

Ação de investigação de paternidade. Exame hematológico (DNA). Não constitui constrangimento ilegal a realização da perícia que exige a colaboração da parte para a retirada, levada a efeito por médico, do seu sangue. Prova de natureza científica que não atenta contra a moral ou os bons costumes. Recusa injustificada que se traduz em abuso de direito. Legitimidade de condução coercitiva do investigado para que seja compelido a fornecer o material necessário para a efetivação da perícia médica.

Proc. No.: 2001.031.004524-2

MM. Dr. Juiz,

“Resta indisputado que o direito de família e, especificamente, a identificação da paternidade, foi a área do direito que mais evoluiu com a descoberta do teste de DNA.

(...)...passou-se a acreditar em “busca da real paternidade” enquanto alhures, mesmo com sentenças, acórdãos e coisa julgada, esta permanecia sempre no movediço terreno do “talvez”. ” (grifamos)

Schonblum, Paulo Maximilian Wihelm *in* *Temas Polêmicos do Direito de Família*, Ed. Freitas Bastos, 10 Edição, 2003, Rio de Janeiro, pág. 39.

Trata-se de ação investigatória de paternidade aforada por Geisa Antônia de Sá, representada por sua genitora Marlúcia Antônia de Sá, em face de Getúlio José da Silva.

O Ministério Público elaborou relatório circunstanciado às fls. 40/41, ora acolhido, opinando que a desídia da parte ré, em tema de direitos indisponíveis, não produz o efeito principal da revelia. Acrescentou que, nada obstante o comando do art. 232 do Código Civil, a presunção relativa deve ser aferida de conformidade com o conjunto probatório.

Contudo, nos termos da Promoção *supra* referida:

“Pela análise das provas coligidas aos autos, percebe-se que a mesma é nebulosa no tocante à prova da paternidade da réu, uma vez que genitora da autora, pelo que se depreende dos depoimentos prestados às fls. 35 e 36, manteve com o réu e com pessoa chamada Paulo, relacionamentos bastante próximos, chegando mesmo a afirmar que des-

cobriu que estava grávida um mês após ao reatamento com o réu, logo após terminar o relacionamento com Paulo.

Ademais, afirma a autora que possui uma filha com o réu, reconhecida por ele, porém não junta cópia da certidão de nascimento.

Em vista do exposto e visando buscar a verdade acerca dos fatos, a fim de resguardar os interesses da autora, requer o Ministério Público a designação de audiência como última tentativa de viabilizar a realização do exame de DNA, intimando-se o réu. "

Designada a audiência requerida, o réu não atendeu ao chamado judicial conforme certidão de fls. 48.

Às fls. 54 foi ouvida mais uma testemunha, companheira do irmão da genitora, tendo sido declarado que o relacionamento desta com Paulo terminou mais de um ano antes da gravidez de Geisa bem como foi informado que o Réu trata a menor como sua filha, encontrando nesta reciprocidade.

Às fls. 56/58 a autora ofereceu alegações finais requerendo a procedência do pedido ante a prova oral e documental produzida.

Do confronto do depoimento de fls. 54 com os de fls. 55 há um choque de versões.

Declara a genitora: *"que logo após a separação com Paulo voltou com o réu e engravidou (...) que ao final do relacionamento com Paulo não mais mantinham relações sexuais, razão pela qual tem a depoente certeza de que a filha é de Getúlio; que ficou sabendo que estava grávida de Geisa mais ou menos um mês após o início do relacionamento com Getúlio. "(grifamos)*

Já a companheira do irmão da genitora afirma: *"que sabe que Marlúcia morou com um tal de Paulo, mas que esse relacionamento terminou mais de um ano antes da gravidez de Geisa." (grifamos)*

A terceira testemunha somente acrescentou impressão pessoal de que a autora seria parecida com o réu pelos olhos, testa e cabelo.

Este o quadro fático.

A declaração de paternidade não pode decorrer da desídia do investigado, sob pena de constituir punição que findará por incidir sobre o investigante.

Consignando a orientação das Cortes Superiores, por deferência aos precedentes, permite-se o *Parquet*, por respeito à consciência, opinar pela condução do investigado para realização da perícia.

Antes, porém, cumpre colacionar a nota de rodapé produzida por Paulo Maximilian Wilhelm Shconblum que, não obstante conclua em sentido diverso do aqui sustentado, reconhece:

"No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, forte é a corrente que entende ser obrigatória a realização do exame. "

.....
"Exame hematológico (DNA). Não constitui constrangimento ilegal a perícia que exige a colaboração da parte para a retirada, feita por médico, do seu sangue para exame. Perícia admitida, no saneador há de ser feita antes da audiência da ação ordinária." T J/ RJ - 10 Câ., Rei. Des. Martinho Campos, Ag.1708/92.

Investigação de paternidade. Prova hematológica. HLA (...) Tratando-se, como se trata, de prova científica que não atenta contra a moral, nem aos bons costumes, ao contrário, profilática em relação a que, por vezes se praticam as investigações de paternidade, têm os autores um lúdimo direito de produzi-la. (TJ/RJ - 70 Câ., Rei. Des. Paulo Roberto de Freitas, Ag.1317/88)."Ob.Cit.Pág.62.

Para tanto, colacionam-se insuspeitas lições.

Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra "Reconhecimento da Paternidade e seus Efeitos", bem percebe que a fixação do tipo sangüíneo em termos tão precisos resulta em "elemento de convicção definitivo de hereditariedade biológica." *apud* Peña de Moraes, Guilherme in Direitos Fundamentais - Conflitos & Soluções, 1ª Edição, Labor Juris, 2000, pág. 76.

Como salienta o Ministro **Moreira Alves**, os direitos fundamentais não podem ser utilizados como escudo protetor para a prática de ilícitos e, acrescentamos, nem de atos imorais.

A doutrina constitucional pós positivista defendida em língua portuguesa, dentre outros, por **Luiz Roberto Barroso, J. J. Gomes Canotilho e Jorge Miranda** soluciona a matéria através da técnica de ponderação de interesses.

Nesse diapasão, preciosa é a lição do eminente **Eros Roberto Grau** acerca da efetividade dos princípios constitucionais:

"Tais princípios, em estado de latência existentes sob cada ordenamento, isto é, sob cada direito posto, repousam no direito pressuposto que a ele corresponda." (grifamos) Grau, Eros Roberto in Despesa Pública - Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas - O princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o Princípio da legalidade da despesa pública. Pág. 134.

Prosegue o Mestre sistematizando a melhor doutrina européia e americana:

"Como porém enfatiza **Robert Alexy**, são também normas os princípios: ambas, princípios e regras afirmam o dever ser; ambas são formuladas a partir da deontologia da expressão básica da ordem. (...) a distinção entre regras e princípios se equaciona como distinção entre duas espécies de norma." (grifamos) Ob. Cit, pág. 135.

.....
"...observa **Dworkin** -e seu pensamento passo a expor- uma distinção lógica apartando os princípios das regras jurídicas.

As regras são aplicáveis por completo ou são ou não são, de modo absoluto aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira - o suporte fático hipotético, o Tatbestand - se verifiquem em uma situação

concreta e, sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada. Já os princípios atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para a sua aplicação se manifestam. "Ob. Cit. Pág. 138.

Reconhecida a normatividade dos princípios os casos de antinomia que entre eles se revelem são superáveis sem crise do sistema jurídico que, justamente por sê-lo, se pretende coerente e internamente harmônico.

Basta interpretar sistematicamente as normas constitucionais. Estas reconhecem valores e princípios que, se em concreto conflitarem entre si, devem ser, também em concreto, compatibilizados pelo Magistrado.

Com tal exercício hermenêutico, não há em doutrina ou jurisprudência quem seriamente sustente ofensa a qualquer dos princípios constitucionais sobre os quais se exerce a ponderação.

Muito ao revés, o hermeneuta acaba por reconhecer-lhes a autoridade na exata medida em que o resultado de sua interpretação importará na superação daquela determinada antinomia e de nenhuma outra mais.

Nos presentes autos trava-se oposição entre a intimidade de um adulto quanto ao direito de não ser tocado, *v.g.*, por uma espátula, e o direito de uma criança saber, com a certeza permitida pela ciência, qual é sua ascendência biológica.

Intuitivo o interesse que deve ceder.

"O sacrifício imposto ao pretense pai é "risível". Min. Francisco Resek, in HC no. 71373-4, voto vencido. *apud* Maria Celina Bodin de Moraes, A recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade in A Nova Família: problemas e perspectivas. Org. Vicente Barreto. Ed. Renovar, 1ª Edição, 1999, Fls. 189.

.....
"...a alegação de que a ínfima quantidade de sangue (...uma única gota de sangue ou um mero fio de cabelo) retirada com a finalidade de comprovar a filiação, violaria integridade física, traz à memória o sofisma infligido à Shylock, o célebre personagem de Shakespear." Ob. Cit, Fls. 189.

Não só por que à criança o Poder Constituinte originário reservou absoluta prioridade como também pelos reflexos diretos quanto ao direito à vida e à efetiva prestação jurisdicional.

Uma flitragem constitucional impede qualquer alegação séria de que a absoluta prioridade constitucionalmente reservada encerre mera exortação. Tal assegura, na expressão do Min. Carlos Ayres Brito, a "salvaguarda da vangurada".

No mesmo sentido leciona o insuspeito Gustavo Tepedino:

“Em sede interpretativa, tais dispositivos constitucionais consubstanciam o que se denominou um deslocamento do objeto da tutela do direito de família; representam, com efeito, a preponderância atribuída, constitucionalmente, aos direitos e interesses de cada um dos membros da família, devendo a “comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, em particular, da criança e do adolescente.” Tededino, Gustavo in A Tutela Jurídica da Filiação. Pág. 231 apud Ob. Cit. Fls. 178 (grifamos).

Quanto ao direito à vida, basta pensar nas doenças geneticamente transmissíveis, desde logo acompanháveis se há certeza quanto à ascendência, bem como os casos de transplante, nos quais o parentesco diminui sensivelmente o risco de rejeição.

Sintetiza Maria Celina Bodin de Moraes, *verbis*:

“...significa não apenas impedir o incesto e possibilitar a aplicação dos impedimentos matrimoniais ou prever e evitar enfermidades hereditárias mas, responsabilmente, estabelecer o vínculo entre o titular do patrimônio genético e sua descendência, assegurar o uso do sobrenome familiar, com sua história e reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres inerentes ao pátrio poder, além das repercussões patrimoniais e sucessórias.” (grifamos) Ob. Cit., Fls. 188

Em atenção ao direito de acesso à justiça, este só pode ser entendido como aquele que realiza pacificação social e esta certamente estará mais próxima se a decisão for acertada. **Dispondo a ciência de um juízo de certeza, não pode o Poder do qual se espera a produção de Justiça operar com presunções.**

Nas famílias arcaicas os filhos não eram considerados sujeitos de direito, restando perpetuamente submetidos à autoridade do chefe da família. Nestes autos, sequer se pretende ser pai, mas se quer gravar o patrimônio genético da investigante com uma espécie de cláusula perene de presunção da origem, marcando para sempre suas futuras gerações, numa eternidade que nem o direito patrimonial ousou permitir.

Nos presentes autos a prova oral é frágil, colhida no núcleo familiar da genitora e ainda assim apresentando as contradições já apontadas.

Em situações tais, precisa é a lição do ilustre Professor e Procurador da República Daniel Sarmento:

“Na nossa opinião, a posição do Min. Sepúlveda Pertence (HC 76.0606/SC) está absolutamente correta. Quando a realização do exame de DNA afigurar-se realmente vital para a identificação da paternidade, será justificável a restrição ao direito à intangibilidade corporal do suposto pai. (no mesmo sentido, Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. 5º Ed São Paulo: Atlas, 1999, p. 607.) Mas quando existirem outros meios de prova, suficientes ao esclarecimento da questão sob o prisma científico, a realização coativa do exame representará constrangimento ilegal. Em outras palavras, o resultado da ponderação de interesses irá variar de acordo com as

circunstancias em que eclodir o conflito entre o direito à incolumidade física e o direito ao reconhecimento do genitor natural, já que ambos possuem dignidade constitucional.” in A ponderação de interesses na Constituição federal, Lumen Juris, 2000, 1ª Ed. Rio de Janeiro, Pág. 187. (grifamos)

O investigado é desidiioso e com tal conduta espera embaraçar os trabalhos do Juízo.

A quem se pretende imputar o resultado do drama?

Procedência ou improcedência importarão na eterna incerteza a afligir o menos responsável pelo quadro que suporta: o descendente.

A este não foi permitido escolher os pais. Por certo o Poder Constituinte Originário não lhe proibiu de ao menos saber com segurança quem são.

Vai nesse sentido a lição de Maria Celina Bodin de Moraes. *Verbis*:

“A integral tutela da criança, em particular de sua dignidade, reflete, nessa medida e ainda hoje, tarefa primária e urgente, da qual decorre, em primeiro lugar, o conhecimento da identidade verdadeira, e não presumida dos progenitores. Núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem no patrimônio do filho, sejam eles direitos de personalidade ou direitos de natureza patrimonial, a paternidade e a maternidade representam as únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de quem somos e de onde viemos.” Ob. Cit., Fls.187/188. (grifamos)

.....
“Saber a verdade sobre sua própria historicidade é direito elementar e fundamental que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.” Osmar Brina, Procurador Geral da República, em parecer relativo à ação de contestação de paternidade julgada procedente no STJ, no REsp. no. 4987-RJ in RSTJ 26/382 apud Ob. Cit., Fls. 188.

Examinando os argumentos vencedores em jurisprudência, as Cortes vêm inadmitindo a obrigatoriedade do exame de DNA por ausência de texto legal que o exija. Vai-se além, considerando que tal lei, caso existisse, seria inconstitucional.

Disseca Maria Celina Bodin:

“Quanto a tal alegação, colhem-se, no voto do Min. Francisco Resek, dois fundamentos legais permissivos da aludida perícia forçada, quais sejam, o do art. 27 do ECA e do art. 339 do CPC. O primeiro estabelece que o reconhecimento do estado de filiação não pode sofrer qualquer restrição, sendo certo que a recusa significará restrição. O segundo estipula que todos têm o dever de colaborar com o Poder Judiciário para o estabelecimento da verdade.

Cita, ainda, o Ministro Resek outros dispositivos processuais, em tema de prova. São eles os arts. 130 e 332 do CPC, que servem a autorizar, de um lado, que o juiz determine as provas que considera necessárias à instrução do processo e, de outro lado, a

admitir não apenas meios legais do processo, mas também meios moralmente legítimos, desde que hábeis a provar a verdade dos fatos em que se funda a ação. Ob. Cit., Pág. 190.

Por fim, é de se reconhecer, mais uma vez com fundamento na lições do insuspeita Professora, que a recusa injustificada constitui abuso de direito:

“trata-se, mais propriamente, de confrontar as duas faces de uma mesma moeda, quais sejam, o aspecto lógico-formal do direito (estrutural) e o aspecto ético-social (funcional), e considerar que o princípio da proibição do abuso do direito atua como limite interno ao próprio direito (subjetivo), o qual somente vigorará para o seu titular se, e enquanto, não for exercido de modo nocivo ao interesse social” Ob. Cit. Pág. 193.

(grifamos).

.....

“Aos que temem a instauração de precedente, a ser evitado a qualquer custo, pode-se opor a consideração de que, na nossa ordem constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece sempre os limites intransponíveis, para além dos quais há apenas ilicitude.” Ob. Cit. Pág. 194. (grifamos).

Por todo o exposto, opina o Ministério Público pela condução coercitiva do investigado para que, seja compelido a fornecer o material necessário à produção da perícia médica.

Maricá, 21 de junho de 04.

Mateus Picanço de Lemos Pinaud
Promotor de Justiça Substituto