa de paternidade ou filiação, atingindo como prova de inclusão o percentual de 99,99% e 100% no caso de exclusão da filiação.

No mesmo rumo, ARRUDA e PARREIRA distinguem a verdade obtida pelo exame de DNA nos casos de exclusão e inclusão de paternidade.

Na hipótese de exclusão de paternidade, tais autores afirmam que, sendo o exame de DNA feito com base no material genético do suposto pai (e não de parentes próximos), “no atual estágio da tecnologia dos exames de ADN, a exclusão é considerada uma certeza absoluta, não sendo contestada por nenhum especialista genético” (2000, p. 183-184).

Já, no caso de inclusão, segundo eles, há uma percentagem de certeza obtida pelo exame variando em torno de 99,99% a 99,99999% a possibilidade de afirmação da paternidade biológica. Segue excerto transcrito:

Não há um consenso entre os especialistas sobre qual seria a probabilidade ideal para o resultado final de um exame de ADN, tanto na determinação de paternidade quanto na identificação criminal, não nos sendo possível afirmar que o desejável seja uma probabilidade de 99,99%, de 99,9999 ou de 99,99999%. O que sabemos com certeza é que a probabilidade final nunca chega a 100%, donde podemos concluir que o desejável é a probabilidade mais próxima possível de 100%. (2000, p. 184-185)

Ademais, ARRUDA e PARREIRA (2000, p. 184-191) observam que, embora exista uma pequena margem de erro, considerando o caso concreto, a verdade obtida pela perícia na situação de afirmação da paternidade também pode ser caracterizada como real. Segundo eles, é praticamente impossível que a mãe do investigante, aleatoriamente, tenha indicado uma pessoa dentro da ínfima percentagem de indivíduos que o teste genético identifica como aptos a ser o pai da criança. Todavia, ressalvam que esse pressuposto de veracidade no caso da inclusão pode ser excepcionado, *in concreto*, quando existirem fatores complicadores, como uma lide em que o suposto pai seja parente de uma pessoa que tenha tido relação sexual com a mãe da criança na época da concepção.

Apesar da certeza proporcionada pelo exame de DNA, essa prova é desnecessária em algumas hipóteses relativas à filiação. Consoante FARIAS e ROSENVALD (2012, p. 626 e 659), exemplos de casos em que não se admite

contradita fundada em prova genética são a caracterização de posse de estado de filho e a hipótese do art. 1.597, V, do CC/02, relativa à presunção absoluta de paternidade em situação que foi autorizada a fertilização assistida heteróloga.

Para a realização da perícia genética nas ações de investigação de paternidade, são colhidas amostras de DNA do filho e do suposto pai, que podem ser encontradas, por exemplo, no sangue, raízes de cabelo, saliva, espermatozoides e etc. Se, eventualmente, o investigado tiver falecido ou desaparecido, é possível, inclusive, fazer o exame por meio de amostras de DNA de parentes próximos.

Como já mencionado, apesar de o exame biológico possuir alto nível de precisão, as demais provas não devem ser afastadas, uma vez que a partir destas pode o juiz verificar a ocorrência de eventuais erros na perícia. Com efeito, no termos do art. 436 do CPC, o juiz não está adstrito ao laudo pericial; por isso, o referido exame deverá ser cotejado com todas as provas produzidas nos autos e, quando estiver diferindo destas, é aconselhável a repetição da perícia, devendo a verdade acerca da filiação ser extraída do conjunto probatório.

Todavia, há entendimento de alguns autores, a exemplo de KNIJNIK (2007, p. 191), no sentido de prestigiar o exame de DNA em detrimento das demais provas quando conflitantes, uma vez que aquela é prova clara e convincente com alto grau de certeza, de forma que as demais provas serviriam apenas para o juiz verificar a ocorrência de possíveis erros e vícios procedimentais na realização do exame genético. No mesmo sentido, o julgamento do Recurso Especial n. 397.013-MG, da 3ª Turma do STJ (BRASIL, 2003), no qual foi fixado entendimento de que nessa situação, o exame de DNA deve ser repetido e, caso a segunda perícia confirme a primeira, prevalecerá o laudo pericial em detrimento das demais provas.

Quanto ao momento de produção da prova pericial genética, predomina o entendimento de que, por se tratar de ação de estado, até mesmo em grau de recurso, o processo poderá ser convertido em diligência para que seja determinada a realização do exame genético. Nesse sentido, segue ementa do Recurso Especial n. 208.582-PR, da 3ª Turma do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. POSSIBILIDADE.

Tratando-se de ação de estado, na qual o direito em debate é indisponível, o julgador não pode dispensar a ampla instrução, principalmente quando a feitura da prova foi devidamente requerida pelo autor.

Nada impede que o órgão julgador, para evitar decisão em estado de perplexidade, converta o julgamento em diligência para complementação de instrução probatória.
Recurso especial provido. (BRASIL, 2005)

Além disso, a produção dessa prova não fica limitada ao requerimento das partes, podendo o juiz determiná-la de ofício na busca pela verdade dos fatos. Com efeito, no entendimento de WELTER (1999, p. 306), o juiz não teria apenas o poder, mas o poder-dever de ordená-la. No mesmo rumo, FARIAS E ROSENVALD afirmam que, dada a relevância do exame de DNA nas ações filiatórias, essa prova pericial genética deve ser determinada, “independentemente de pedido das partes, mesmo que o procedimento esteja em fase de sentença ou mesmo em grau recursal, convertendo-se o julgamento em diligência” (2012, p. 725).

Por fim, seria indispensável a realização do exame de DNA nas ações investigatórias do Direito de Família?

Há autores que alegam que, ante a ausência de norma obrigando a realização do exame de DNA, sua produção é facultativa. Nessa linha:

Sem norma legal que torne obrigatório o exame, este continua a ser um meio de prova facultativo das partes, e, na sua falta, por impossibilidade de ser realizado (ausência de recursos financeiros ou recusa de uma das partes), deve o processo ser julgado com as provas que forem apresentadas, já que o juiz não pode recusar a prestação jurisdicional. (ARRUDA e PARREIRA, 2000, p. 94)

Por outro lado, a autora SOUZA afirma que já está consolidado nos tribunais o entendimento de que é essencial a produção do exame de DNA, “quando forem precárias, duvidosas ou inexistentes outras formas de comprovação do vínculo amoroso ou apenas sexual entre um homem e uma mulher, que deu origem a uma criança” (2013, p. 122).

Acresce que o jurista WELTER (1999, p. 250) defende a obrigatoriedade da produção de todas as provas possíveis, inclusive o exame genético, sob pena de não haver coisa julgada.

Com o advento do exame de DNA, tornou-se discutível a imutabilidade das decisões judiciais conferida pela coisa julgada material, diante da possibilidade de substituição da verdade ficta pela real nas ações investigatórias de filiação.

O jurista MADALENO (2013, p. 619) comenta que a relativização da coisa julgada nas ações filiatórias é controvertida, envolvendo ponderação de valores

constitucionais entre a coisa julgada e a verdade biológica. Ele afirma que, para os adeptos da relativização da coisa julgada nas ações de investigação e de contestação da paternidade e maternidade, só ocorreria coisa julgada, “se no processo tiverem sido produzidas todas as provas permitidas em lei, notadamente o exame genético de DNA”.

Em 2011, o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu no Recurso Extraordinário n. 363.889-DF, em sede de repercussão geral, a relativização do efeito da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, em que o exame de DNA não foi realizado e houve julgamento por insuficiência de provas. Segue ementa do referido julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (BRASIL, 2011)

Apesar do julgado acima, a questão da relativização da coisa julgada nas ações filiatórias continua polêmica, pois há posição que defende a relativização da coisa julgada para além da situação de julgamento por insuficiência de provas nas ações de investigação de paternidade em que o exame de DNA não foi produzido.

Nesse sentido, GONÇALVES (2012, p. 347) indica a existência de

discussão quanto à possibilidade de afastar a coisa julgada com a exibição de exame negativo de DNA, quando superado o prazo da ação rescisória, nas ações negatórias de paternidade em que foi reconhecida expressamente a paternidade.

No mesmo rumo, de forma mais ampliativa que o entendimento exposto no julgado do STF, WELTER assevera que:

A coisa julgada na investigação de paternidade deve ser compreendida com base na Teoria Tridimensional do Direito de Família, que reconhece o ser humano não como um ser genético, nem apenas genético e afetivo, mas, sim, genético E afetivo E ontológico [...].
[...] diante da harmonia e integridade de todos os princípios constitucionais, o princípio da condição humana tridimensional sempre será preponderante, dada a sua condição de fundamento da República, do Estado Democrático e do Direito. Do conflito entre esse princípio, da segurança jurídica e da coisa julgada, a medida de ponderação é predeterminada pelo princípio da dignidade humana tridimensional, genética, afetiva e ontológica, admitindo-se, assim, a renovação da investigação de paternidade, até que seja declarada, com precisão científica, a condição humana tridimensional. (2010, p. 156-158)

Desse modo, ressaí o exame de DNA como meio de prova nas ações de investigação de paternidade, embora passível de erro na sua realização como qualquer outra perícia, gerando modificações no sistema processual, a exemplo da relativização da coisa julgada. Sendo ele de grande relevância nessas ações, resta analisar se é apto a gerar o acesso efetivo à justiça, proporcionando aos litigantes a concretização do direito material e a pacificação do conflito, em especial quando o investigado se recusa a se submeter a ele, temas que serão estudados a frente.

3 O ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DO EXAME DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Atualmente, a população brasileira tem grande insatisfação e descrédito do Poder Judiciário, tendo em vista a morosidade do processo, custos e insatisfações das partes com o resultado obtido. Tais questões estão ligadas exatamente com o acesso efetivo à justiça.

Com efeito, RAMIRES menciona o seguinte sobre o acesso à justiça:

O acesso à justiça vem sendo alargado, pois não significa apenas o acesso aos tribunais, mas envolve também outros requisitos, como a questão dos custos e o tempo de duração do processo [...], bem como a segurança e efetividade das decisões judiciais. (2002, p. 17)

O jurista BEDAQUE também comenta que “efetividade, celeridade e economia processual são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso à Justiça” (2007, p. 50).

Acerca da conceituação da expressão “acesso à justiça”, CAPPELLETTI assevera que:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (1988, p. 8)

Quanto à importância do acesso efetivo à justiça, CAPPELLETTI bem assevera que isso tem sido progressivamente reconhecido, “uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” (1988, p. 11-12).

Ademais, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO afirmam que “o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, [...], em acesso à ordem jurídica justa” (2012, p. 41).

No que tange à efetividade, é um elemento a ser considerado quanto às questões de acesso à justiça, sendo imperioso esclarecer o significado do termo. Entende-se por efetividade, segundo BARBOSA MOREIRA, a “aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena” (1983, p.

77). Especificamente quanto à efetividade do processo, esse autor elenca os seguintes requisitos para que o processo seja qualificado como efetivo:

[...] a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras disposições jurídicas de vantagem) contempladas no ordenamento, que resultam de expressa previsão normativa, que se possam inferir no sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) **impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade**; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias. (1983, p. 77-78)(grifo nosso).

Referente à efetividade do processo quanto aos meios de prova, o processo deve garantir uma instrução probatória que facilite a produção das provas, para que, assim, o juiz tenha as melhores condições de formar sua convicção e proferir decisões justas. Nesse sentido, cumpre-nos transcrever o seguinte comentário de RAMIRES:

A instrução probatória pode contribuir para a melhoria da atividade jurisdicional, pois é necessário facilitar a realização das provas, sem descuidar do aspecto qualitativo, melhorando o conjunto probatório, proporcionando ao juiz condições para que ele possa proferir julgamento o mais próximo da realidade dos fatos. (2002, p. 30)

No que diz respeito à celeridade, é um princípio a ser considerado nas questões de acesso à justiça, ressaíndo o aspecto do tempo de duração do processo.

Para que haja efetivo acesso à tutela jurisdicional, a duração de processo deve ser razoável, uma vez que não pode com sua morosidade ocasionar perda da utilidade do direito material pretendido e descrédito da população em relação à prestação jurisdicional, bem como não pode ser célere de tal forma que prejudique a segurança jurídica e a justiça da decisão (RAMIRES, 2002, p. 25).

A importância da duração razoável do processo é de tal forma que possui amparo constitucional no art. 5º, LXXVIII, da CR/88.

No intuito de enfrentar o óbice da morosidade do processo, o legislador

criou alguns institutos processuais a fim de tornar o processo mais rápido, a exemplo dos seguintes: julgamento antecipado do mérito, procedimento sumário e sumaríssimo, procedimento monitório, julgamento de improcedência liminar, súmula impeditiva de recursos, julgamentos monocráticos pelo relator, prova emprestada, processo sincrético, comunicação dos atos processuais por via eletrônica e etc. (NEVES, 2013, p. 81).

Quanto à economia processual, também é um princípio a ser considerado quanto às questões de acesso à justiça, destacando-se o aspecto do custo do processo.

O princípio da economia, segundo NEVES (2013, p. 76), possui duas acepções, quais sejam, na visão mais ampla desse princípio, significa que melhor será a qualidade da prestação jurisdicional quanto menos demandas existirem para se chegar aos mesmos resultados, bem como esse princípio pode ser entendido como “a tentativa de ser o processo o mais barato possível, gerando o menor valor de gastos”.

Na ótica do acesso à justiça tendo em vista o aspecto da economia processual, o processo deve ser instrumento de concretização do direito material, de modo que seu custo não pode ser barreira para as pessoas de baixa renda tenham acesso à tutela jurisdicional.

A propósito, RAMIRES disserta o seguinte sobre o óbice econômico gerado pelo processo ao acesso à justiça no Brasil:

As diversas despesas que se originam de uma demanda judicial podem se constituir num óbice ao acesso das pessoas à tutela jurisdicional, tendo em vista o fato de que a maioria da população brasileira é formada por pessoas de baixa renda econômica. (2002, p. 19)

A fim de enfrentar o óbice econômico gerado pelo processo ao acesso à justiça, foi garantida assistência judiciária gratuita às pessoas com insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CR/88 e Lei nº 1.060/50) (MARINONI, 2008, p. 187).

Nesse contexto, considerando a efetividade, a celeridade e a economia processual, a fim de que seja realizado o acesso efetivo à justiça, o litígio deve ser pacificado através de um processo que, em um bom tempo e a baixos custos, facultando para ambas as partes todos os meios de provas moralmente legítimos, permita a obtenção de um resultado com ampla satisfação para o vencedor da

demanda.

Especificamente, sob a ótica do acesso à justiça no aspecto da celeridade e econômica processual do exame de DNA, destaca-se o problema do custo e do tempo da produção dessa perícia genética quando a parte requerente está amparada pela justiça gratuita.

De acordo com o art. 3º, VI, da Lei 1.060/50, o beneficiário da assistência judiciária é isento das despesas com a realização do exame de DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de maternidade ou paternidade.

Todavia, apesar da norma acima citada e da garantia constitucional de assistência judiciária gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXVIII, da CR/88), discute sobre o custeio e a demora da realização do exame de DNA pelo Estado.

A propósito, DIAS informa sobre os entraves de tempo e custo do exame de DNA quando há o benefício da assistência judiciária gratuita:

Outro empecilho que se vislumbra é de natureza prática, a saber, o elevado custo do exame de DNA. Em quase todos os Estados o exame é realizado gratuitamente a quem milita com o benefício da assistência judiciária gratuita. No entanto, em face do elevado número de exames a serem levados a efeito, o que se verifica é um tempo de espera muito grande, às vezes de vários anos. Durante esse período, no mais das vezes, não se encontram sequer fixados alimentos provisórios em favor do autor, o que o deixa em situação deveras aflitiva. (2009, p. 374-375).

A autora SOUZA (2013, p. 145-146) também noticia as dificuldades do beneficiário da justiça gratuita em ter, em tempo razoável, a realização do exame de DNA, e, segundo ela, a morosidade é tamanha que há incentivo da própria sistemática jurídica para que as partes planejem e arquem elas mesmas com o custeio da perícia genética, porém, a injusta morosidade permanece para o muito pobre.

Além disso, há divergência entre os juristas sobre a responsabilidade estatal no custeio do exame de DNA quando o requerente é beneficiário da justiça gratuita.

Em 2002, no Recurso Extraordinário nº 224.775-MS (BRASIL, 2008), tendo como relator o ministro Néri da Silveira, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a matéria no sentido de que o art. 5º, LXXIV, da CR/88 é norma autoaplicável, de forma que a administração estadual deve providenciar o

atendimento da despesa com o exame de DNA. O relator afirma que “não seria possível concluir que não há obrigação à cobertura desse ônus, tão-só, porque não prevista no orçamento de certo exercício”.

Por outro lado, há posição que defende que o Estado não é obrigado a custear a perícia genética quando ausente previsão orçamentária prévia. Nessa senda, na Ação Direta Inconstitucionalidade nº 3.394/AM (BRASIL, 2007) relativa à constitucionalidade de lei estadual no Estado do Amazonas, que regulamentava a realização gratuita de exame de DNA em ações de investigação de paternidade e maternidade, destacam-se os votos divergentes dos ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. Os ministros foram vencidos na tese de que a norma estadual que estipulava o custeio pelo governo do teste genético seria inconstitucional, ao fundamento de que o dispositivo legal criava despesa para a Administração Pública sem haver previsão orçamentária prévia.

No mesmo rumo, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 241.886-GO, de relatoria do Ministro Jorge Scartezini, mantendo entendimento de precedentes anteriores do STJ, observou que, se precária a situação econômica de ambas as partes, o julgador deve diligenciar para a realização do exame junto aos órgãos da comunidade e, caso esgotadas as possibilidades de êxito, estará desobrigado dessa missão.

Outro argumento utilizado pela posição que entende que o Estado não está obrigado a custear o exame de DNA é o princípio da reserva do possível. Nesse sentido, foi o fundamento do juiz de primeira instância no caso do Agravo de Instrumento nº 2007.032890-9/0000-00, do TJ/MS (MATO GROSSO DO SUL, 2008). Tal princípio condiciona a atuação estatal em efetivar alguns direitos previstos na CR/88 à existência de recursos públicos disponíveis. No caso dos exames genéticos, a responsabilidade estatal em sua realização seria limitada aos recursos destinados a esse fim, sendo desobrigado a custear os pedidos de exame que excedessem essa reserva financeira.

Exemplificando as diferentes posições sobre o tema, o AI nº 2007.032890-9/0000-00, interposto perante o TJ/MS (MATO GROSSO DO SUL, 2008). Nesse caso, foi interposto recurso contra a decisão do juiz a quo que havia indeferido pedido de realização de perícia genética a um beneficiário da assistência judiciária, pois, se concedesse a produção de prova, “estaria agindo em ofensa ao princípio da reserva do possível”. Todavia, o Tribunal decidiu, por unanimidade, reformar a

sentença, com base na lei estadual que regulamentava o dever do governo custear esses exames.

Há, ainda, a posição de DIAS (2009, p. 375) no sentido de que, se o investigador estiver sob o pálio da justiça gratuita e não possuir condições financeiras para arcar com o pagamento dos testes, antes de o Estado ser onerado, deve-se verificar a possibilidade de atribuir ao réu o ônus de pagar o exame, já que “nessas demandas ocorre a inversão dos encargos probatórios, tal estende-se também ao adiantamento das despesas referentes às provas”. A jurista esclarece que essas custas periciais podem inclusive ser determinadas a título de alimentos provisionais.

Por sua vez, os juristas FARIAS e ROSENVALD (2012, p. 727) afirmam que “o entendimento que vem prevalecendo em nossa jurisprudência é no sentido de que o Poder Público não pode ser compelido a custear as despesas com a perícia DNA para os beneficiários da gratuidade judiciária”.

Nesse panorama, pertinente mencionar algumas propostas sugeridas por SOUZA ao abordar o tema da perícia genética e acesso à justiça, quais sejam:

4) implantação de laboratórios forenses, bem equipados, em cada Estado da federação, com qualificação profissional, investimentos e equipamentos exemplares, cujo grupo de pesquisadores tenha características éticas e sociais bem delineadas, para os fins de análises genéticas às pessoas carentes;

[...] 8) participação da união, do Estado-membros e do Município, com o oferecimento de serviços gratuitos de realização de exames em DNA, quando se fizerem necessários e imprescindíveis num cumprimento de direito fundamental. Tudo isso com uma boa qualidade técnica e num tempo razoável e proporcional ao direito requerido; além de convênio com laboratórios credenciados, autorizados e aprovados por regras técnicas máximas de qualidade. Evitar-se-ão, dessa forma, as sobrecargas dos Tribunais, com processos intermináveis, além de menor ocorrência de erros nas decisões. A celeridade começará a modificar o preconceito de que “a justiça é lenta” ou de que “a justiça é para os ricos”; (2013, p. 147-149)

Sendo assim, ainda o Estado deve buscar meios de garantir o efetivo acesso à justiça nas ações filiatórias em que o exame de DNA é requisitado pelo beneficiário da justiça gratuita, tendo em vista as dificuldades de seu custeio estatal e a morosidade na sua realização ante o elevado número de perícias genéticas requisitadas sob o pálio desse benefício.

Apesar dos problemas na realização do exame genético de DNA pelas pessoas carentes nas ações filiatórias, em geral, a produção dessa prova pericial é

essencial para a concretização do acesso efetivo à justiça.

Com efeito, sob a ótica do acesso à justiça, sobressai à efetividade do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, isto é, o aspecto da qualidade da prestação jurisdicional, a sua capacidade de influir na atividade de cognição judicial, uma vez que fornece informações técnicas com alto grau de certeza, possibilitando decisões sólidas e justas.

Observa-se que a prova pericial somente deve ser produzida quando a verdade dos fatos não puder ser verificada por meio mais simples e menos custos. Nesse sentido:

A perícia é prova onerosa, complexa e demorada. Por isso, só deve ser admitida quando imprescindível para a elucidação dos fatos. Toda vez que se puder verificar a verdade dos fatos de forma mais simples e menos custosa, a perícia deve ser dispensada. É o que regulamenta o art. 420, parágrafo único, c/c art. 427, CPC, ao prever que o juiz não deve admitir a perícia, mediante decisão devidamente fundamentada, quando for desnecessária ou impraticável (inviável). (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 245)

Embora a prova pericial seja onerosa, complexa e demorada, nos casos de ação de investigação de paternidade, tendo em vista a dificuldade de produção de prova em relação aos fatos em litígio e a verdade biológica proporcionada pela perícia genética em DNA, sua produção é um elemento importante para a pacificação do conflito.

Nesse sentido, o exame de DNA “é o que há de mais moderno e eficaz para solucionar dúvidas e conflitos, podendo incluir ou excluir um homem da paternidade que lhe é imputada” (SOUZA, 2013, p. 101).

Realmente, a realização do exame de DNA é muito relevante nas ações de investigação de paternidade ante a certeza da paternidade proporcionada por ele. Nessa linha, SOUZA comenta que:

A necessidade de se obter, hoje, a “certeza” da paternidade, através da perícia genética, é muito mais latente e urgente do que há alguma décadas. As mudanças de comportamento social e de valoração do ser humano, especialmente da criança e do adolescente, levam a uma maior cobrança de satisfação pessoal e de complementação de direitos declarados. Para efetivar um direito constitucional fundamental, a perícia genética serve como busca de prova numa investigação de paternidade. (2013, p. 88)

A “certeza” da paternidade, concretizada com a perícia genética, precipuamente com o exame em DNA, é pensamento universal e de evolução cultural, resultando na efetividade da Justiça. (2013, p. 114)

Ressalta-se que o exame de DNA é importante quando for caso da filiação ser determinada pelo critério biológico:

É claro que, em determinados casos, é possível fixar o estado de filiação pelo critério biológico, servindo o DNA como poderoso instrumento. Bastaria imaginar o caso (aliás, são milhares, infelizmente, espalhados pelo nosso país) de um homem que, após engravidar uma mulher, se recusa a registrar o filho. Realizado o exame DNA e comprovado o vínculo biológico, por mais que inexista afeto entre pai e filho, é óbvio que deverá o juiz determinar a filiação pelo critério genético, científico. Até porque a socioafetividade somente pode ser utilizada para determinar o vínculo parental, jamais para negá-lo. O critério biológico também deve prevalecer quando não há vínculo afetivo formado, apesar da existência de registro civil de nascimento. É o caso do homem que registra um filho, porém com ele não estabelece qualquer relacionamento, restringindo-se, quando muito, a pagar a pensão alimentícia ou esporadicamente exercer visitas. Em tal hipótese, há de se aplicar o critério biológico. (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 668)

De fato, o critério biológico não é o único na determinação da filiação, de modo que, a perícia genética em nada contribui ao processo quando a definição da paternidade se pautar no critério socioafetivo ou legal; logo, ela tem relevância, sendo instrumento de efetividade do processo, quando o critério biológico for o determinante nas ações de investigação de paternidade.

Ressalva-se o entendimento de WELTER (2010) segundo o qual o investigador possui direito à condição humana tridimensional, fazendo jus ao reconhecimento como ser genético, afetivo e ontológico, concomitantemente, de modo que o exame de DNA, sempre que possível, deveria ser produzido nas ações de estado de filho para comprovar o aspecto genético.

Por fim, há a situação problema da recusa do investigado na realização do exame de DNA ante a efetividade dessa prova nas ações de investigação de paternidade, tema que será abordado no capítulo seguinte.

4 A RECUSA DO INVESTIGADO NA REALIZAÇÃO DO EXAME PERICIAL DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

O exame de DNA nas ações investigatórias de filiação é um importante instrumento de efetividade do processo dada a sua capacidade de obter a verdade biológica buscada pelo investigador, porém, o que ocorre caso o investigado se negue a submeter-se a essa perícia genética?

As medidas a serem tomadas diante da recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade geram discussão na doutrina brasileira, havendo diversas posições.

O problema em torno dessa recusa gira em torno da situação envolver conflito de interesses entre o investigador em realizar o exame genético, ainda que coercitivamente, e o investigado em não se submeter a ele, gerando colisão de princípios e direitos fundamentais.

Para solucionar tal questão, o STJ consolidou entendimento na Súmula nº 301, já o STF possui alguns precedentes, e há também lei sobre o tema. Mas na doutrina continua existindo posições divergentes, havendo críticas acerca da posição jurisprudencial e legislativa.

Para o presente estudo, a questão é qual a medida proporcional e efetiva a ser tomada ante a recusa ao exame de DNA pelo investigado nas ações de investigação de paternidade.

4.1 Os princípios e direitos fundamentais em colisão

Quanto aos princípios e direitos fundamentais em colisão no caso de recusa ao exame de DNA e a possibilidade de condução coercitiva, verifica-se duas posições, sendo um exemplo dessa divergência o ocorrido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 71.373-4/RS do STF (BRASIL, 1996).

Nota-se que, no HC nº 71.373-4/RS, tanto a posição que defendeu a possibilidade de condução coercitiva, quanto a que a rejeitou, apontaram como argumento a dignidade da pessoa humana.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana do investigado, para os defensores da prevalência dos interesses do investigado nas ações de investigação de paternidade, a condução coercitiva dele interfere em seu livre arbítrio, atingindo o princípio da legalidade, o direito ao próprio corpo, à integridade física e à preservação da intimidade. Nesse sentido, a posição vencedora no HC nº 71.373-4/RS do STF, bem como ARRUDA e PARREIRA (2000, p. 139-148).

Ademais, conforme argumentos da doutrina elencados por WELTER (2010, p. 80-81), ainda haveria os seguintes fundamentos jurídicos a embasar a possibilidade de recusa ao exame de DNA pelo investigado: não-obrigatoriedade de produção de provas contra si; a possibilidade de que, no futuro, o material genético extraído sirva para outros propósitos, como a clonagem humana; a violação da paz social; e, a previsão no Código Civil no art. 231 no sentido de que a recusa poderia suprir a prova pretendida, que neste caso implicaria na presunção de paternidade.

Por outro lado, além do princípio da dignidade da pessoa humana do investigante, para a posição que afirma ser possível a condução coercitiva do investigado à realização do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, os direitos fundamentais do investigante de identidade e vínculo familiar prevaleceriam, conforme posição vencida no HC nº 71.373-4/RS. Na doutrina, argui-se, também, o direito à igualdade, ao conhecimento da identidade pessoal ou ascendência genética, à igualdade entre os filhos, à paternidade responsável e ao respeito (AHMAD, 2009, p. 111).

Ademais, o jurista WELTER (2010, p. 82-86) elenca, ainda, os seguintes fundamentos jurídicos a favor da condução coercitiva: o direito à identidade genética, afetiva e ontológica, sendo que tais direitos fundamentais fazem parte da condição e da dignidade humana tridimensional, elevados à categoria de fundamento da República do Brasil e pilares do Estado Democrático de Direito; a inconstitucionalidade da declaração da verdade formal, considerando os arts. 226, §§4º e 7º e 227, §6º, da CR/88, sob pena de ser reconhecida a ficção do modo de ser-filho; a possibilidade de coletar material genético que não representa risível lesão corporal, como a raiz do cabelo ou saliva; o conhecimento da origem genética tem interesse do indivíduo, do grupo familiar, da sociedade e da humanidade; quem deu causa à colisão de direitos fundamentais foi o investigado; o exame de DNA ser o único meio de prova para descobrir a paternidade genética; no direito comparado, admite-se a condução coercitiva do investigado; e, não aplicação da ideia de

autoincriminação ante a colisão de direitos fundamentais de mesma hierarquia, não estando em jogo a privação da liberdade, apenas havendo uma limitação temporária.

Nesse contexto de colisão de princípios e direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência aplicam o princípio da proporcionalidade para obter a solução de qual interesse prevalecerá, se do investigante, ou se do investigado; todavia, a depender do jurista, essa solução é diversa.

4.2 Consequências legais da recusa ao exame de DNA

No caso de haver a recusa do investigado em realizar o exame genético na ação de investigação de paternidade, existe regra geral prevista nos arts. 231 e 232 do CC/02, aplicável em caso de recusa a exame médico, como também existe regra específica no art. 2º da Lei nº 12.004/09, que alterou a Lei nº 8.560/92, aplicável às ações de investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento.

Acerca dos efeitos jurídicos da recusa ao exame médico previsto no art. 232 do CC/02, THEODORO JUNIOR (2012, p. 501-502) afirma que, se uma das partes injustamente se recusar a submeter à perícia médica, esse ato poderá ser interpretado pelo juiz, considerando o conjunto probatório dos autos, como indício autorizador de presunção relativa de veracidade do fato que se desejaria provar por meio dela.

Alerta-se que a presunção relativa aos arts. 231 e 232 do CC/02 somente será aplicada caso a prova técnica seja realizada por profissional da medicina (MADALENO, 2013, p. 563-564).

No contexto das ações de investigação de paternidade, o investigante almeja obter com o exame genético o reconhecimento da filiação; logo, a aplicação das normas do Código Civil resultaria no fato de que o juiz poderia entender suprida a prova de filiação almejada.

Todavia, ao invés de entender como presunção relativa à recusa do exame de DNA, MADALENO (2013, p. 562-563) noticia que, em relação à interpretação das referidas normas da legislação civil, existia, até o advento do art. 2º da Lei 12.004/09, prática forense reiterada e posição na doutrina no sentido de

considerar absoluta a presunção de paternidade gerada pela recusa nas ações de investigação de paternidade.

Em 2009, o legislador criou norma específica sobre o tema nas ações de investigação de paternidade, inserindo, por meio do art. 2º da Lei nº 12.004/09, o art. 2º-A, na Lei nº 8.560/92, cujo parágrafo único determina que “a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

Acerca da inovação legislativa de 2009, FARIAS e ROSENVALD (2012, p. 729-731) comenta que a nova norma não trouxe consequências práticas, apenas passando a presunção judicial do art. 232 do CC/02 a ser presunção legal específica no art. 2º da Lei 12.004/09, permanecendo ela relativa.

Já para MADALENO (2013, p. 562-563), essa inovação foi importante para pacificar o tema de que a presunção gerada pela recusa ao exame genético deveria considerar o conjunto probatório dos autos, perdendo a noção de absoluta.

No mesmo rumo, DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA (2012, p. 66) entendem importante a alteração legislativa de 2009, pois, segundo eles, a presunção legal relativa não estava prevista na legislação civil, de modo que o entendimento do STJ sumulado no enunciado nº 301 em 2004, no sentido de a recusa ao exame genético gerar presunção relativa de paternidade nas ações de investigação de paternidade, estava em desconformidade com o texto do CC/02.

Nesse panorama, tendo em vista as normas legais atuais, há previsão expressa de presunção relativa de paternidade, no caso de recusa ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, inexistindo dispositivo legal expreso acerca da condução coercitiva do investigado.

Todavia, será que as consequências legais previstas são suficientes para resolver todos os casos de recusa ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade? Parte da doutrina oferece outras medidas como solução para o caso, como será demonstrado mais a frente do presente capítulo.

4.3 A posição adotada pelo STJ e STF

Tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal já se manifestaram no sentido de não ser admissível a condução coercitiva do suposto pai para a realização da prova pericial.

Acerca do tema, o STJ emitiu a Súmula nº 301 que prescreve que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Ademais, conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, o efeito da recusa apenas gera presunção de prova desfavorável ao réu, devendo ser apreciada no conjunto probatório.

Nesse panorama, a súmula agrava a situação do investigante quando se trata de *hard cases*, pois, nessas situações, considerando que a prova é de difícil produção, a recusa gerará mera presunção relativa que, desacompanha de outros indícios de paternidade, implicará na improcedência do pedido do autor, a exemplo do ocorrido no Recurso Especial n. 692.242-MG da 3ª Turma do STJ, como se pode verificar na ementa a seguir:

Direito de família e processual civil. Recurso especial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Ausência injustificada do réu. Presunção de paternidade. Falta de provas indiciárias.
[...]

- Apesar da Súmula 301/STJ ter feito referência à presunção *juris tantum* de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudenciais que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2005)

Ressalta-se a observação de LÔBO (2011, p. 231) de que a Súmula nº 301 do STJ somente é aplicável se não tiver caracterizada a filiação socioafetiva.

Já quanto à posição adotada pelo STF, destacam-se três julgados sobre a matéria.

O primeiro precedente é o *Habeas Corpus* nº 71.373-RS (BRASIL, 1996), em que, por uma maioria apertada de votos, de cinco a quatro, o Tribunal Pleno do STF posicionou-se contra a obrigação do suposto pai em submeter-se ao exame pericial com finalidade de buscar a paternidade, ao fundamento de que são asseguradas ao investigado as garantias da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução indireta das obrigações de fazer. Essa manifestação do STF foi provocada em razão dos magistrados, em primeira e segunda instância da Justiça do Rio Grande do Sul, terem determinado a condução forçada do réu para a produção da prova.

Destaca-se da posição vencedora no julgamento do *Habeas Corpus* nº 71.373-RS, o voto do ministro Marco Aurélio acerca da medida aplicável à recusa ao exame de DNA pelo investigado:

No caso concreto, o Juízo competente, que é o da investigação de paternidade, saberá dar à recusa do Réu, ora Paciente, o efeito jurídico-processual mais consentâneo, isto no âmbito da prova e da distribuição respectiva, afastada a execução específica e direta da obrigação de fazer. [...] A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida, e a recusa do réu. (BRASIL, 1996)

Por outro lado, sobressai da posição vencida nesse julgamento o voto do ministro relator Francisco Rezek, que entendeu inexistir qualquer lesão a direitos fundamentais do investigado no caso de haver sua condução coercitiva, como se pode notar do seguinte excerto:

[...] 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 direitos. Estou em 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. [...] Lembra o impetrante que não existe lei que o obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao artigo 5º, II, da CF. [...] Mas não me parece, ante a ordem jurídica da república neste final de século, que isso frustre a legítima vontade do juízo de apurar a verdade real. [...] Um último dispositivo constitucional pertinente que o investigado diz ter sido objeto de afronta é o que tutela a intimidade, no inciso X do art. 5º. A propósito, observou o parecer do Ministério Público: "a afirmação, ou não, do vínculo familiar não se pode opor ao direito ao próprio recato. Assim, a dita intimidade de um não pode escudá-lo à pretensão do outro de tê-lo como gerado pelo primeiro", e mais a Constituição impõe como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda a forma de negligência [...]. (BRASIL, 1996)

Posteriormente, no *Habeas Corpus* nº 76.060-SC (BRASIL, 1998), cujo relator fora o ministro Sepúlveda Pertence, o STF novamente julgou improcedente a tentativa de realizar a condução compulsória do suposto pai à perícia genética; contudo, o relator ressaltou a atipicidade da situação, já que o exame de DNA era requerido apenas como prova de reforço. Ademais, o relator explicitou no seu voto a solução dada pelo direito comparado. Segundo as informações colhidas por ele, na França, na Itália e na Espanha, a recusa somente terá efeito na apreciação das

provas pelo juiz; enquanto na Inglaterra, conduz necessariamente a perda do processo, por ser considerado que essa atitude se amolda na obstrução da busca pela prova; já na Alemanha, nos Estados Unidos e nos países nórdicos, desde que a prova genética seja essencial à análise da filiação, há sujeição obrigatória ao exame.

Finalmente, na Reclamação nº 2.040 (Questão de Ordem), de relatoria do ministro Néri da Silveira (BRASIL, 2003), o Tribunal Pleno do STF determinou a realização do exame de DNA para averiguação da paternidade do nascituro, ainda que contrária à vontade da mãe deste.

A reclamação tratava do caso da cantora Glória Trevi, que, ao aparecer grávida na carceragem da Polícia Federal, afirmou ter sido vítima de estupro. Após ponderação dos princípios e direitos fundamentais em colisão, os ministros, por maioria, determinaram a coleta do material biológico da placenta a fim de que se procedesse à realização do exame de DNA. O relator observou que “isso acontecerá sem invasão atual à sua integridade física, ou do filho há pouco nascido, eis que o exame de DNA se fará com material da placenta do filho da reclamante, que se encontra recolhida no Hospital, por decisão judicial”. Tal decisão visou assegurar a moralidade pública, a persecução penal pública e a segurança pública, que são considerados como bens jurídicos da comunidade, bem como o direito à honra e à imagem dos policiais federais, e o direito à imagem da própria instituição federal, em detrimento dos direitos à intimidade e à preservação da identidade do pai da criança.

Nota-se que, na Reclamação nº 2.040, o ministro relator observou que a hipótese tratada era diferente da abordada nos *Habeas Corpus* nº 71.373 e nº 76.060, ao fundamento de que “não se cuida de ação de investigação de paternidade ou de submeter o pai investigado, réu na ação, ao exame de DNA, contra sua vontade”.

Acerca dos fundamentos apresentados pelo ministro relator na referida reclamação, a jurista SOUZA aponta contradições, criticando-as da seguinte forma:

Teria, então, o Ministro mudado o seu posicionamento? Não, ele mesmo o afirma dizendo a hipótese dos autos é completamente diferente dos problemas discutidos nos habeas corpus 71373 e 76060-4, porquanto no caso tratado não haveria colisão de direitos fundamentais, já que ao lado do resguardo à honra dos policiais colocar-se-ia, sem qualquer oposição, o direito do filho ao reconhecimento da paternidade. Logo depois, contudo, o próprio Ministro afasta a questão da determinação da paternidade, dizendo tratar-se de direito de família, cuja aplicação nas circunstâncias não seria adequada, tendo em vista a finalidade isolada de persecução penal que o pedido envolvia. (2005, p. 144)

Segundo SOUZA, a solução diferenciada aplicada pelo STF nessa reclamação ocorreu em razão do interesse público em descobrir a autoria das faltas cometidas na carceragem e não pelo fundamento utilizado de direito à paternidade. Segue transcrita a interpretação crítica da referida jurista:

Parece, data venia, que a motivação concernente ao interesse público em se descobrir a autoria das faltas cometidas na carceragem foi preponderante para a decisão, utilizando-se o direito à paternidade como um fundamento que sensibilizaria e, talvez, legitimaria a postura de deferir a análise coativa do material genético, atitude que, sabe-se, no direito de família, nunca fez parte da jurisprudência do Supremo. Deve-se, então, repudiar este entendimento, principalmente pela proteção desconexa e incoerente no que diz respeito aos interesses do filho. (2005, p. 144)

Assim, verifica-se que a jurisprudência do STJ e do STF é no sentido de não se permitir a condução coercitiva do investigado no caso de recusa do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, destacando-se que, no STF, há o precedente diferenciado referente à Reclamação nº 2.040, que determinou a realização do exame de DNA, apesar da vontade contrária da mãe do nascituro.

4.4 Outras possíveis soluções encontradas para o caso da recusa do investigado a submeter-se ao exame de DNA

Apesar do entendimento jurisprudencial do STF e do STJ, há interpretações diferenciadas na doutrina acerca do resultado a ser obtido da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso da recusa do investigado ao exame genético compulsório.

Há juristas que, contrariando a jurisprudência do STJ e STF, entendem que a medida mais proporcional e efetiva no caso de recusa do investigado ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade seria a determinação compulsória da perícia genética. Nesse rumo, WELTER (2010), AHMAD (2009) e TEIXEIRA e RABELO (2012). A propósito:

Em razão da difícil aplicação do princípio da ponderação à colisão de direitos fundamentais envolvidos nas ações investigatórias de paternidade, a discussão essencial deve ser concentrada na ponderação entre o direito do investigante e a sua identidade genética (e não apenas a paternidade presumida) e do investigado e a sua intangibilidade física.

O direito constitucional que o investigante tem de conhecer sua ancestralidade genética, e não apenas o direito à paternidade fundada em uma presunção processual, tem, indiscutivelmente, maior peso frente a uma gota de sangue, um fio de cabelo ou uma gotícula de saliva do investigado. Conseqüentemente, não resta dúvida de que o primeiro se sobrepõe ao segundo, em razão das condições do caso concreto. Destarte, o suposto sacrifício imposto à integridade física do investigado é, em última análise, risível diante do direito do investigante de conhecer sua origem genética, direito este decorrente da própria extensão do valor fundante da dignidade da pessoa humana. (AHMAD, 2009, p. 131)

Pertinente a consideração que TEIXEIRA e RABELO (2012, p. 95-96) fazem acerca da aplicação dos arts. 232 do CC/02 e 2º-A da Lei nº 8.560/92. Segundo eles, há duas hipóteses relativas às ações investigatórias, quais sejam: os casos em que o investigante tem apenas indícios da sua ascendência biológica e outros em que tem certeza, nesta última hipótese a prova pericial seria desnecessária, sendo suficiente a presunção para eliminar a controvérsia.

Existe, ainda, corrente no sentido de que a proibição de condução coercitiva do investigado ao exame de DNA somente poderia ser aplicada nos casos de investigação de paternidade, diferenciando-os dos casos de ação de investigação de ascendência genética, também denominada de investigação de origem genética. Para essa corrente, a realização do exame de DNA possui meios pouco agressivos ao investigado e negar o conhecimento do investigante de sua origem genética seria tão lesivo quanto a condução coercitiva do investigado ao exame genético.

Sendo assim, há entendimento de que não se poderia negar previamente a possibilidade de exame compulsório nas ações de investigação de origem genética, devendo ser consideradas as peculiaridades do caso concreto. Nesse sentido:

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 fundamentou-se em garantias constitucionais do indivíduo (princípios e direitos da personalidade), para imunizá-lo do exame de DNA, determinado por ordem judicial. Porém, seria lesivo à dignidade da pessoa humana e invasivo da intimidade, submeter alguém ao exame, extraindo-lhe uma gota de sangue, um cabelo ou um fragmento de unha? A orientação do STF é correta quanto ao impedimento que provoca da 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 intuito exclusivo de tutela do direito da personalidade do interessado, fundado no mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que não produza efeitos 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 a exame. Apenas o caso concreto indicará quando um deverá prevalecer sobre o outro. (LÔBO, 2004, p. 526-527).

Já a jurista FEIJÓ (2007) defende a determinação da condução coercitiva do investigado à realização do exame genético quando o investigado almeja obter o conhecimento de sua identidade genética, não fazendo a ressalva quanto às peculiaridades do caso concreto. Consoante ela, essa possibilidade de exame compulsório para fins de identificação genética deriva da própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, como se pode verificar do seguinte comentário da autora:

A realização coercitiva da prova pericial no DNA para fins de identificação genética não corresponde à hipótese de lacuna da lei, mas à interpretação sistemática do ordenamento jurídico com base nos arts. 130, 332, 339 e 340, inc. III, do CPC, compaginados com os arts. 1º, inc. III, 5º, caput, 226, §7º, 227, caput e §§6º e 7º, da CR/88; art. 7º - 1. da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989; art. 2º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997 e art. 27 da Lei n 8.069/90. (2007, p. 259)

Por sua vez, DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA (2012, p. 67-68) afirmam que nas ações de investigação de ascendência genética é inservível a presunção do art. 232 do CC/02, tampouco é aplicável a presunção prevista no art. 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 8.560/92, que se refere especificamente às ações de investigação de paternidade, de modo que a melhor solução seria determinar as medidas executivas que o magistrado reputar necessárias, nos termos do art. 461, §5º, do CPC, a exemplo da expedição de ordem, sob pena de multa diária.

Por outro lado, há doutrinadores que distinguem as ações de investigação de filiação promovidas pelo filho das que são promovidas pelos pais.

No caso da recusa à realização do exame de DNA quando o investigado é o filho, GRECO defende a possibilidade de condução coercitiva do investigado:

No processo civil, normalmente só um dos interesses em jogo é indisponível e, no caso, o é o direito do filho de investigar a sua paternidade. O direito do pai de recusar a paternidade é disponível, sendo que ele tem o ônus de colaborar com a apuração da verdade, sofrendo as consequências no caso da recusa, que serão as decorrentes da presunção de veracidade dos fatos contra ele afirmados.

Imagine-se a hipótese contrária, em que o pai propôs em face do suposto filho ação negatória de paternidade. O réu, que é o filho, pode recusar-se ao exame de DNA? A esse respeito, há duas correntes. A primeira responde afirmativamente, justificando que o autor deve comprovar a inexistência da paternidade por outros meios. O juiz poderia autorizar uma medida cautelar de busca e apreensão do suposto filho para que comparecesse a um laboratório, para ter a sua pele levemente raspada ou um fio de cabelo extraído? Isso violaria a privacidade do réu ou o seu direito de dispor do próprio corpo? Ao contrário do que pensa essa primeira corrente, acredito que não, pois dispor do próprio corpo seria se parte dele fosse mutilada, ou violaria a sua intimidade se fosse preciso que o réu expusesse o seu próprio pudor. A meu ver, nesses casos, acompanhando a segunda corrente, penso que o juiz pode de ofício determinar a realização do exame de DNA. [...] Deve-se reiterar que, em regra, no processo civil, a disponibilidade é apenas do direito de uma das partes e, portanto, essa atividade mais intensa do juiz deve dar-se apenas no sentido da conservação do direito indisponível, e não no sentido contrário. (2013, p. 460-461)

Diferentemente da posição acima, SOUZA (2005, p. 176) entende que, em nenhuma hipótese, poderá o filho investigado nas ações filiatórias ser coagido ao exame de DNA.

Ademais, segundo a autora SOUZA (2005, p. 172-178) os efeitos da recusa do investigado filho podem ser diferenciados a depender das peculiaridades do caso. Ela distingue três situações, quais sejam: a que o filho investigado somente tem a maternidade registrada, a que o filho investigado tem pai socioafetivo e as ações de desconstituição de paternidade. Na primeira hipótese, a recusa do filho terá os mesmos efeitos jurídicos da recusa do pai investigado, devendo analisar a recusa em conjunto com as demais provas dos autos. Nas duas últimas hipóteses, porém, o efeito da recusa será diferente. Na segunda hipótese, ainda que haja a recusa do filho investigado, deve-se proteger a situação fática de paternidade afetiva. Por fim, no caso de ações desconstitutivas de paternidade, ainda que haja recusa do filho investigado, deve ser mantido o estado jurídico ocupado pelo filho, em prol da proteção integral da criança e da dignidade da pessoa humana.

Há ainda quem entenda que a recusa ao exame de DNA por parentes consanguíneos do investigado e a recusa do filho não podem gerar presunção de existência ou inexistência de filiação por ausência de previsão legal. Nessa linha:

[...] é justamente a ausência de lei regulando a presunção de paternidade diante da recusa dos parentes consanguíneos do investigado que infirma concluir seja inconstitucional presumir um elo de filiação, ou de confissão de negativa de paternidade, se o filho, ou os parentes do réu se negarem a realizar a perícia genética, sendo princípio constitucional intransponível, que ninguém está obrigado a fazer o que a lei não manda. (MADALENO, 2013, p. 567-568)

Também há entendimento de que a recusa da mãe em submeter seu filho ao exame de DNA em ação declaratória de paternidade poderá ter efeitos distintos da presunção de paternidade, nessa situação MADALENO assevera que:

[...] compete ao julgador ponderar em prol do interesse maior da criança que tem o direito de vincular sua origem e conviver com um pai que quer exercer sua função parental, não podendo prevalecer, salvo motivos imperiosos de força maior, ou fatos compreensíveis que justifiquem a omissão materna na pesquisa da paternidade, um sentimento egoísta e de posse de uma mãe que simplesmente coloca seus motivos pessoais sobre os interesses do filho que não advém de uma reprodução unilateral.

[...] A base da decisão judicial deverá preponderar sempre sobre os interesses superiores da criança ou do adolescente, vingando a presunção de inexistência de filiação diante da recusa do filho ou da mãe em realizar o DNA, se, por exemplo, essa criança mantém uma relação de filiação socioafetiva com outra pessoa a quem chama de pai. (2013, p. 569-570)

Por fim, há doutrina que defende que a melhor solução, nos casos de recusa ao exame de DNA pelo investigado nas ações de investigação de paternidade, não seria o exame compulsório, nem aplicação de multa, mas sim “dispor que a recusa constitui crime de desobediência, sujeitando-se o insubmisso às punições previstas na lei penal, aplicáveis em ação penal própria” (ARRUDA e PARREIRA, 2000, p. 158).

4.5 A busca por uma solução jurídica proporcional e efetiva no caso da recusa do investigado a submeter-se ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade

Primeiramente, como já salientado, são diferentes as ações de investigação de paternidade e as de investigação de origem genética, de modo que o entendimento jurisprudencial do STF, de que não seria possível a condução coercitiva do investigado ao exame de DNA, bem como do STJ, de que seria aplicável presunção relativa de paternidade ante a recusa do investigado, foi aplicado por esses tribunais nas ações de investigação de paternidade.

Com acerto, conforme mencionado no item anterior, parte da doutrina entende que referido entendimento jurisprudencial não seria aplicável no caso das ações de investigação de origem genética, pois o direito pretendido pelo investigante somente é obtido com a realização do exame de DNA, ainda que coercitivamente,

tendo em vista a certeza da paternidade biológica proporcionada por ele. Com efeito, “estamos discorrendo sobre a existência de um direito à identidade biológica que não se confunde com o direito à filiação, somente verificável com uma certeza respaldada na verdade científica, a partir do exame pericial no DNA” (FEIJÓ, 2007, p. 154).

Assim, no caso das ações de investigação de origem genética, medidas como a determinação do exame genético compulsório ou a aplicação de multa diária são proporcionais para a obtenção do direito à identidade biológica buscada na ação, sendo o processo efetivo.

Já especificamente quanto às ações de investigação de paternidade, será que a posição da jurisprudência do STF e do STJ é a mais acertada? Verifica-se que a depender do caso, o entendimento jurisprudencial mostra-se desproporcional e não efetivo.

Nas ações de investigação de paternidade, o direito pretendido é a determinação do vínculo de filiação que tem o afeto como principal critério para tanto. Todavia, nos casos em que a pessoa não possui paternidade socioafetiva, nem legal, o critério da paternidade biológica sobressai para a sua definição.

Nas ações de investigação de paternidade em que se busca determinar o vínculo de filiação pelo critério biológico, o exame de DNA é o meio mais efetivo ante a verdade científica proporcionada por ele. Ainda que se considere que, em geral, seja desproporcional a realização compulsória da perícia genética, dada a possibilidade de se solucionar o caso por meio de presunção de paternidade, isso não é possível em todos os casos.

Há casos em que a presunção de paternidade prevista na Súmula nº 301 do STJ e no art. 2º-A da Lei nº 8.560/92 não é possível de ser aplicada, como bem ilustram TEIXEIRA e RABELO:

Imagine-se, então, um caso em que a ação é ajuizada contra dois réus que, apesar de reconhecerem que mantiveram relações sexuais com a genitora do autor da demanda no período aproximado da concepção, se recusam a realizar o exame de DNA. Como deverá o juiz valorar tal recusa? Reconhecendo que cada réu é 50% pai do investigante? (2012, p. 88)

Também no mesmo sentido de não ser aplicada a presunção de paternidade, gerando a improcedência do pedido, já foi noticiado no presente

trabalho o caso do Recurso Especial n. 692.242-MG da 3ª Turma do STJ (BRASIL, 2005), tendo em vista a falta de indícios a amparar a presunção.

Por outro lado, como bem asseverado por AHMAD (2009, p. 127-130), há diversos exemplos atuais em que os direitos fundamentais que amparam o interesse do investigado são mitigados, tais como: obrigatoriedade da apresentação de perícia médica para fins de interdição, em detrimento da autonomia da vontade e liberdade de escolha; prisão civil por inadimplemento da prestação alimentícia, na qual o alimentante tem restringido o seu direito à liberdade e à dignidade; transfusão de sangue por ordem judicial, em detrimento da liberdade de escolha, autonomia da vontade, intangibilidade física e liberdade de crença religiosa; vacinação forçada em prol da saúde em detrimento da liberdade de escolha, autonomia da vontade e intangibilidade física; e, medida cautelar de separação de corpos ou afastamento temporário da morada do casal, usando a força na sua retirada.

Ademais, há um interesse público na determinação da paternidade, como bem comentado por FEIJÓ:

De modo mediato, há um certo grau de interesse público, relativamente ao respeito à dignidade da pessoa humana e à prestação de assistência material e moral, evitando-se o abandono de pessoas, que acaba refletindo na assistência social, quando à busca pela filiação biológica não preceda o estabelecimento de qualquer outro vínculo de filiação, e também no que se refere à possibilidade de evitar casamento consanguíneo e incestuoso, além da prevenção ou do tratamento de doenças geneticamente transmissíveis. (2007, p. 184)

Acrescenta-se, ainda, que muito se evoluiu na realização do exame de DNA, havendo meios pouco lesivos ao investigado, a exemplo de coleta de material a partir da raiz do cabelo ou saliva, “que não representam sequer risível lesão corporal” (WELTER, 2010, p. 83).

Nesse contexto, nos casos de ação de investigação de paternidade nos quais a perícia genética é o único meio de se obter indícios ou provas acerca da paternidade, sob pena de a não realização dela gerar a improcedência do pedido por falta de provas, verifica-se que a desproporcionalidade da medida de se vedar a condução coercitiva do investigado ao exame de DNA, gerando a inefetividade do processo, e, com isso, permanecerá o investigante sem paternidade definida, pairando a dúvida se o investigado é ou não o pai biológico.

Desse modo, apesar da determinação compulsória da perícia genética causar risível lesão ao investigado, sua proibição nos casos de difícil obtenção da prova da paternidade causará o sacrifício total do direito de identidade e paternidade do investigante; sendo assim, a produção dessa prova, ainda que coercitivamente, torna-se a medida menos gravosa. Nessas situações, em que a paternidade somente pode ser determinada pelo critério biológico e não haja outro meio de obtenção de prova, o entendimento de que seja possível a perícia compulsória de DNA nas ações de investigação de paternidade, como defendido por WELTER (2010), AHMAD (2009) e TEIXEIRA e RABELO (2012), é a medida mais proporcional e efetiva.

Em suma, nos casos em que o exame de DNA seja o único meio de se obter a paternidade, sua realização, ainda que coercitiva, mostra-se imprescindível para a obtenção de uma sentença justa, proporcional e efetiva nas ações de investigação de paternidade. Logo, deve ser revisto o instituto tradicional da prova pericial diante dos avanços tecnológicos obtidos pela ciência, como CAMBI bem apercebeu:

A complexidade da vida econômica encontrou no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em conjunto com o exame de DNA e do reconhecimento da paternidade socioafetiva, um alicerce para a atualização do direito, **exigindo dos operadores jurídicos a revisitação dos conceitos tradicionais de causa de pedir, prova e coisa julgada, a fim de que o direito à filiação, biológica ou socioafetivo, bem como o direito personalíssimo à origem genética, social e cultural, não ficassem privados de tutelas jurisdicionais adequadas e efetivas.** (2001, p. 78) (grifo nosso).

CONCLUSÃO

A prova tem um papel importante no processo para a obtenção da pacificação social, de modo que, por meio dela, as partes demonstram ao juízo a verdade sobre os fatos em litígio. Quanto à prova nas ações de investigação de paternidade, havia grandes dificuldades na sua produção, por envolver fatos controvertidos da intimidade e privacidade dos litigantes, até o advento do exame de DNA.

Realmente, a prova genética de DNA revolucionou o sistema probatório nas ações de investigação de paternidade, permitindo a obtenção de resultados com alto nível de certeza científica, sendo assim, um meio efetivo de se buscar a verdade tão almejada em qualquer processo.

Sob o aspecto de acesso à justiça, conquanto o exame de DNA seja prova pericial que, em tese, implica maior demanda de tempo e no aumento dos custos, ao considerar o processo como um todo e as dificuldades de produção probatória nas ações de investigação de paternidade, sua realização é um elemento importante para a pacificação do conflito, proporcionando efetividade ao processo, quando o critério biológico for o determinante para a definição da paternidade.

Nesse contexto, há a polêmica relacionada ao exame de DNA na situação de o suposto pai recusar-se a submeter à perícia genética e as medidas processuais a serem tomadas ante essa conduta.

Essa situação envolve conflito de interesses entre o investigador em realizar o exame genético, ainda que coercitivamente, e o investigado em não se submeter a ele, gerando colisão de princípios e direitos fundamentais.

Considerando as normas jurídicas existentes (arts. 231 e 232 do CC/02 e art. 2º da Lei nº 12.004/09), a medida a ser tomada ante essa recusa é a aplicação da presunção relativa de paternidade, considerando o conjunto probatório produzido nos autos. No mesmo sentido é a jurisprudência do STF e do STJ que, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, o STF entende ser vedada a realização compulsória do exame genético (HC's nº 71.373-RS e nº 76.060-SC do STF), e o STJ, por sua vez, entende ser aplicável ao caso a presunção relativa de paternidade (Súmula nº 301/STJ).

Todavia, tal entendimento recebe diversas críticas e observações na doutrina. Dentre as principais, há a de que a orientação jurisprudencial do STF e do STJ acima citada não se aplicaria às ações de investigação de origem genética, na qual seria possível a condução coercitiva do investigado ou aplicação de medidas executivas previstas no art. 461, §5º, do CPC, a exemplo da multa diária. Há entendimento de que a proibição de exame genético compulsório não seria aplicada ao investigado filho; por outro lado, há quem entenda que em nenhuma hipótese poderia o investigado filho ser coagido ao exame de DNA nas ações filiatórias. Ademais, existe observação de que a presunção de paternidade não poderia ser aplicada nos casos de recusa ao exame genético pelo filho ou parentes consanguíneos; já quando a recusa é da mãe em submeter seu filho à perícia genética, a aplicação ou não da presunção de paternidade dependeria do caso concreto e do interesse maior da criança. Ainda, há quem defenda que a recusa ao exame de DNA constituiria crime de desobediência. Por fim, existe corrente que afirma que a condução coercitiva do investigado nas ações de investigação de paternidade seria possível, tendo em vista que deveria prevalecer na ponderação dos princípios e direitos fundamentais em colisão os relacionados ao investigante.

Após todo o estudo acerca do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade e da situação de recusa pelo investigado, verifica-se a inefetividade da solução atual da lei e da jurisprudência do STF e do STJ nos *hard cases* relativos à investigação de paternidade. Ponderando-se os princípios e direitos fundamentais em colisão, verifica-se a insignificância da lesão causada ao investigado pela coleta do material genético ante o sacrifício total do direito de identidade e paternidade do investigante, nos casos em que a paternidade somente pode ser determinada pelo critério biológico e a perícia genética seja o único meio de se obter indícios ou provas, sob pena de a não realização do exame de DNA gerar a improcedência do pedido por falta de provas.

Logo, nos casos em que o exame de DNA seja o único meio de se obter a paternidade, sua realização, ainda que coercitiva, mostra-se imprescindível para que seja proferida uma decisão realmente justa, proporcional e efetiva.

REFERÊNCIAS

AHMAD, Roseli Borin Ramadan. *Identidade genética e exame de DNA*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Ajuris*, Porto Alegre, n° 29, p. 77-94, nov. 1983.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 07 de abr. de 2014.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 de abr. de 2014.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 07 de abr. de 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de abr. de 2014.

_____. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em 07 de abr. de 2014.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 07 de abr. de 2014.

_____. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em 07 de abr. de 2014.

_____. Lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm>. Acesso em 07 de abr. de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 397.013-MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ 09.12.2003, p. 279. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101874989&dt_publicacao=09/12/2003>. Acesso em 07 mar. 2014.

_____. Recurso Especial n. 878.941-DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ 17/09/2007 p. 267. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=878941&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 15 mar. 2014.

_____. Recurso Especial n. 208.582-PR. Relator: Ministro Castro Filho. DJ 23/05/2005, p. 265. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900242823&dt_publicacao=23/05/2005>. Acesso em 07 mar. 2014.

_____. Recurso Especial n. 1.292.637-RS. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJe 16.12.2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102741871&dt_publicacao=16/12/2013>. Acesso em 07 mar. 2014.

_____. Recurso Especial n. 241.886-GO. Relator: Ministro Jorge Scartezini. DJ 27.09.2004, p. 360. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199901140838&dt_publicacao=27/09/2004>. Acesso em 13 mar. 2014.

_____. Recurso Especial n. 692.242-MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ 12.09.05, p. 327. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401330711&dt_publicacao=12/09/2005>. Acesso em 15 mar. 2014.

_____. *Súmula nº 232*. A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=232&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 07 abr. 2014.

_____. *Súmula nº 301*. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=301&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 07 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 363.889-DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe 16.12.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28363889%20ENUME%2E+OU+363889%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/crlmzy8>>. Acesso em 07 mar. 2014.

_____. Recurso Extraordinário n. 224.775-MS. Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ 24.05.02, p. 69. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28224775%20ENUME%2E+OU+224775%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/azy86bn>>. Acesso em 13 mar. 2014.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.394/AM. Relator: Ministro Eros Grau. DJ 24.08.07, p. 99. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adi%29%283394%2ENUME%2E+OU+3394%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o4y542k>>. Acesso em 13 mar. 2014.

_____. Habeas Corpus n. 71.373-RS. Relator: Ministro Francisco Rezek. DJU 22.11.96, p. 45686. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%29%2871373%2ENUME%2E+OU+71373%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nt6rhov>>. Acesso em 15 mar. 2014.

_____. Habeas Corpus n. 76.060-SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 130. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%29%2876060%2ENUME%2E+OU+76060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nlyr2jv>>. Acesso em 15 mar. 2014.

_____. Reclamação n. 2.040 (Questão de Ordem). Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ 27.06.03, p. 129. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28rc%29%282040%2ENUME%2E+OU+2040%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p9bo9mo>>. Acesso em 15 mar. 2014.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 3).

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 2.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Direito das Famílias. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 6.

FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*. Caxias do Sul: Plenum, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

GRECO, Leonardo. *Instituição de processo civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 1.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil, v. 2)

_____. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil, v. 1)

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2007.032890-9/0000-00. Relator: Desembargador Josué de Oliveira. DJ 23.04.2008. Disponível em <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/index.jsp?tpClasse=J&clDocumento=&deEmenta=&nuProcesso=2007032890900000&deClasse=&cdClasse=&deOrgaoJulgador=&cdOrgaoJulgador=&nmRelator=&cdRelator=&dtInicio=&dtTermino=&acordaos=true&Submit=Pesquisar&Origem=1&rbCritérioEmenta=TODAS&rbCritérioBuscaLivre=TODAS>>. Acesso em 13 mar. 2014.

MICHAELIS. Moderno Dicionário da língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Acesso em 27 fev. 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2013.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. *As provas como instrumentos de efetividade no processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

SOUZA, Ionete de Magalhães. *Perícia genética paterna e acesso à justiça: uma análise constitucional*. 3ª ed. Leme: J. H. Mizuno, 2013.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

TEIXEIRA, Leonardo Platais Brasil; RABELO, Manoel Alves. Realização compulsória do exame de DNA na investigação de paternidade: uma visão crítica da jurisprudência brasileira. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3: 79-99, aug.-dec., 2012. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=63>. Acesso em 02 abr. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, tomo II.

_____. Os princípios do Direito Processual Civil e o Processo do Trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de (coord.). *Compêndio de direito processual do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Prova – princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. I, n. 3, p. 05-23, out./dez., 1999.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. I.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *Investigação de paternidade*. 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, tomo I.