



Realização compulsória do exame de DNA na investigação de paternidade: uma visão crítica da jurisprudência brasileira

(Mandatory DNA paternity testing: a critical review of Brazilian jurisprudence)

Leonardo Platais Brasil Teixeira

Lawyer . Student at the LL.M. program of the Federal University of Espírito Santo, Brazil.

Manoel Alves Rabelo

LL.M., S.J.D. Lecturer at the LL.M. program of the Federal University of Espírito Santo, Brazil. Judge in the Appellate Court of Espírito Santo State, Brazil.

Resumo: A jurisprudência brasileira há muito se assentou no sentido de que o suposto pai não pode ser compelido a fornecer o material genético necessário à realização do teste de DNA, já que as garantias constitucionais à intimidade e à inviolabilidade corporal não devem ceder face o direito ao conhecimento da origem biológica. Este artigo procura analisar os fundamentos que embasam esta posição, a fim de verificar se os direitos que sustentam os argumentos do investigante e do investigado vêm sendo corretamente sopesados.

Palavras-chave: DNA, realização, compulsória.

Abstract: Brazilian *jurisprudence* has long settled that it is impossible to compel the alleged father to provide blood or tissue samples needed to perform DNA tests, since the constitutional guarantees of intimacy and corporal inviolability should not be put aside in detriment of one's right to know their biological history. This paper seeks to analyze the fundamentals behind this view in order to verify if the rights that support the plaintiff's and the defendant's arguments are being correctly weighed.

Keywords: DNA, mandatory, testing.



1. Introdução

A prova da paternidade é, sem dúvida, um dos temas mais relevantes nas ações investigatórias¹. Durante muito tempo, os juízos acerca da determinação da paternidade foram feitos apenas com base em elementos indiretos como, por exemplo, o testemunho de que um determinado casal mantinha relações sexuais no período aproximado da concepção. Todavia, o advento dos exames de DNA introduziu uma nova perspectiva neste cenário, haja vista que o juiz passou a contar com um meio probatório que, se bem executado, é capaz de indicar a existência do vínculo genético com probabilidade superior a 99,99%².

O desenvolvimento das modernas técnicas científicas trouxe, contudo, algumas perplexidades no campo processual, notadamente no que pertine à obrigatoriedade de o suposto pai se submeter ao exame determinado judicialmente, já que, neste caso, entra em cena a colisão entre o direito ao reconhecimento da filiação e as garantias individuais à intimidade e à inviolabilidade corporal, todos corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

Após uma vacilação inicial da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, em 1994, afetou o julgamento do *Habeas Corpus* 71.373/RS³ ao plenário da Corte e firmou as bases do entendimento atual sobre a controvérsia, ao decidir que o investigado tem o direito de se recusar a fornecer o material genético necessário para a realização do exame de DNA, mas que

¹ Muito embora haja uma crescente e louvável valorização do vínculo parental sócio-afetivo, consideramos, para os fins deste trabalho, a filiação apenas sob o aspecto genético, até mesmo porque não seria útil a realização de um exame de DNA para a comprovação da paternidade que não decorra da ascendência biológica. Adiantamos, ainda, que os comentários sobre a investigação da paternidade são extensíveis à investigação da maternidade no que for cabível.

² THEODORO JR., Humberto. *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)*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3. São Paulo: Síntese Editora, 1999, p. 11.

³ Supremo Tribunal Federal. HC 71.373/RS. Pleno. Relator: Min. Francisco Rezek. Relator para acórdão: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 10/11/1994. DJ 18/11/1994.



a sua inércia poderá, diante do conjunto probatório, ser reputada como uma presunção da paternidade.

Tal posicionamento se irradiou para outras Cortes, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a inserir o enunciado nº 301 em sua Súmula, o qual dispõe que *“em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”*. Este entendimento tem prevalecido até os dias de hoje também nos tribunais locais.

Diante deste quadro, o Legislativo não se manteve inerte e positivou a referida orientação no artigo 232 do Código Civil de 2002, que estatui que *“a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”*. E a Lei nº 12.004/2009 foi ainda mais específica ao inserir o artigo 2º-A na Lei nº 8.560/1992 que, em seu parágrafo único, prevê 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”*.

Segundo as palavras do Sr. Deputado Federal Alberto Fraga, expostas na justificção ao Projeto de Lei nº 4.719/2001, posteriormente transformado na citada Lei nº 12.004/2009, esta alteração legislativa se fazia necessária pelo fato de que, apesar de a realização forçada do teste genético ser inconstitucional, o Estado deve criar meios para garantir o direito à filiação, especialmente em razão do disposto no *caput* e no § 6º do artigo 227 da Constituição Federal. O artigo 2º-A da Lei nº 8.560/1992 teria, pois, o condão de harmonizar o direito ao reconhecimento da paternidade com as garantias individuais do suposto pai.

Mas será verdade que a determinação da realização compulsória do exame não encontra fundamento em nosso direito? Será que a presunção da paternidade é suficiente para harmonizar os direitos colidentes?

Para responder tais indagações, propõe-se uma análise crítica do acórdão proferido no julgamento do HC 71373/RS, cotejando-se os fundamentos expostos nos votos dos eminentes Ministros com as discussões doutrinárias sobre o tema.



2. A realização compulsória do exame de DNA e o princípio da legalidade

Como visto, os fundamentos da jurisprudência prevalente sobre a impossibilidade de se obrigar o suposto pai a fornecer o material genético necessário à realização do exame de DNA foram delineados no julgamento do HC 71373/RS, especialmente a partir do voto-vista proferido pelo eminente Ministro Marco Aurélio Mello⁴.

No caso em comento, o Supremo Tribunal Federal analisava um *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que confirmou decisão interlocutória proferida pela Segunda Vara de Família e Sucessões do Foro Centralizado de Porto Alegre e determinou o comparecimento do suposto pai a um laboratório, a fim de que fossem colhidas as amostras de sangue necessárias à realização da prova pericial. Para a hipótese de descumprimento da ordem, a decisão autorizava a condução do réu “sob vara”.

O Ministro Marco Aurélio Mello iniciou sua análise partindo do fundamento de que o acórdão proferido pelo Tribunal Gaúcho ofendia o princípio da legalidade, na medida em que *“inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial (...) no sentido de o Paciente, Réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame”*⁵.

De fato, inexistia à época do referido julgamento – e continua inexistindo até hoje – qualquer lei, na acepção estrita do termo, que determine especificamente que o réu da ação de paternidade deva ser compelido a fornecer material genético para a realização da prova pericial. Todavia, este fundamento não parece ser suficiente para que se conclua que o Direito brasileiro não garante tal possibilidade, haja vista que o ordenamento jurídico não é composto

⁴ Considerando que os fundamentos expostos pelos eminentes Ministros Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Gallotti, que acompanharam o Ministro Marco Aurélio Mello, não diferem significativamente das considerações feitas por este, optou-se por realizar o exame dos fundamentos que sustentam a posição dominante com base no voto que iniciou a divergência. De igual modo, merecerá destaque, pela tese contrária, o voto do Ministro Francisco Rezek, que foi acompanhado pelos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

⁵ Supremo Tribunal Federal, HC 71.373/RS.



somente de leis escritas e específicas, mas também por tipos vagos e por princípios que, muitas vezes, não se encontram sequer positivados. E não há dúvida quanto ao fato de que existem tanto normas gerais como princípios de direito que possuem força normativa suficiente para justificar a determinação de submissão compulsória do suposto pai ao exame de DNA.

No plano do direito material, o artigo 227 da Constituição Federal elevou a importância do direito à filiação no Brasil, ao determinar em seu § 6º que *“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*.

Como adverte Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a constitucionalização do Direito de Família impôs um novo modelo no qual as questões patrimoniais devem ser compatibilizadas com as questões existenciais, mas *“reconhecendo a estas últimas, em consonância com os princípios constitucionais, uma indubitável proeminência”*⁶. Logo, pode-se afirmar que o direito à filiação assume atualmente uma feição de direito fundamental intimamente ligado ao princípio da dignidade humana⁷.

Portanto, constata-se, já por esse viés, que a previsão contida no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal é capaz, por si só, de fundamentar a determinação de submissão compulsória do suposto pai ao exame de DNA, uma vez que, ao se inviabilizar a produção de prova tão essencial para a descoberta do vínculo biológico, acaba-se por negar a dimensão existencial do direito à filiação ao descendente não reconhecido.

No plano processual não é diferente. Como cediço, a superação das concepções políticos-liberais pelo ideal social fez com que o Estado fosse obrigado a deixar a posição de inércia que dele se esperava e passasse a intervir de forma mais participativa nos diversos setores da sociedade.

⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 130.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.



Tal alteração de modelo surtiu claros efeitos na concepção atual do Processo Civil, que não mais se contenta com a busca da mera “verdade formal” ou com a postura de espectador do juiz.

Nesse contexto, ganha espaço a visão publicista do processo que, estabelecendo um contraponto à concepção privatista clássica, defende, de um lado, a colaboração mais efetiva das partes na obtenção das provas necessárias ao desate da controvérsia e, do outro, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz⁸.

Decorrência desta concepção é o princípio da cooperação, que impõe ao juiz e às partes o dever de colaboração, a fim de que seja alcançado um resultado eficaz do processo, o mais próximo possível do ideal de justiça⁹.

A exigência de cooperação implica, portanto, não só um juiz ativo, mas também o fortalecimento dos poderes e dos deveres das partes em relação ao processo de formação da decisão¹⁰, até mesmo porque “quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos maior a probabilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto”¹¹.

Especificamente quanto ao primeiro escopo do princípio da cooperação (postura ativa do juiz na instrução probatória), Fredie Didier Jr. acrescenta que o mesmo “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras”¹².

Já em relação ao segundo (colaboração efetiva das partes), se mostram relevantes as observações de Humberto Theodoro Júnior no sentido de que existe um interesse de ordem

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74-76.

⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102-103.

¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*. In: Revista de Processo, vol. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 59-68.

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 76.

¹² DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. In: Revista de Processo, vol. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.



pública, superior ao interesse das partes, na justa composição do litígio, como consequência do objetivo de manutenção da paz social e do império da ordem jurídica. Assim, “*para todo cidadão surge, como um princípio de direito público, o dever de colaborar com o Poder Judiciário na busca da verdade*”¹³.

E se existe tal dever, como expressamente consta do artigo 339 do Código de Processo Civil, não há como se negar que a submissão compulsória do suposto pai ao exame de DNA também se justifica quando analisada à luz do princípio da cooperação.

Mas o princípio da cooperação não é a única norma no campo processual que aponta para a possibilidade de se compelir o investigado a fornecer o material genético necessário à realização da perícia. Do voto vencido do eminente Ministro Francisco Rezek¹⁴ extrai-se ainda que a inexistência de dispositivo específico neste sentido pode ser explicada pelo fato de que o artigo 332 do Código de Processo Civil lança mão de conceitos jurídicos indeterminados, admitindo como hábeis a provar a verdade dos fatos todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, mesmo que não especificados.

Desta forma, a submissão compulsória do investigado encontra igualmente fundamento no referido dispositivo, uma vez que se trata de medida não só moralmente legítima como moralmente recomendável.

É forçoso reconhecer, portanto, que tanto a nova feição do direito à filiação, expressa no *caput* e no § 6º do artigo 227 da Constituição Federal, como o princípio da cooperação e, ainda, as normas constantes dos artigos 130, 332 e 339 do Código de Processo Civil possuem

¹³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 468. Muito embora o emérito processualista mineiro afirme existir o dever de colaboração e já tenha inclusive defendido a possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade em que não se realizou o exame de DNA (cf. *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)*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3. São Paulo: Síntese Editora, 1999), é importante ressaltar que, em trabalho intitulado “*A prova indiciária no novo Código Civil e a recusa ao exame de DNA*” (in: DIDIER, Fredie et. al. Prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do Código Civil. Salvador: JusPODIVM, 2006), Humberto Theodoro Júnior se posicionou expressamente contra a possibilidade de se compelir o suposto pai a fornecer o material necessário para a realização dos testes de DNA.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal, HC 71.373/RS.



força normativa suficiente para afastar o fundamento de que inexistia lei (em sentido material) que garanta ao juiz o poder de determinar a submissão compulsória do réu ao exame de DNA.

3. Direito ao reconhecimento da paternidade vs. garantias à intimidade e à inviolabilidade corporal: presunção da paternidade que desconsidera a dimensão moral da filiação

O segundo fundamento exposto pelo Ministro Marco Aurélio Mello é no sentido de que as garantias à intimidade e à inviolabilidade corporal não cedem diante do direito ao reconhecimento da filiação, pois o interesse em jogo no caso é eminentemente patrimonial e pessoal. Assim, *“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 (...) a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu”*¹⁵.

Esta concepção, largamente aceita na jurisprudência (vide enunciado nº 301 da Súmula do STJ) e hoje materializada nos artigos 232 do Código Civil de 2002 e 2º-A da Lei nº 8.560/1992, encontra amplo respaldo na doutrina pátria.

Analisando o tema, o eminente Ministro Cezar Peluso assevera que a determinação de submissão da parte ao exame *“constitui ônus, cujo cumprimento não pode ser obtido coercitivamente. Recusando-se ela, porém, está o juiz autorizado a interpretar que a prova favoreceria a outra parte”*¹⁶. Por sua vez, Roberto de Almeida Borges Gomes destaca que *“ao invés de se compelir o indivíduo a permitir a coleta do material genético (...) é possível resolver a questão empregando efeitos jurídicos à recusa do suposto pai”*¹⁷. Em igual sentido, Maria Berenice Dias pontua que:

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, HC 71.373/RS.

¹⁶ PELUSO, Cezar. Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência, 1ª ed. São Paulo: Manole, 2007, p. 154.

¹⁷ GOMES, Roberto de Almeida Borges. *Aspectos gerais da investigação de paternidade à luz do princípio constitucional da proteção integral*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (organizador). Temas atuais de direito e processo de família: primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 489.



Não há como vencer a resistência do investigado, a partir de uma polêmica decisão do STF, que afirmou que afronta garantias constitucionais implícitas e explícitas tentar conduzir o réu sob vara (isto é, contra sua vontade) ao laboratório para submeter ao exame.

[...]

A recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA acarreta a relativa presunção da paternidade, pois deve ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.¹⁸

Apesar de não ser expresso, o entendimento capitaneado pelo Ministro Marco Aurélio Mello e reproduzido com ênfase em nossa doutrina parece se fundar nas concepções das correntes coerencistas, que exigem que o juiz tente harmonizar os direitos envolvidos em uma aparente colisão antes de ponderá-los, garantindo que todos mantenham a sua integridade no sistema¹⁹.

Nessa esteira, a solução preconizada pela jurisprudência dominante realmente seria adequada, caso se admitisse que o reconhecimento da filiação se trata de um direito meramente pessoal e patrimonial. Todavia, este não parece ser o caso, haja vista que o direito ao reconhecimento da paternidade é, antes de tudo, uma questão moral, insusceptível de satisfação por meio de uma simples presunção.

Ao comentar o precedente em análise, Cláudio Pereira Souza Neto afirma que na tentativa de harmonizar os princípios mencionados, o STF acabou interpretando o direito ao estado de filiação apenas em termos patrimoniais. Por isso, não ocorreu no caso verdadeira

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 414.

¹⁹ A necessidade de harmonizar os princípios colidentes recebeu atenção especial do Sr. Deputado Federal Alberto Fraga, que assim se posicionou na justificção do já referido Projeto de Lei nº 4.719/2001: “há, portanto, que se adequar, harmonizar, as proteções constitucionais, prevalecendo, nesse caso, a proteção especial que se deve dar aos menores”. Sobre o coerencismo, cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



harmonização, já que “*para que a solução fosse construída, a decisão acabou elidindo uma das dimensões cruciais de um dos princípios colidentes*”²⁰.

Este foi, também, o principal fundamento desenvolvido pelo eminente Ministro Ilmar Galvão no voto que acabou vencido por ocasião do julgamento do HC 71.373:

[...] não se busca com a investigatória, a satisfação de interesse meramente patrimonial, mas, sobretudo, a consecução de interesse moral, que só encontrará resposta na revelação da verdade real acerca da origem biológica do pretense filho.²¹

Ademais, a presunção decorrente da recusa serviria, quando muito, para resolver a questão quando a ação fosse proposta contra um único réu. Não obstante, Maria Berenice Dias aponta que há circunstâncias em que, não dispondo o filho de certeza sobre quem é seu pai, torna-se plenamente possível que a ação seja movida contra mais de um réu (todos os prováveis pais)²².

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?

Por óbvio, o convencimento do juiz pode ser formado por outros elementos (artigo 131 do Código de Processo Civil), mas na situação acima, como em tantas mais, é difícil até imaginar algum outro meio probatório capaz de demonstrar a existência do vínculo biológico com a mesma probabilidade assegurada pelo exame de DNA.

²⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação*. In: Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional, n. 1. Salvador: 2007, p. 4.

²¹ Supremo Tribunal Federal, HC 71.373/RS.

²² DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 414.



E mesmo nas hipóteses em que seja possível a produção de outras provas, elas serão apenas indiciárias e remeterão o juiz aos problemas verificados antes do advento da perícia genética, em um flagrante retrocesso.

Desta forma, percebe-se que a presente colisão não pode, em regra, ser solucionada por meio da harmonização. Resta verificar, contudo, se o direito ao reconhecimento da filiação é capaz de suplantar as garantias individuais do suposto pai, de modo a permitir a submissão compulsória deste ao exame de DNA.

4. Obrigatoriedade do fornecimento de material genético como medida necessária, adequada e proporcional

Diversas teorias se dedicam a explicar o modo pelo qual o juiz deve resolver uma colisão entre direitos. Dentre estas, uma das mais influentes é, sem dúvida, a defendida por Robert Alexy.

Diferentemente dos adeptos das correntes coerencistas, Alexy não trata expressamente da exigência de reconstrução do ordenamento jurídico como um pré-requisito à ponderação. Não obstante, estabelece uma relação entre ponderação e o princípio da proporcionalidade que, segundo afirma, se desdobra em três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito²³.

Assim, diante de um caso concreto, o aplicador do direito deve analisar, primeiramente, se a prevalência de um direito sobre outro se revela como uma medida apta à promoção do fim almejado (requisito da adequação), bem como se, dentre os meios existentes, tal medida é a que consegue compatibilizar o maior grau de satisfação de um direito com o menor grau de restrição do outro com o qual aquele colide (requisito da necessidade).

²³ ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*. In: *Ratio Juris*, vol. 13, n. 3. Bologna: 2000, p. 297-298.



Trazendo a questão para o objeto deste estudo, verifica-se que a doutrina há muito defende a confiabilidade dos resultados obtidos pelos exames de DNA, sendo este não apenas um dos meios adequados (isto é, aptos à determinação do vínculo genético), mas o mais adequado para se chegar às evidências da origem biológica do filho não reconhecido²⁴.

Nesse sentido, Hugo Fidelis Batista ressalta que, com grau de probabilidade perto dos 100%, “*estes exames periciais se tornaram quase, queira-se ou não, o que, antes, já se disse da confissão: a prova das provas*”.²⁵

No entanto, não se pode deixar de ressaltar que vem crescendo o número de objeções quanto ao papel desempenhado pelos exames de DNA nas ações de investigação de paternidade, pois, como se trata do produto de uma ação humana, é plenamente possível a ocorrência de falhas. Zeno Veloso chega até mesmo a propor a dessacralização do exame de DNA²⁶, em razão de tal peculiaridade.

De fato, toda e qualquer prova técnica produzida para formação do convencimento do juiz deve se cercar dos rigores científicos necessários, a fim de produzir um resultado fidedigno. Com o exame de DNA isto não é diferente. Por este motivo, os testes determinados judicialmente devem ser realizados de acordo com os procedimentos médicos recomendáveis e com a observância das regras previstas nos artigos 420 e seguintes do Código de Processo Civil, observando-se, especialmente, que os trabalhos deverão ser realizados por perito oficial, em laboratório habilitado e sob a presença dos assistentes técnicos indicados pelas partes. Havendo alguma falha de procedimento ou permanecendo alguma dúvida plausível, é lícito à parte interessada requerer, inclusive, a repetição da prova, conforme autoriza o artigo 437 do Código de Processo Civil.

²⁴ A inadequação do DNA como meio de prova pode, contudo, surgir no caso concreto. Analisando um caso em que um suposto pai biológico tentava compelir o pai registral a se submeter compulsoriamente a um exame de DNA, o STF entendeu que a medida era inadequada, uma vez que a comparação dos materiais genéticos do filho e do suposto pai biológico já seria suficiente para demonstrar a existência ou não do vínculo biológico (HC 76.060/SC).

²⁵ BATISTA, Hugo Fidelis. *Op. cit.*, p. 144.

²⁶ VELOSO, Zeno. *A dessacralização do DNA*. In: A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 191-200.



Mas se a prova for bem feita, ela muito provavelmente será decisiva no processo. Apesar das críticas subscritas por Zeno Veloso no sentido de que hoje se estaria querendo transformar o juiz da ação de investigação em um mero “*homologador de laudos*”²⁷, o fato é que, pelo grau de probabilidade que traduz, o exame de DNA é o meio probatório mais adequado para provar a existência do vínculo biológico, assim como uma perícia médica também o é para provar a incapacitação para o trabalho decorrente de um atropelamento.

Uma testemunha pode afirmar que o suposto pai nunca manteve relações sexuais com a genitora do autor da ação, da mesma forma que também pode atestar que a vítima do atropelamento não está mais apta a desenvolver qualquer atividade laborativa. Mas se, após seguir todas as normas científicas aplicáveis, a prova técnica afirmar categoricamente a existência da filiação e a inexistência da incapacidade para o trabalho, não parece razoável, em princípio, a prevalência da prova oral. Nesse caso, o afastamento da prova técnica exigirá, no mínimo, um esforço argumentativo muito maior do que aquele necessário para a sua admissão.

Ou seja, muito embora não exista qualquer critério apriorístico que defina a prevalência de uma prova sobre a outra, as próprias circunstâncias fáticas envolvidas na demanda apontam os meios probatórios que são mais adequados para a eliminação da controvérsia. Nesse sentido, são oportunas as considerações de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

O argumento de que, nos termos do art. 436 do CPC, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, não se mostra relevante nesse contexto porque é sabido que a aplicação dessa diretiva revela-se praticamente desconhecida na prática do foro e só encontra realmente respaldo em casos em que seria a rigor desnecessária a prova pericial, bastando a prova do fato para a formação da convicção judicial. Demais disso, a regra invocada tende a ceder notavelmente diante dos casos de alta complexidade científica ou técnica, nos quais obviamente mais dependente se torna o órgão judicial de assessoria especializada.

²⁷ Idem, p. 197.



Assim, não obstante haja respeitáveis opiniões em sentido contrário, o exame de DNA desponta atualmente como o meio mais adequado para se demonstrar a existência da ascendência biológica.

Fixada a premissa da adequação, verifica-se que a submissão compulsória do suposto pai ao exame genético também se mostra como medida necessária, já que consegue proporcionar um alto grau de satisfação do direito ao reconhecimento da filiação com um mínimo sacrifício às garantias individuais do investigado²⁸, resultado que a alternativa da presunção não atinge, por elidir a dimensão moral do direito do investigante.

Não realizado o teste, a solução judicial será capaz de satisfazer, portanto, apenas a exigência de uma verdade formal que, como aponta Bedaque²⁹, não passa da outra face da mentira formal.

Desta forma, não restam dúvidas de que a realização do exame de DNA é, em princípio, meio adequado e condição necessária para que se afira a origem biológica do investigante, haja vista que possibilita a afirmação da existência do vínculo genético com alto grau de probabilidade e mediante uma mínima restrição às garantias do suposto pai.

Se a realização do exame se trata de uma medida necessária e adequada para que se afastem os questionamentos porventura existentes a respeito da paternidade, cabe verificar, então, se a submissão compulsória do investigado ao teste se trata de medida proporcional em sentido estrito.

Visando à construção de um modelo mais racional de ponderação, Alexy propõe a aplicação das circunstâncias específicas de um caso concreto como variáveis de uma equação, a fim de se chegar ao peso concreto das normas colidentes. Para tanto, são levados em

²⁸ Parafrazeando o eminente Ministro Marco Aurélio, nem mesmo uma “espetadela” é mais necessária para a obtenção do material necessário à realização do exame, bastando, por exemplo, uma singela raspagem bucal.

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 19.



consideração o peso abstrato dos direitos conflitantes; a intensidade de interferência nos mesmos; e a confiabilidade das premissas empíricas, isto é se o direito será ou não realizado³⁰.

A intensidade da interferência e o peso abstrato dos direitos são valorados em uma escala com os seguintes graus: leve, moderado ou sério. Já a confiabilidade das premissas empíricas é valorada como certa, plausível ou não evidentemente falsa.

Tal técnica pode perfeitamente ser utilizada para demonstrar a possibilidade de o juiz compelir o suposto pai a fornecer o material necessário para a realização do exame genético.

Com efeito, não há como se negar que a determinação da realização compulsória do teste de DNA realmente afeta as garantias individuais à intimidade e à inviolabilidade corporal, direitos fundamentais historicamente insculpidos em nossa tradição jurídica. Tais garantias possuem indubitavelmente um peso abstrato *sério*. Na mesma esteira, é indiscutível que a submissão forçada ao teste genético redundará na não realização de tais direitos, de modo que a confiabilidade das premissas empíricas pode ser valorada como *certa*. Não obstante, e aqui reside o grande ponto da questão, o grau de interferência da medida nas referidas garantias é *leve* ou mesmo “risível”, conforme expôs o Ministro Francisco Rezek no voto proferido no julgamento do HC 71.373/RS.

Já no que toca ao direito à filiação, verifica-se que, apesar da sua crescente valorização, o aspecto existencial do Direito de Família ainda não se encontra tão arraigado no Direito brasileiro como as garantias à intimidade e à inviolabilidade corporal, até mesmo em decorrência da manutenção de resquícios da visão patrimonialista e individualista do Código Civil de 1916. Por isso, pode-se atribuir a tal direito um peso abstrato *moderado* na escala proposta por Alexy. Todavia, é inequívoco que a confiabilidade das premissas empíricas deve ser valorada como *certa*, haja vista que a demonstração da origem biológica demanda, via de regra, a realização da prova pericial. Por fim, o grau de interferência no direito à filiação deve ser valorado como *sério* (para não dizer seriíssimo), já que, não realizado o exame, o

³⁰ ALEXY, Robert. *On Balancing and subsumption: a structural comparison*. In Ratio Juris, vol. 16, n. 4. Bologna: 2003, p. 433-449.



demandante ficará privado do meio probatório mais confiável para a comprovação do fato constitutivo da sua pretensão.

Desta forma, o balanceamento revela (1) que a confiabilidade das premissas empíricas é *certa* em relação aos direitos colidentes, de modo que os mesmos se anulam; (2) que também se compensam a *seriedade* da intensidade de interferência no direito à filiação e a *seriedade* do peso abstrato dos direitos à intimidade e à inviolabilidade corporal; e, portanto, (3) que o peso abstrato *moderado* do direito ao reconhecimento da filiação prevalece sobre a interferência *leve* no direito à intimidade e à inviolabilidade corporal do suposto pai.

O mesmo resultado poderia ser atingido caso a ponderação fosse feita analisando-se a tensão entre as liberdades individuais do réu, especificamente o direito de se recusar ao fornecimento do material necessário à realização da perícia genética, e o interesse público na solução do litígio, informado pelo princípio da cooperação.

Note-se, contudo, que as soluções acima expostas são apenas uma ilustração de como normalmente ocorrem as interações entre os direitos colidentes na hipótese em exame. Não se pretende de modo algum provar com tal demonstração que, em todos os casos de recusa do investigado, o resultado da ponderação resultará necessariamente na realização compulsória do exame de DNA, até porque, como o Direito não é uma ciência exata, seria impossível antever todas as circunstâncias fáticas passíveis de serem sopesadas nos casos concretos³¹. Todavia, os argumentos elencados demonstram que, *a priori*, tanto a nova feição do direito à filiação como o princípio da cooperação tendem a prevalecer sobre o direito à intimidade e à inviolabilidade corporal do suposto pai.

³¹ Como nenhum direito é absoluto, haverá sempre situações que justificarão a recusa ao fornecimento de material genético ou, ao menos, afastarão os efeitos que dela decorrem. Exemplo disso foi a situação enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 692.242/MG, em que, apesar de o réu ter deixado de comparecer por diversas vezes ao laboratório indicado para a realização dos exames, a presunção decorrente da recusa foi elidida, por ter restado provado que na época aproximada da concepção o suposto pai se encontrava em um garimpo localizado em outro estado da Federação.



Nessa esteira, José Rubens Costa afirma que é “*sem sentido proteger a dignidade de um ser humano que se recusa a singelo exame, ao invés de proteger a dignidade de outro que tem a filiação contestada*”³². Igual entendimento também é partilhado por Belmiro Pedro Welter:

Logo, estando envolvido na ação investigatória o direito de personalidade, habitam nessa demanda "elevados interesses sociais e, por ser matéria de suma gravidade, a prova deve ser robusta e convincente, de sorte a desfazer toda dúvida", e somente a perícia genética DNA poderá expungir eventual dúvida colhida com a prova testemunhal e de outros exames genéticos, havendo, em tese, a necessidade de condução coercitiva do demandado à realização do exame.³³

Em razão do exposto, não se pode negar que a submissão compulsória do suposto pai ao exame de DNA é providência que se encontra inserida dentre os poderes instrutórios do juiz e que somente poderá ser indeferida no caso concreto se o sopesamento das circunstâncias revelar que a prova se trata de medida inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito.

5. Presunção como instrumento a serviço de quem pleiteia o reconhecimento

Por fim, cumpre indagar se os artigos 232 do Código Civil de 2002 e 2º-A da Lei nº 8.560/1992 seriam, então, letra morta diante da possibilidade que se reconhece de determinar

³² COSTA, José Rubens. *Direito indisponível à verdade histórica – Exame compulsório de DNA*. In: Revista de Processo, vol. 793. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 147.

³³ WELTER, Belmiro Pedro. *Possibilidade de condução coercitiva do investigado para fazer exame genético*. In: Revista de Direito Privado, vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.



a submissão compulsória do suposto pai ao fornecimento de material genético para a realização da perícia médica.

Pensamos que não. Isto porque uma ação investigatória pode ser ajuizada tanto no caso em que existem apenas indícios da ascendência biológica como naquele em que o investigador tem certeza da relação de parentesco que é negada pelo réu.

Na primeira hipótese, a parte demandante possui, idealmente, interesse na produção da prova pericial, a fim de afastar qualquer dúvida que ainda possa existir quanto à relação de paternidade. Já no segundo, não seria de se estranhar que o investigador se desse por satisfeito com a presunção havida em desfavor do réu, haja vista que a questão moral já está acertada e a pendência se resume efetivamente às questões patrimoniais decorrentes da filiação. Nesta hipótese, a presunção já seria suficiente para eliminar a controvérsia existente, razão pela qual a produção da prova pericial seria desnecessária.

Em síntese: não havendo prova robusta que ateste *prima facie* a tese negatória da paternidade, cumpre ao juiz, até mesmo de ofício (artigo 130 do Código de Processo Civil), determinar a realização do exame de DNA. Caso o investigado se recuse a se submeter à perícia, deverá a parte autora ser intimada para dizer se possui interesse na realização compulsória do exame ou se se contenta com a presunção relativa gerada em desfavor do réu.

O que é importante notar é que a presunção deve ser vista sempre como um instrumento a favor daquele que pleiteia o reconhecimento, não como um meio de obstaculizar o direito deste de conhecer a sua ascendência genética.

6. Conclusão

Ao longo deste trabalho, procuramos demonstrar que, diferentemente do que sustenta a posição dominante sobre o tema, a determinação da submissão compulsória do suposto pai



ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade não encontra empecilho no princípio da legalidade.

De igual modo, a simples presunção gerada em desfavor daquele que se recusa a se submeter ao exame também não é, via de regra, suficiente para dar uma resposta às questões morais atinentes ao direito à filiação.

Assim, subscrevemos a posição da corrente que acabou vencida – por apenas um voto – no julgamento do HC 71.373/RS, entendendo que a submissão compulsória do suposto pai ao exame de DNA é providência que se insere dentre os poderes instrutórios do juiz e que somente poderá ser indeferida no caso concreto se o sopesamento das circunstâncias revelar que a prova se trata de medida inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito.

7. Bibliografia

ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*. In *Ratio Juris*, vol. 13, n. 3. Bologna: 2000, p. 294-304.

_____. *On Balancing and subsumption: a structural comparison*. In *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4. Bologna: 2003, p. 433-449.

BATISTA, Hugo Fidelis. *Lei 12.004/2009: A recusa à submissão ao exame de DNA e um novo modelo de presunção: a presunção jurídico-legal*. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, José Rubens. *Direito indisponível à verdade histórica – Exame compulsório de DNA*. In: *Revista de Processo*, vol. 793. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. In: Revista de Processo, vol. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Roberto de Almeida Borges. *Aspectos gerais da investigação de paternidade à luz do princípio constitucional da proteção integral*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (organizador). *Temas atuais de direito e processo de família: primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*. In: Revista de Processo, vol. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(4\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(4)%20formatado.pdf). Acesso em: 15/06/2012.

PELUSO, Cezar. *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*, 1ª ed. São Paulo: Manole, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação*. In: *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, n. 1. Salvador: 2007.

THEODORO JR., Humberto. *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)*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 3. São Paulo: Síntese Editora, 1999.



_____. *Curso de Direito Processual Civil*, 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *A prova indiciária no novo Código Civil e a recusa ao exame de DNA in DIDIER, Fredie et. al. Prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do Código Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

VELOSO, Zeno. *A dessacralização do DNA. In: A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. *Possibilidade de condução coercitiva do investigado para fazer exame genético. In: Revista de Direito Privado*, vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.